

**REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

SENTENCIA N° 76/2008.

Santiago, catorce de octubre de dos mil ocho.

VISTOS:

I. Demanda

1. A fojas 56, con fecha 12 de julio de 2006, GTD Teleductos S.A., en adelante GTD, dedujo demanda en contra de la Empresa de los Ferrocarriles del Estado, en adelante EFE, por haber abusado de una posición dominante con infracción a lo dispuesto en el artículo 3° del Decreto Ley N° 211.

1.1. En el primer capítulo de su demanda, GTD expone que es una empresa concesionaria de servicios de telecomunicaciones, que para operar y explotar su concesión requiere la autorización de EFE.

Precisa que EFE se ha constituido en un monopolio legal y natural, siendo su red ferroviaria una instalación o facilidad esencial para el desarrollo de su actividad comercial y la de otras empresas suministradoras de servicios de utilidad pública, como son las empresas concesionarias de distribución eléctrica, sanitarias y de gas, que deben cruzar sus redes de telecomunicaciones, a través de la faja ferroviaria.

Por lo anterior, GTD se ha convertido en un consumidor o usuario cautivo de la red ferroviaria de EFE, toda vez que ésta se encuentra emplazada en parte importante del territorio de la República, segmentándolo o dividiéndolo en dos partes.

De esta manera, GTD concluye que EFE tiene poder de mercado en la provisión de servicios de atravesos, paralelismos y apoyos sobre o bajo la red ferroviaria, desde Alameda hasta Puerto Montt, incluyendo todos sus ramales, al no existir la alternativa de no contratar dichos servicios.

Señala que, a contar del mes de diciembre de 2005, EFE comenzó a aplicar y a cobrar, en forma retroactiva, las tarifas por los servicios de atravesos, paralelismos y apoyos (el mercado relevante), basándose en la aplicación de un Reglamento Interno de la empresa, que fue rechazado por GTD, toda vez que se le imponía en forma absolutamente unilateral y sin que el proceso de cálculo contenido en el referido reglamento, atendiera a una metodología de cálculo clara y objetiva. Agrega que, a pesar de las aprensiones que manifestó a EFE en tal sentido, ésta jamás ha dado explicación ni fundamento alguno que pueda

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

sustentar o explicar la determinación de sus tarifas, ni tampoco ha mostrado interés alguno en acordar una tarifa razonable.

La demandante explica que, en efecto, la aplicación y cobro de las tarifas se sustenta en un acto unilateral, arbitrario y sin fundamento de EFE, atendido que: (i) se basa en un modelo tarifario fijado unilateralmente, que no reúne las condiciones de generalidad, uniformidad, no discriminación y transparencia que han exigido los organismos antimonopolios para casos similares, y que además no se sustenta en un modelo de empresa eficiente; y (ii) los precios cobrados por EFE por los servicios de atravesos, paralelismos y apoyos, son manifiestamente abusivos o excesivos en relación a sus costos.

GTD advierte que la conducta adoptada por parte de EFE es análoga a la que en su oportunidad tuvieron las compañías distribuidoras de energía eléctrica al imponer valores y fórmulas en el cobro por los servicios de apoyo en postes a las concesionarias de telecomunicaciones, indicando que frente a tal situación, la H. Comisión Resolutiva determinó que el servicio de apoyo en postes debía ser objeto de regulación tarifaria.

1.2. En el segundo capítulo de su demanda, GTD señala que se dedica a la instalación de líneas físicas u otros sistemas de telecomunicaciones, que comercializa a terceros que los explotan en servicios públicos o privados de telecomunicaciones.

Para ello cuenta –desde 1983- con una concesión de servicios intermedios de telecomunicaciones, para instalar operar y explotar una red de ductos y cables en la comuna de Santiago, zona de servicio que fue ampliada en 1989 y 1991 a las comunas de Ñuñoa, Macul, San Joaquín, Providencia y Las Condes, y a provincias tales como Melipilla, Talagante, Maipú y Cordillera.

Por tal razón, de conformidad al marco legal y técnico aplicable, GTD es titular de una concesión de servicios intermedios de telecomunicaciones que la habilita a proveer los servicios de telecomunicaciones en todos aquellos lugares comprendidos en su zona de servicio, para lo cual debe emplazar redes aéreas y/o subterráneas, atravesando necesariamente la red ferroviaria de propiedad de EFE.

Explica la demandante que ha solicitado a EFE las autorizaciones para ejecutar los trabajos necesarios para permitir el cruce de las redes de telecomunicaciones por la faja ferroviaria, que consisten en la construcción, mantenimiento y

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

permanente control del estado de conservación de los ductos de cables subterráneos y/o tendidos aéreos.

No obstante lo anterior, desde el mes de diciembre de 2005, como contraprestación por los servicios indicados, y haciendo uso de su poder en el mercado relevante, EFE fijó un sistema tarifario en forma unilateral que se aleja sustancialmente de un criterio objetivo y razonable de cobro, utilizando parámetros de cobro arbitrarios, discriminatorios y que no responden a ninguna metodología basada en costos, lo cual, en definitiva, se traduce en precios abusivos y poco transparentes; todo lo cual constituye una clara infracción a la libre competencia.

Agrega que los cobros que ha efectuado EFE a GTD, constituyen una preocupación prioritaria y cada vez más creciente tanto para ella como para las demás empresas que suministran servicios públicos, pues dificultan su normal funcionamiento.

1.3. En el tercer capítulo de su demanda, GTD se refiere al estatuto jurídico aplicable a EFE en la explotación de su giro comercial y en su relación comercial con terceros, teniendo en consideración que las tarifas que impone se encuentran determinadas por un reglamento interno de ésta, denominado “Reglamento de Atraveso, Paralelismo y Apoyos en la Línea Férrea de EFE”.

Cita el artículo 19º N° 21, inciso 2º de la Constitución Política de la República, que somete la actividad empresarial del Estado a la legislación común aplicable a los particulares, a partir de lo cual concluye que la relación de EFE con los privados o terceros se rige por normas de derecho común y no por un estatuto de derecho público, de manera que la empresa pública demandada no puede imponer reglamentos o normas internas a los privados con quienes se vincula comercialmente, pretendiendo ejercer respecto de éstos potestades de derecho público que no tiene.

Agrega, a mayor abundamiento, que la Ley Orgánica de la Empresa de Ferrocarriles del Estado, D.F.L. N° 1 del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, publicada en el Diario Oficial el 3 de agosto de 1993 (en adelante Ley Orgánica de EFE), no considera la dictación de un reglamento que establezca o determine las tarifas de los servicios de atravesos, paralelismos y apoyos en la faja ferroviaria. Por el contrario, la misma Ley Orgánica de EFE establece en su artículo 2, inciso 6º, que: *“Los actos y contratos que realice la Empresa en el desarrollo de su giro se regirán exclusivamente por las normas de derecho privado....”*.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Por tal razón, GTD concluye que los derechos que EFE pretenda cobrarle, sólo pueden emanar legítimamente de las relaciones comerciales y jurídicas que éstas acuerden, situación que no ocurre en la especie, por lo cual la conducta unilateral y arbitraria de la empresa demandada infringe abiertamente la garantía constitucional establecida en el artículo 19 N° 21 de la Constitución Política de la República.

En relación a lo anterior, la demandante consigna que pueden existir restricciones o límites a la libre iniciativa privada distintos de los contemplados en el mencionado precepto constitucional (moral, orden público y seguridad nacional), y que pueden emanar del ejercicio mismo del derecho a realizar una actividad económica, citando al respecto dictámenes y decisiones de los órganos de defensa de la libre competencia y de los tribunales ordinarios de justicia, de los que colige que la imposición de términos y condiciones contractuales que atenten contra la libre competencia vulnera la garantía constitucional del artículo 19 N° 21 de la Constitución Política de la República.

1.4. Adicionalmente, en este tercer capítulo, GTD señala que la actitud arbitraria y unilateral adoptada por parte de EFE, constituye un abuso de parte de esta última que está sustentado en el poder monopólico que ejerce respecto al uso de la faja ferroviaria, toda vez que EFE tiene poder de mercado en la provisión de servicios de atraveso, paralelismos y apoyos sobre y/o a través de la faja férrea.

GTD explica que EFE es dueña de gran parte de la faja vía que forma el negocio ferroviario chileno (artículo 28 de la Ley Orgánica de EFE) y se encuentra facultada para explotar comercialmente los bienes que es dueña (artículo 2º, inciso 1º).

Por lo anterior, EFE tiene un enorme poder en el mercado de servicios de atravesos, paralelismos y apoyos sobre y/o a través de la faja férrea entre Alameda y Puerto Montt y todos sus ramales respectivos a lo largo y ancho del país.

Sin perjuicio de lo anterior, GTD advierte que la circunstancia de que EFE sea dueña de gran parte de la faja vía férrea del país y que dicho dominio la faculte para explotar comercialmente su propiedad, no la autoriza para discriminar ilegítimamente ni para fijar en forma abusiva precios a las empresas que hacen uso de dicha propiedad o que, como GTD, necesitan de atravesos para desarrollar su giro comercial.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Agrega que EFE ha hecho un mal uso de su posición dominante en el mercado, exigiéndole a GTD condiciones de cobro (por concepto de atravesos de las líneas férreas) completamente abusivas que le permitirán obtener rentas evidentemente desproporcionadas a los servicios prestados.

Por otra parte, hace presente que, tal como ha sido resuelto por los órganos de defensa de la competencia, EFE no puede excusarse de respetar las normas de defensa de la libre competencia por el hecho de ser una empresa estatal (empresa de Derecho Público creada por Ley), agregando que la posición de consumidor o usuario en la que GTD se encuentra frente a EFE está preferentemente amparada por las normas de defensa de la libre competencia.

1.5. En el cuarto capítulo de su demanda, GTD se refiere al mercado relevante, señalando que el mercado de producto o servicio corresponde a la provisión de servicios de atravesos, paralelismos y apoyos sobre y/o a través de la faja férrea. En ese mercado, EFE tiene la calidad de oferente, mientras que GTD es un consumidor de tales servicios.

Por su parte, el mercado geográfico está determinado por el lugar en donde se presta el servicio, que en este caso difícilmente puede ser reemplazado por otro de similares características.

Por consiguiente, GTD concluye que el mercado relevante está constituido por los *servicios de atravesos, paralelismos y apoyos en la vía férrea, que se encuentra extendida entre las estaciones de Alameda y Puerto Montt, ambas inclusive, y todos sus ramales, cuya propiedad pertenece exclusivamente a EFE por disposición legal y por sus características de monopolio natural.*

Precisa que no existen sustitutos o alternativas para el servicio de atravesos, paralelismos y apoyos ofrecidos por EFE, empresa que concentra el 100% del negocio ferroviario que forma el mercado relevante, en razón de lo cual esa empresa tiene un claro poder dominante en el referido mercado.

Indica que GTD carece de alternativas al uso de la faja ferroviaria de EFE y que no existen empresas dispuestas a competir con esa empresa debido a su carácter de monopolio legal y natural, dado que Chile es un país relativamente angosto y los costos hundidos asociados a la operación del negocio ferroviario constituyen verdaderas barreras de entrada. En todo caso, aún de existir dos o más líneas ferroviarias no serían alternativas entre sí, toda vez que en lugar de poder elegir, las empresas como GTD se verían obligadas a solicitar autorización para atravesar todas ellas.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

1.6. En el quinto capítulo de su demanda, GTD insiste en la posición dominante de EFE en el mercado relevante, señalando lo que entiende la doctrina por tal situación, e indicando las razones que fundan su aserto, las que serían las siguientes:

- (i) Por disposición legal y por su carácter de monopolio natural, EFE concentra la totalidad de la oferta de servicios de atraviesos en el mercado relevante;
- (ii) Existen barreras legales que obstaculizan el ingreso de empresas que puedan ofertar servicios similares ya que, por disposición legal, EFE es dueña exclusiva de la faja de terreno a la que se ha hecho referencia;
- (iii) Existen barreras naturales que determinan la necesidad de un solo oferente en el mercado o el carácter de monopolio natural de EFE, derivadas de los grandes volúmenes de inversión que permiten el aprovechamiento de las economías de escala;
- (iv) No existen alternativas de consumo a los servicios provistos por EFE, o tomarlas tiene un costo tan alto que resultan impracticables, de manera que esa empresa está en situación de determinar los precios;
- (v) Las empresas de telecomunicaciones y del giro eléctrico están obligadas a contratar con EFE los servicios de atraviesos. Sin ellos, GTD no puede desarrollar su giro comercial.

GTD señala que la figura de la instalación o facilidad esencial o *essential facility* se encuentra establecida en el artículo 3º, inciso 1º y letra c), del D.L. 211.

Precisa que, de acuerdo con la doctrina, si un agente económico es dueño de una facilidad o instalación esencial en un mercado determinado, la creación de un negocio o sistema paralelo para intentar evitar la utilización de dicha facilidad sería impracticable y cita al respecto la Sentencia N° 29/ 2005 de este Tribunal.

Además, sostiene que existe una directa relación entre las figuras de facilidad esencial y posición dominante, citando al respecto el libro de don Domingo Valdés, y agrega que, en este caso, no sólo existiría una imposibilidad económica de prescindir de la faja vía, sino que GTD se encontraría también ante una imposibilidad técnica o física de hacerlo, ya que la faja vía de EFE, en la práctica, divide en dos porciones nuestro país.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Por último, GTD cita el Dictamen N° 1234 de 2003, de la Comisión Preventiva Central, referido a la posición dominante producida por la no sustituibilidad de un servicio por otro cuando uno de ellos aumenta sus precios, y la Resolución N° 465 de 1996, de la Comisión Resolutiva que habría reconocido la posición dominante de EFE derivada de su propiedad sobre la faja vía.

1.7. En el sexto capítulo de su demanda, GTD efectúa una relación de los hechos que dan origen a esta causa, reiterando que, para poder llevar a cabo su giro comercial, sus redes deben ser emplazadas a través de cables que, en ocasiones, deben atravesar por sobre y por bajo las vías férreas.

Expone que, en diversas oportunidades, GTD ha obtenido la autorización de EFE para la construcción, mantenimiento y conservación de atravesos a través de ductos para cables de telecomunicaciones subterráneos y/o de tendidos aéreos.

Así, GTD señala que mediante instrumento privado de fecha 5 de Agosto de 2005, suscribió con EFE un contrato de autorización, de construcción, derechos de paso y certificación, en virtud del cual GTD fue autorizada expresamente para ejecutar las obras y trabajos necesarios, destinados a materializar la construcción de un atraveso subterráneo en el Km. 24,810 del ramal Alameda - San Antonio, a la altura de la comuna de Talagante. Conforme a la cláusula sexta del señalado contrato, GTD se obligó a pagar la suma total y única de 262,58 UTM más IVA, por un plazo de 20 años.

Agrega que, posteriormente, EFE citó al Gerente de Explotación de GTD a una reunión con el Gerente de Administración y Tecnología de la primera. En dicha reunión, celebrada el 19 de diciembre de 2005, y a la cual asistieron otros representantes de ambas empresas, EFE informó a GTD de la existencia de otros 7 atravesos existentes en distintos puntos de la Región Metropolitana, anunciando el inicio de gestiones de cobranza de dichos atravesos en forma retroactiva. En la misma ocasión, GTD hizo ver a EFE la ilegitimidad de los cobros pretendidos, y su consiguiente rechazo por la arbitrariedad en el cálculo de éstos.

Explica que, desde su inicio, los cobros fueron impuestos en forma unilateral por EFE, quien no dio explicación previa y objetiva de las tarifas cobradas y se limitó a sostener que efectuaba los cobros en virtud de un reglamento interno que establecía la forma de determinarlos y que éstos eran cobrados a todas las empresas de telecomunicaciones.

Frente a la solicitud de GTD para explicar la forma de cálculo de dichas tarifas, EFE, a través de "V & P Consultores Ltda." (V & P), envió un correo electrónico el

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

22 de Diciembre de 2005 al Gerente de Explotación de GTD, acompañando un extracto del documento denominado “Anexo Sistema de Tarifas de Atraviesos, de Paralelismos y Apoyos”, que formaría parte de un reglamento interno de EFE denominado “Reglamento de Atraviesos, Paralelismos y Apoyos en la Vía Férrea” (en adelante indistintamente el Reglamento), que hasta entonces, era desconocido para GTD.

Mientras las conversaciones entre ambas empresas continuaban para aclarar el sistema de cálculo de las tarifas de EFE, esta última entregó a GTD, con fecha 9 de enero del año 2006, siete facturas por un monto total de \$89.757.931, por los siguientes conceptos:

- (i) Factura N° 0032128 de fecha 27 de Diciembre de 2005, por la suma de \$12.007.714.-, por concepto de pago anual correspondiente a los años 2004-2005, por atraveso de la línea férrea en Av. J.M. Carrera altura 14.416, San Bernardo.
- (ii) Factura N° 0032129 de fecha 27 de Diciembre de 2005, por la suma de \$12.007.714.-, por concepto de pago anual correspondiente a los años 2004-2005, por atraveso de la línea férrea en cruce Lo Blanco esquina Alonso de Ercilla.
- (iii) Factura N° 0032130 de fecha 27 de Diciembre de 2005, por la suma de \$12.944.741.-, por concepto de pago anual correspondiente a los años 2004-2005, por atraveso de la línea férrea en Av Balmaceda/ Carrascal.
- (iv) Factura N° 0032131 de fecha 27 de Diciembre de 2005, por la suma de \$12.944.741.-, por concepto de pago anual correspondiente a los años 2004-2005, por atraveso de la línea férrea en Av. Balmaceda/ Román Spech.
- (v) Factura N° 0032132 de fecha 27 de Diciembre de 2005, por la suma de \$8.727.803.-, por concepto de pago anual correspondiente a los años 2004-2005, por atraveso de la línea férrea Matucana/ Yungay (Cemento Melón) Estación Central.
- (vi) Factura N° 0032133 de fecha 27 de Diciembre de 2005, por la suma de \$13.793.055.-, por concepto de pago anual correspondiente a los años 2004-2005, por atraveso de la línea férrea Carlos Valdovinos altura 3340, San Joaquín.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

- (vii) Factura N° 0032134 de fecha 27 de Diciembre de 2005, por la suma de \$17.332.163.-, por concepto de pago anual correspondiente a los años 2004-2005, por atraveso de la línea férrea Ramón Subercaseaux altura 3300 Estación Central.

Producto de lo anterior, GTD procedió, conforme a la legislación vigente, a devolver dichas facturas a EFE, mediante una carta de fecha 13 de enero de 2006 en la que expuso las razones de su rechazo a dichos cobros.

Indica que los hechos descritos anteriormente se repitieron el 28 de febrero de 2006, fecha en la que EFE emitió a GTD la Factura N° 0033189, esta vez por la suma de \$19.380.250, por concepto de pago anual correspondiente a los años 2003, 2004, 2005 y 2006, por el atraveso aéreo de Av. Alcalde Guzmán/ Renca, ramal Alameda- Puerto Montt. GTD nuevamente hizo devolución de la factura, por estimar improcedente el cobro, mediante carta de fecha 16 de marzo del 2006.

Agrega GTD, que EFE la ha amenazado con iniciar las gestiones de cobro pertinentes, tal como consta de su carta de 28 de febrero de 2006, y que ha tomado conocimiento que EFE ha dado inicio a la cobranza judicial respecto de otras empresas del rubro de las telecomunicaciones.

1.8. En el séptimo capítulo de su demanda, GTD se refiere al abuso cometido por EFE en su sistema tarifario, señalando que el modelo de cobro que aplica no se ajusta a los criterios establecidos por los órganos de defensa de la libre competencia, toda vez que es discriminatorio, arbitrario, poco transparente, no uniforme y tiene errores en los cálculos.

1.8.1. Precisa que el modelo tarifario usado por EFE para el cobro de los atravesos consta de: (i) un derecho de construcción; y, (ii) un derecho anual de atraveso.

1.8.1.1. En cuanto al derecho de construcción, GTD explica que consiste en un estudio técnico (cuyo valor alcanza a la suma de 9,44 de UTM), en el cual se toman en cuenta gastos y servicios que están determinados por: (i) Arriendo de rieles de refuerzo, en que se realiza un cobro de 10,5 UTM; (ii) Material de Mantención, en que se realiza un cobro de 10,4 UTM; (iii) Mano de Obra de Mantención, en que se realiza un cobro de 17,10 UTM; (iv) Corte de Energía (de un mínimo de 4 horas), en que se realiza un cobro de 7 UTM, y; (v) Número de vías que se atraviesan, que es determinado según la cantidad de pasos solicitados de acuerdo con el siguiente cuadro:

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

CUADRO N° 1: Tabla Número Adimensional

Número de Vías		Valor Adimensional	Relación de Aumento ⁽¹⁾	Relación de Aumento ⁽²⁾
1 Vía	=	1,00		
2 Vías	=	1,75	75%	75%
3 Vías	=	2,60	49%	85%
4 Vías	=	3,00	15%	40%
5 Vías	=	4,00	33%	100%
6 Vías	=	4,80	20%	80%
7 Vías	=	5,60	17%	80%
8 Vías	=	6,40	14%	80%
9 Vías	=	7,20	13%	80%

(1): Respecto al valor anterior
(2): Respecto al valor de 1 vía.

De esta manera, los gastos y servicios referidos son calculados sumando los puntos (i), (ii) y (iii). El resultado de dicha suma se multiplica por el número (v) y, posteriormente, a la cifra resultante de dichas operaciones se le suma el punto (iv).

Además de lo anterior, el derecho de construcción supone la existencia de gastos administrativos que ascienden a la cantidad de 4,96 UTM.

El derecho de construcción, también incluye un cobro por concepto de prevención de velocidad que se calculan por la multiplicación del valor día (en que cada día está asociado a la prevención de velocidad) y tiempo mínimo con prevención, que depende de si el atravesado es subterráneo con tunelera, con refuerzo de diámetro hasta 500 mm., con refuerzo de diámetro mayor a 500 mm. y/o aéreo, de acuerdo con el siguiente cuadro:

CUADRO N° 2: Tiempo Mínimo (días) c/ Prevención

Subterráneo con tunelera	=	5
Subterráneo c/refuerzo diámetro hasta 500 mm	=	15
Subterráneo c/refuerzo diámetro mayor 500 mm	=	30
Aéreo	=	3
Valor a aplicar	=	

Por otra parte, el derecho de construcción considera una inspección y primera certificación, que se determina según el valor de derecho a paso, de acuerdo con el siguiente cuadro:

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

CUADRO N° 3: Cálculo valor de certificación anual

Si Derecho a Paso, Paralelismo o Apoyo:			
< = 10 UTM	=	aplicar	5,00
> 10 <= 20 UTM	=	aplicar	10,00
> 20 UTM	=	aplicar	15,00
Certificación Anual		Valor a aplicar	

GTD hace presente que el derecho de construcción agrega un derecho a paso del primer año, cuyas variables de cobro están determinadas por: (i) Tipo de vía Férrea: en que si se trata de una vía electrificada el valor asignado es de 8,63. De lo contrario, dicha variable será asignada con un valor equivalente a 4; (ii) Número de vías: en que la variable está determinada por el número de vías que contemplan los atravesos; (iii) Tipo de faja vía: en que si se trata de una zona urbana, se considera un valor igual a 30. De lo contrario el valor asignado es de 5, y; (iv) Tipo de atraveso: en que el costo está determinado en cuanto a si el atraveso es una comunicación aérea, subterránea menor a 500 pares, subterránea menor a 1000 pares, subterránea menor a 2400 pares o cable de fibra óptica, conforme lo señala el sistema de tarifas de EFE.

Al respecto, GTD explica que el costo de derecho de atraveso del primer año se calcula de acuerdo con el siguiente cuadro, multiplicando los puntos (i) y (ii), sumando el punto (iii) a ese resultado y multiplicando lo anterior por el punto (iv):

CUADRO N° 4: Cálculo del Derecho a Paso

Tipo de Vía Férrea	VF	=	Electrificada	8,63	
		=	No Electrificada	4,00	
			Valor a aplicar		
Número de Vías	NV	=	Valor a aplicar		
Tipo de Faja Vía	FV	=	Zona Urbana	30,00	
		=	Zona Rural	5,00	
			Valor a aplicar		
Tipo de Atravesio	K	=	Comunicaciones aéreos	3,00	
		=	Com. subt. <=500 pares	1,00	
		=	Com. subt. <=1000 pares	1,50	
		=	Com. subt. <=2400 pares	2,00	
		=	Cable de Fibra óptica	3,00	
			Valor a aplicar		
Derecho a Paso	DP	=	[(VF * NV) + FV] * K		

1.8.1.2. En cuanto al derecho anual de atraveso después del primer año, GTD señala que éste se calcula aplicando la misma operación usada para el cálculo del derecho de paso del primer año.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Además, el derecho anual de atravesio contempla un cobro por certificación de obra que es el mismo de la primera inspección y certificación antes mencionada.

Finalmente, para el cálculo del derecho anual de atravesio, se calcula el valor presente desde el segundo año hasta el año veinte del flujo compuesto por la suma de las cifras mencionadas en los dos acápite anteriores (derecho de paso del segundo año y siguientes más la certificación anual de la obra).

1.8.2. En relación al modelo de cobro señalado, GTD observa que: (i) no es posible explicar el número adimensional que se utiliza para calcular el derecho de construcción (Cuadro N° 1); (ii) tampoco tienen explicación los valores usados para el cálculo del derecho de paso anual (Cuadro N° 3), ni la fórmula por medio de la cual unos valores multiplican a otros, pues esto último produce un aumento desproporcionado de las tarifas que no tiene correspondencia con un modelo de costos; (iii) el cobro por certificación anual, que se relaciona con el cobro por el derecho a paso tampoco tiene explicación; (iv) el tiempo mínimo con prevención de velocidad (Cuadro N° 2) es excesivamente alto y no distingue si la vía es energizada o no; y, por último (v) el cálculo del valor presente de derecho de paso anual que se cobra a partir del segundo año, debe descontar esos dos años, asumiendo que el pago se realiza al final de cada período.

1.8.3. A las observaciones generales señaladas precedentemente, GTD añade las siguientes que son específicas a su situación y que constituirían errores en los cálculos efectuados por EFE: (i) la tasa de descuento aplicada es arbitraria y muy baja (5% anual); (ii) por pasos bajo nivel no debieran cobrarle el estudio técnico, el arriendo de rieles de refuerzo, el corte de energía y la prevención de velocidad; (iii) le cobran por un atravesio de 5 vías el precio de uno de 6; y, (iv) dos de sus cruces fueron considerados como vías electrificadas, pese a que no lo son.

Para una mejor explicación de las observaciones realizadas, GTD presenta una tabla con los presupuestos presentados por EFE, versus los pagos que resultarían de aplicar los supuestos y observaciones planteadas, esto es, sólo el cobro del derecho a paso y la certificación anual de acuerdo con los parámetros y fórmulas de EFE (que siguen siendo arbitrarias) con una tasa de descuento de 12,7% y trayendo el flujo a valor presente. De acuerdo con ese cuadro, resulta un presupuesto de UTM 15.859, versus una tarifa de UTM 6.973 por los siete atravesos, si se incorporan sus observaciones.

1.8.4. Por otra parte, GTD compara la metodología usada por EFE con el contrato vigente relativo al atravesio del ramal Alameda - San Antonio. Explica que en

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

dicho contrato, las partes fijaron un precio total de 262,58 UTM más IVA, que se desglosa en la suma de 81,14 UTM por el primer año y 181,44 UTM por los 19 años restantes.

No obstante lo anterior, según la metodología interna usada por EFE para el cobro de los atravesos, el mismo atraveso del ramal Alameda-San Antonio (Talagante), tendría un costo de 683,98 UTM, lo cual probaría la inexistencia de uniformidad en el cobro por parte de EFE.

1.9. En el octavo capítulo de su demanda, GTD consigna sus conclusiones, señalando que: (i) los cobros que EFE pretende aplicar no son uniformes, no responden a una metodología objetiva basada en costos, no son transparentes y son arbitrarios o discriminatorios; (ii) si bien ciertos cobros sí están basados en costos, éstos son excesivos y no responden a la realidad del mercado; (iii) los cobros de EFE son abusivos y excesivos si se comparan con los valores de mercado (en el ejemplo de los días de prevención) y además con respecto a los cobros que la misma empresa EFE realizaba hace 9 meses atrás.

Por otra parte, GTD señala en este capítulo que el modelo tarifario de EFE no corresponde a un modelo de empresa eficiente, que es el que se utiliza en Chile para fijar las tarifas de los monopolios naturales, explicando en qué consiste y citando nuevamente el Dictamen N° 1234 de 2003, de la Comisión Preventiva Central, en la parte que habría dispuesto que Emporcha debía presentar los estudios pertinentes para determinar una estructura tarifaria basada en el mencionado modelo, dentro de determinado plazo.

Reitera que los servicios provistos a GTD por parte de EFE no requieren inversión o no constituyen un costo para ésta y que, por consiguiente, al aplicar la metodología de cobro señalada, EFE no se rige por un modelo de empresa eficiente, debiendo hacerlo. Además, GTD incorpora un cuadro que muestra el aludido modelo, conforme con el cual si la inversión o el costo de proveer el servicio es igual a cero, entonces el precio también debiera ser igual a cero.

1.10. En el noveno capítulo de su demanda, GTD indica que las conductas atentatorias de la libre competencia en que habría incurrido EFE son:

- (i) Precios fijados unilateralmente, lo que constituye la conducta atentatoria de la libre competencia de “imposición de precios”, sustentada en la monopolización de instalaciones esenciales;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

- (ii) Fijación de precios que no tienen relación con los costos marginales de largo plazo ni con mejoras en el servicio prestado, todo ello conforme a un modelo de cobro de tarifas arbitrario, discriminatorio, poco transparente, poco objetivo y no uniforme, y;
- (iii) Precios impuestos que, al considerar su magnitud, configuran la conducta de “precios abusivos”.

Hace presente que, si a alguna otra compañía que se encuentre en condiciones semejantes a las de GTD, se le estuviera cobrando una tarifa más ventajosa, se verificaría otra figura distinta de abuso de posición dominante, cual es, la discriminación de precios.

1.10.1. En cuanto al ilícito de imposición de precios, GTD expresa que, mediante su reglamento interno, EFE comenzó a cobrar por los derechos de atravesado de la faja vía que comprende su propiedad, de lo cual informó a GTD en la reunión celebrada el 19 de diciembre de 2005 y en las comunicaciones escritas por medio de las que puso en su conocimiento que “descubrieron” la existencia de atravesos aéreos “no regularizados”, comportamiento que configura una imposición de precios, toda vez que dicha cantidad fue fijada arbitraria y unilateralmente por EFE.

A mayor abundamiento, señala que GTD jamás tuvo la oportunidad de negociar los precios cobrados por EFE, dado que la aplicación y cobro de las tarifas tuvo lugar una vez que GTD ya estaba “capturada” al no poder evitar la permanencia de sus redes bajo o sobre la vía férrea.

Por último, reafirma que el cálculo de los precios establecidos corresponde a una actuación meramente interna de EFE, ya que el reglamento en que ésta se ha fundado no tiene valor normativo alguno frente a terceros, pues no tiene el carácter de un acto administrativo; tesis que refuerza la jurisprudencia administrativa de la Contraloría General de la República que cita, contenida en su Dictamen N°038161, de fecha 17 de agosto de 2005.

1.10.2. Con respecto a la fijación de precios que no tienen relación con los costos marginales de largo plazo ni con mejoras en el servicio prestado, GTD señala que EFE no ha calculado los precios en relación a sus costos marginales de largo plazo, excediendo con creces los precios que resultarían de la aplicación de tales criterios, y que jamás ha implementado una mejora en los servicios prestados; lo cual sería aún más reprochable tratándose de una empresa estatal

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

cuyo objetivo no debe ser la maximización del beneficio, sino el de la comunidad en general.

1.10.3. En cuanto a la conducta de imposición de precios abusivos, GTD sostiene que las conductas anteriores, configuran un abuso por parte de EFE, por cuanto esa empresa tiene absoluta seguridad de que a las empresas del giro de las telecomunicaciones y eléctrico no les quedará alternativa que aceptar las condiciones impuestas por la primera.

1.11. En el décimo capítulo de su demanda, GTD señala que la conducta de EFE debe ser sancionada por atentar contra lo dispuesto por el DL N° 211 y contra las normas que regulan el Orden Público Económico consagradas en la Constitución Política de la República.

1.12. En el undécimo capítulo de su demanda, GTD se refiere a la misión de la institucionalidad de la libre competencia, citando las Resoluciones Nos 90, 93, 99 y 171 conforme con las cuales el objetivo de la libre competencia sería el bienestar de los consumidores.

Además, cita la Resolución N° 86, en que la Comisión Resolutiva señaló que cualquier abuso que en materia de precios pudiese cometerse por parte de una empresa con participación mayoritaria en el mercado, puede ser corregido mediante la fijación de los precios de los productos que ella elabora. Así, la tarificación sería el remedio para suplir la competencia en aquellos casos en que está impedida.

Indica que la jurisprudencia tarifaria de los órganos de la libre competencia ha ido evolucionando en el tiempo, según se observa de los Dictámenes Nos 248, 483 y 487 de la Comisión Preventiva Central, y cita además las Resoluciones Nos 7 y 46 de la Comisión Resolutiva, y la Sentencia N° 28/ 2005 de este Tribunal, de las cuales se desprende un concepto jurisprudencial de posición dominante.

1.13. En el duodécimo capítulo, GTD se refiere al precedente relativo a la fijación de precios efectuada a las empresas distribuidoras eléctricas. Expresa al respecto que mediante Resolución N° 531, la Comisión Resolutiva concluyó que los servicios no consistentes en suministros de energía eléctrica, pero asociados a éstos o que se presten en mérito de la calidad de concesionario de servicio público, debían quedar sujetos a fijación de precios, en consideración a que las condiciones existentes en el mercado no eran suficientes para garantizar a su respecto un régimen de libertad tarifaria, solicitando al Ejecutivo que promoviera una modificación a la Ley General de Servicios Eléctricos.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Esa petición finalmente se concretó mediante la presentación del proyecto que dio origen a la Ley N° 19.674, a partir de la cual el Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción quedó facultado para fijar precios a los demás servicios prestados por las empresas eléctricas, sean o no concesionarias de servicio público, cuando se encuentren asociados al suministro de electricidad o se presten en mérito de la calidad de concesionario, previa calificación expresa de la Comisión Resolutiva (hoy Tribunal de Defensa de la Libre Competencia) como servicios sujetos a fijación de precios.

Posteriormente, la Superintendencia de Electricidad y Combustibles solicitó a la Comisión Resolutiva la calificación de los servicios asociados al suministro eléctrico que deberían quedar afectos a fijación tarifaria, lo que dio origen a la Resolución N° 592, por la cual la Comisión Resolutiva declaró que las condiciones existentes en el mercado no son suficientes para garantizar un régimen de libertad tarifaria respecto de, entre otros, los servicios de apoyo en postes a proveedores de servicios de telecomunicaciones, por lo que el Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción debía proceder a fijar el precio.

Entre las consideraciones tenidas en cuenta por la Comisión Resolutiva para incluir en dicha Resolución los servicios de apoyo en postes a proveedores de servicios de telecomunicaciones, se tuvo especialmente en cuenta la existencia de posiciones monopólicas o dominantes de las empresas eléctricas, derivadas de consideraciones legales o regulatorias y de la existencia de economías de escala o de ámbito tales como la propiedad de la infraestructura, como también de asimetrías de información. Por otra parte, se señaló que “existen servicios que deberán quedar sujetos a fijación tarifaria con el fin de evitar que se produzcan distorsiones en otros mercados, como el de las telecomunicaciones”.

Es así, como finalmente el Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, a través del Decreto Supremo N° 197, de 14 de Octubre de 2004, aprobó la fijación de tarifas máximas para los servicios que en él se indican, incluyendo el arriendo de servicios de apoyo en postes de distribución de electricidad para la fijación de instalaciones de telecomunicaciones.

1.14. Por todo lo anterior, GTD solicita a este Tribunal acoger en todas sus partes la demanda y en definitiva declarar:

- (i) Que EFE ostenta una posición dominante en el mercado de los servicios de atravesos, paralelismos y apoyos en la faja férrea de su propiedad, y

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

que EFE ha incurrido, entre otros, en la figura de abuso de posición dominante a través del cobro de precios excesivos a GTD;

- (ii) Que, en ejercicio de las atribuciones que le otorga el artículo 18, número 4), del DL 211, este H. Tribunal solicite al Ejecutivo, a través del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, la promoción de las modificaciones legales a la Ley Orgánica de EFE que sean necesarias para dotar al referido Ministerio de la facultad de fijar tarifas para los servicios de atraviesos, paralelismos y apoyos que preste EFE, previa calificación expresa de este H. Tribunal, en consideración a que las condiciones existentes en dicho mercado no son suficientes para garantizar a su respecto un régimen de libertad tarifaria, sin perjuicio de que, en todo caso, si las condiciones del mercado cambiaran y existiere un pronunciamiento favorable de este Tribunal, los servicios antes señalados puedan dejar de estar afectos a la fijación de tarifas. Esta fijación de tarifas debe hacerse sobre la base de un modelo de empresa eficiente;
- (iii) Que EFE presente ante este H. Tribunal un plan de autorregulación tarifaria, sobre la base de criterios objetivos, generales, uniformes, no discriminatorios y transparentes, dentro del plazo de 30 días corridos desde la notificación de la presente sentencia, por la vía incidental. Este plan de autorregulación debe basarse en un modelo de empresa eficiente, y deberá mantenerse vigente mientras no se dicte la legislación necesaria para fijar a EFE sus tarifas de acuerdo a lo que se solicita en el punto (ii) anterior;
- (iv) Que el plan de autorregulación tarifaria que se apruebe por este H. Tribunal se deberá aplicar tanto a EFE como a sus empresas filiales o relacionadas o por empresas sobre cuya administración EFE o sus socios controladores tengan influencia decisiva;
- (v) Que por concepto de las prácticas abusivas desarrolladas por EFE se le condene a esta última al pago de una multa hasta por la suma equivalente a 20.000 Unidades Tributarias Anuales, y;
- (vi) Que se condene a EFE al pago de las costas derivadas de la presente causa.

En cuanto al monto de la multa, GTD argumenta que se reúnen todos los requisitos para que este Tribunal aplique a EFE la multa máxima permitida por la

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

ley, por cuanto: (i) existe -y en caso de no ser sancionado seguirá existiendo- un claro y considerable beneficio económico para EFE gracias a la infracción como consecuencia del cobro excesivo de precios por el atravesado de cableados a las empresas del rubro de las telecomunicaciones y eléctrico; (ii) las conductas desplegadas por EFE son graves; y, (iii) EFE es un reincidente en el desarrollo de conductas atentatorias a la libre competencia, pues en otras oportunidades esa empresa se ha visto en la necesidad de defenderse de demandas interpuestas en su contra por empresas que se han visto menoscabadas por sus conductas monopólicas y abusivas.

//. Contestación

2. A fojas 213, con fecha 23 de agosto de 2006, EFE contestó la demanda deducida en su contra, solicitando sea rechazada en todas sus partes por las razones de hecho y de derecho que expone.

2.1. EFE describe su propio estatuto jurídico, citando lo dispuesto en el artículo 19 N° 21 de la Constitución Política de la República y definiéndose como una empresa pública que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 21 inciso segundo de la Ley N° 18.175, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, se rige por las normas constitucionales pertinentes y por su respectiva ley orgánica, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue establecido mediante DFL N° 1 de 1993, del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones (en adelante, Ley Orgánica de EFE).

Agrega que, como consecuencia de lo anterior, la relación de EFE con los privados se rige por el derecho común, y se sustenta en el contrato regido por normas de derecho privado. En este contexto, cuando EFE requiere emplazar sus vías en inmuebles pertenecientes a terceros y no obstante las servidumbres legales reconocidas en su favor, debe efectuar los desembolsos patrimoniales destinados a compensar la utilización de los bienes de terceros.

2.2. EFE señala que GTD ha reconocido que, para cumplir con las finalidades propias de su giro empresarial, requiere “contratar” servicios de atravesos con EFE, y que GTD también ha reconocido el hecho público y notorio de que EFE es propietaria de la faja vía.

En este sentido, tal como lo reconoce la Ley General de Telecomunicaciones, en pleno uso y goce de los atributos del dominio, EFE puede cobrar por los atravesos, paralelismos y apoyos que requieran terceros para el cumplimiento de sus propios objetivos. En ningún caso, la mencionada ley ha establecido que las

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

personas naturales o jurídicas deban soportar gratuitamente y sin compensación el tendido de redes.

2.3. Precisa que, con estricta sujeción a ese marco contractual, EFE ha entendido que con la instalación de hecho de los atravesos por parte de GTD, ésta última ha expresado tácitamente una voluntad de carácter contractual.

Cita los artículos 18 y 19 de la Ley N° 18.168, General de Telecomunicaciones, conforme con los cuales se establece en favor de las concesionarias de servicios de telecomunicaciones una servidumbre contractual sobre propiedades privadas, lo que implica que éstas deben ser convenidas por las partes conforme a las normas de derecho común.

Explica que, en la especie GTD ha reconocido expresamente conocer tanto la normativa interna de EFE en materia de atravesos, paralelismos y apoyos, como el respectivo tarifado de EFE, por lo que, al ejecutar tales atravesos, GTD aceptó tácitamente esas normas técnicas y tarifas, manifestando tácitamente su consentimiento de acuerdo con las normas de derecho privado que reconocen validez a la formación tácita del consentimiento.

EFE destaca que GTD ha usado y gozado gratuitamente de los bienes de EFE, restando toda consecuencia jurídica a su actuar, y no reconociendo en ello una expresión de su voluntad de aceptar tácitamente los precios que EFE ha considerado para los atravesos en cuestión.

Agrega que, si no existiera una relación contractual entre las partes, habría que presumir que el actuar de la demandante es abiertamente ilegal, atendido que los atravesos no han sido ordenados por la autoridad.

2.4. EFE advierte que, en la especie, no existe una servidumbre legal a favor de GTD que deba ser soportada por EFE.

Explica que, de acuerdo con las mismas disposiciones de la Ley General de Telecomunicaciones antes citadas, se reconoce a las empresas de telecomunicaciones una servidumbre legal subsidiaria cuando no hay acuerdo con el propietario del predio sirviente, la que se constituye por resolución fundada de la Subsecretaría de Telecomunicaciones que declare imprescindible el servicio, debiendo la justicia ordinaria fijar la indemnización.

Al respecto, indica que en este caso no existe tal acto de autoridad que haya constituido una servidumbre legal, no se ha impetrado alguna acción judicial tendiente a determinar el valor de las indemnizaciones que correspondan a EFE, y

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

tampoco existe alguna provisión de fondos en algún tribunal que garantice el pago de las obras efectuadas por la demandada en la propiedad de EFE.

2.5. EFE indica que, además, la Ley General de Telecomunicaciones establece expresamente que los derechos de tender o cruzar líneas áreas o subterráneas sobre propiedades de terceros, se ejercerán "de modo que no perjudique el uso principal" del bien. Esta norma protege y resguarda los derechos del predio sirviente y sus fines, que en el caso de EFE, corresponden al tráfico ferroviario de carga y de pasajeros, de modo que tales tendidos y cruces no pueden afectar la operación principal a que se encuentra destinada la faja vía ni poner en riesgo la operación ferroviaria. EFE sostiene que esa protección es acorde con el respeto de que goza el derecho de propiedad en nuestro ordenamiento.

Agrega que, en este caso, GTD no ha considerado lo anterior, puesto que ha ejecutado los atravesos conforme a sus propios criterios, sin consultar si los mismos perjudican o entorpecen la operación ferroviaria, y sin considerar los requerimientos técnicos, operacionales y comerciales de EFE.

2.6. Agrega que la misma norma exige que las empresas titulares de servicios de Telecomunicaciones "cumplan con las normas técnicas y reglamentarias, como también las ordenanzas que correspondan", reconociendo así que el tendido de líneas de telecomunicaciones debe respetar, no sólo la normativa técnica de telecomunicaciones, sino también la normativa destinada a garantizar la seguridad del tráfico ferroviario.

En este contexto, EFE afirma que su actuación en la materia se enmarca en disposiciones legales y convenios internacionales suscritos por nuestro país en relación a los estándares técnicos de operación de las vías y del material rodante.

2.7. EFE explica que su normativa en materia de atravesos, paralelismos y apoyos está determinada por el cumplimiento de un deber legal y es consistente, además, con su derecho de explotar comercialmente sus bienes, citando al efecto las disposiciones pertinentes del DS N° 1157, de 1931, del Ministerio de Fomento, que fijó el texto definitivo de la Ley General de Ferrocarriles (en adelante Ley General de Ferrocarriles) y de la Ley Orgánica de EFE.

Así, indica que, por un lado, la Ley General de Ferrocarriles establece, como norma de protección y seguridad para el tráfico ferroviario, "la prohibición de abrir zanjas, hacer excavaciones, explotar canteras, minas, hacer represas, estanques, pozos o cualquiera otra obra de la misma clase que pueda perjudicar a la solidez de la vía" (artículo 34, N° 1), y por otro, la Ley Orgánica de EFE, reconoce su

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

propiedad sobre todos los terrenos ocupados por las vías férreas, sus dependencias y anexos", y que forman parte de su patrimonio "las entradas provenientes de la explotación de sus bienes".

Lo anterior, configura un reconocimiento legal de la importancia de que los atravesos deban estar sujetos a la autorización, supervisión y aprobación de EFE, para garantizar la seguridad del tránsito ferroviario. EFE destaca la gravedad de la instalación de atravesos sin estudios técnicos que avalen su factibilidad.

Es por lo anterior que EFE tiene establecido un procedimiento para otorgar los permisos y autorizaciones que incluye una evaluación técnica de la solicitud. La normativa de EFE no tiene otra finalidad que garantizar estándares técnicos para la ejecución de los atravesos y obtener una legítima contraprestación pecuniaria por el uso y goce que terceros pretenden de sus bienes.

Por lo tanto, los requerimientos normativos de EFE no son arbitrarios ni abusivos, pues responden al cumplimiento de sus deberes legales, añadiendo que no tiene interés de dificultar ni entorpecer las operaciones de ninguna persona o empresa.

Agrega que tampoco es cierto que los precios no guarden relación con los costos, destacando que, en la fijación de esos precios, EFE ha considerado diversos costos asociados directamente a los atravesos, tales como estudios de ingeniería, supervisión y evaluaciones técnicas.

2.8. En relación al Reglamento de Atravesos, Paralelismos y Apoyo que cuestiona GTD, EFE explica que hasta 1993 fue una empresa directamente gestionada por el Estado y que cuenta, por lo tanto, con una tradición administrativa profundamente arraigada que ha permanecido en el tiempo.

Indica que es así que se ha mantenido la nomenclatura de "reglamento" para designar un conjunto de normas y directrices de aplicación interna, que no constituyen lo que en derecho administrativo se conoce como tal.

Explica que el reglamento en cuestión es sólo un documento de instrucción interno que agota sus efectos en ese ámbito. Indica que no es un acto administrativo y carece de los elementos que caracterizan a los actos administrativos, ya que no emana de una autoridad administrativa, carece de presunción de legalidad, no tiene imperio, ni es exigible a terceros.

En definitiva, EFE precisa que su Reglamento de Atravesos, Paralelismos y Apoyo: (i) ha sido elaborado para reglamentar la autorización, construcción, y tarifas de las obras de atraveso, paralelismo y apoyo que afectan a la faja vía; (ii)

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

determina las condiciones técnicas necesarias para la seguridad del tráfico ferroviario; (iii) considera ítems de cobro asociados a costos en que incurre EFE con ocasión de la ejecución de la obra, tales como estudios técnicos de ingeniería, revisión en terreno, certificaciones, arriendo de material de refuerzo de la vía, reposición de durmientes y otros para dejar la vía férrea apta para el tránsito ferroviario, cortes de energía eléctrica e interrupciones de tráfico; y, (iv) es un instrumento que garantiza transparencia respecto de los precios, y establece condiciones uniformes a todas las personas naturales y jurídicas que requieran obras de traviesos, paralelismos y apoyos, descartando discriminaciones.

2.9. EFE relata que, a menudo, se efectúan obras de traviesos, paralelismos y apoyos sin su autorización, por lo que en el año 2005 contrató a la empresa externa V & P con el objeto de que efectuara un catastro completo de tales obras y los cálculos de costos para ser cobrados a sus respectivos usuarios. Explica que EFE ha hecho fe de lo informado por la señalada empresa externa, pero que está dispuesta a revisar los cálculos efectuados por V & P que han sido cuestionados en autos.

2.10. EFE señala que no ha incurrido en las conductas contrarias a la libre competencia que se le imputan y que los resguardos solicitados por GTD son inaceptables, principalmente porque GTD no tiene legitimidad para accionar en contra de EFE, atendidas las irregularidades en que ha incurrido para librarse o al menos dilatar el pago por los traviesos.

2.11. EFE hace presente que la Resolución N° 465, de la Comisión Resolutiva, de fecha 16 de mayo de 1996, dictada con motivo de una denuncia de la Asociación de Empresas de Servicios Públicos A.G. reconoció el legítimo derecho de EFE a la explotación de sus bienes, y al cobro de los derechos por traviesos, paralelismos y apoyos, consignando que las cuestiones derivadas del incumplimiento de la obligación de pago deben ser resueltas por la justicia ordinaria y no facultan a EFE para aplicar directamente sanciones como la desconexión de los tendidos.

EFE destaca que la resolución mencionada estimó que los derechos de servidumbres que tiene que soportar EFE a favor de empresas que prestan servicios públicos de electricidad y telecomunicaciones se encuentran regulados específicamente en el DFL N° 1, de 1982, del Ministerio de Minería y la Ley General de Telecomunicaciones, respectivamente.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

2.12. Desde el punto de vista geográfico, EFE señala que, atendido que la concesión de la demandante se circunscribe a la Región Metropolitana, no resulta pertinente la reclamación de esa empresa en relación con la extensión de la faja vía de propiedad de EFE en otras áreas, pues tal circunstancia no dice relación con las operaciones de GTD.

Agrega que EFE no tiene como objeto principal la explotación de los atravesos, paralelismos y apoyos, y que el emplazamiento de la faja vía no es una condición preconcebida para acaparar ese mercado, sino una consecuencia del emplazamiento de la infraestructura necesaria para su particular operación, que no basta para estimar que ejerza una posición dominante.

2.13. EFE señala que no ha incurrido en abuso de posición dominante, porque:

(i) No tiene una posición dominante y, por lo tanto, no puede imponer precios, ya que estos deben ser determinados por las partes de común acuerdo, existiendo numerosos contratos suscritos con solicitantes de atravesos en un plano de igualdad. Agrega que, por el contrario, se encuentra en una situación desmejorada porque no puede oponerse a que las empresas concesionarias de telecomunicaciones tiendan o crucen líneas físicas en bienes de su propiedad, toda vez que los artículos 18 y 19 de la Ley General de Telecomunicaciones reconocen a tales empresas derechos de servidumbre.

(ii) No impone precios, ya que EFE no pretende ni ha pretendido utilizar el documento interno que regula la materia como acto de imposición de autoridad. Aclara que ese documento fija los criterios básicos al respecto, quedando siempre el solicitante en plena libertad para aceptar o no la propuesta de cobro de EFE, indicando que, a falta de acuerdo entre las partes, la cuestión debe ser resuelta por la justicia ordinaria.

Por lo anterior es que, enfrentada a una situación de cobro por los atravesos, GTD ha estimado que éstos no se ajustan a sus pretensiones y ha manifestado su discrepancia en el precio mediante la devolución de los respectivos documentos de cobro.

(iii) No es efectivo que EFE preste un servicio indispensable para las empresas concesionarias de telecomunicaciones, toda vez tal calificación proviene de una determinación propia de tales empresas, pudiendo efectivamente no serlo. EFE precisa que lo que molesta a GTD es que EFE disponga de un marco normativo interno para estas materias.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

2.14. En cuanto a la conducta de imposición de precios, EFE señala que lo que GTD denomina imposición de precios, corresponde al cobro de atravesos descubiertos por EFE y no regularizados por GTD. La afirmación de GTD de que no tuvo oportunidad de negociar el monto de los atravesos es, por lo tanto, contradictoria con las normas que rigen la materia. GTD no ha sido, ni puede ser sometida a ninguna conducta de imposición de precios y la circunstancia de que GTD se haya negado a pagar es una muestra de ello.

EFE agrega que el legislador ha evitado que la concesionaria de telecomunicaciones sea objeto de abusos, estableciendo que a falta de acuerdo se debe recurrir a la justicia ordinaria para la fijación del precio, y explica que GTD no ha acudido a la vía judicial para determinar el precio de los atravesos porque pretende soslayar su obligación de requerir previamente que se dicte la resolución fundada, que declare imprescindible el servicio por parte del Subsecretario de Telecomunicaciones.

2.15. En cuanto a la imputación de fijación de precios que no tienen relación con los costos ni con mejoras en el servicio prestado, y de aplicación de un sistema de tarifas arbitrario, discriminatorio y poco transparente, EFE afirma que ello no es efectivo.

Al respecto, señala que es preciso considerar que la ejecución de las obras de atravesos, paralelismos y apoyos involucran una serie de gastos para EFE, tales como estudios técnicos de ingeniería, revisiones en terreno, certificaciones, arriendo de material de refuerzo de la vía, corte de energía eléctrica, interrupciones de tráfico.

Agrega que durante los últimos años han sido relevantes las inversiones efectuadas por EFE en el mejoramiento de la infraestructura ferroviaria y de los estándares de seguridad, destacando las obras de confinamiento de la faja vía que han brindado mayor protección a los atravesos.

2.16. En lo atinente a la acusación de precios abusivos, EFE niega haber incurrido en tal conducta remitiéndose a lo expresado anteriormente.

2.17. Por último, EFE consigna sus conclusiones, agregando que el avance tecnológico de las telecomunicaciones, permite presumir que la demandante cuenta con medios alternativos para prestar los servicios de telecomunicaciones que ofrece, mediante dispositivos inalámbricos, satelitales, etc.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

2.18. Por todo lo anterior, EFE solicita a este Tribunal rechazar la demanda de autos en todas sus partes, con costas, declarando que:

- (i) Las relaciones entre las partes derivadas de los servicios de atravesos, paralelismos y apoyos que EFE debe soportar a favor de GTD, constituye una servidumbre contractual o legal según sea el caso, regida por lo dispuesto en la Ley General de Telecomunicaciones;
- (ii) EFE no ostenta una posición dominante en el mercado de atravesos paralelismos y apoyos, y no ha incurrido en abuso a este respecto, dado que la naturaleza de la concesión otorgada a la empresa demandante no permite a ésta, sino acatar la servidumbre sobre los bienes de su propiedad, dejando la fijación de los precios, a falta de acuerdo directo entre las partes, al arbitrio de los tribunales de justicia, y que, en consecuencia, la relación entre ambas debe sujetarse a esta normativa;
- (iii) No corresponde que EFE se sujete a los planes de autorregulación tarifaria en los términos pedidos por GTD, atendido que las partes deben determinar el precio de las indemnizaciones de común acuerdo, conforme a las normas de derecho común que reconocen libertad a las partes para establecer los términos de sus relaciones contractuales, especialmente porque la legislación considera un mecanismo de fijación de precios en caso de desacuerdo al respecto; y
- (iv) Se desestime aplicar a EFE sanciones pecuniarias por no existir conductas ni intención de conductas atentatorias de la libre competencia.

Otras excepciones opuestas por EFE:

3. *Prescripción de la acción:* A fojas 871, con fecha 6 de mayo de 2008, EFE opuso excepción de prescripción, atendido que la acción de autos se fundaría en la aplicación de los valores establecidos en el Reglamento de Atravesos Paralelismos y Apoyos de EFE, que data de 1993, de manera que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 20, inciso 3º, del Decreto Ley N° 211, estaría prescrita.

De esta excepción se confirió traslado a GTD, quien lo contestó a fojas 877, señalando que ella no cuestiona la dictación del Reglamento, sino su aplicación manifestada por el cobro de precios abusivos, que es una conducta de ejecución permanente en el tiempo.

A fojas 911, se decidió dejar para definitiva la resolución de la excepción de prescripción.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

4. *Incompetencia absoluta:* A fojas 882, con fecha 12 de mayo de 2008, EFE dedujo incidente de nulidad de todo lo obrado y, en subsidio, planteó una cuestión de competencia vía declinatoria, atendido que este Tribunal sería absolutamente incompetente para conocer de la materia sometida a su conocimiento. Una vez contestado el traslado conferido a su respecto, ambos incidentes fueron rechazados mediante resolución de 22 de mayo de 2008 (fojas 953).

5. *Cosa juzgada:* En subsidio de las incidencias señaladas en el numeral precedente, EFE opuso excepción de cosa juzgada fundada en la Resolución N° 465 de la Comisión Resolutiva. Una vez contestado el traslado conferido a su respecto, este incidente también fue rechazado mediante resolución de 22 de mayo de 2008 (fojas 953).

6. A fojas 262, con fecha 8 de marzo de 2007, se recibió la causa a prueba, fijándose como hechos substanciales, pertinentes y controvertidos los siguientes:

(1) Hechos y circunstancias que configurarían una posición de dominio de la demandada en el mercado de servicios de atravesos, paralelismos y apoyos para empresas de servicios de telecomunicaciones; y,

(2) Cobros efectuados y costos asumidos por la demandada por los servicios de atravesos, paralelismos y apoyos prestados a la demandante. Criterios utilizados para su determinación.

7. Documentos acompañados por las partes:

7.1. Por la parte de GTD: A fojas 56: (i) DS N° 22 de concesión, de 25 de abril de 1983, del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, y de sus correspondientes modificaciones de 13 de julio de 1989 y 26 de agosto de 1991; (ii) Contrato de autorización de construcción, derechos de paso y certificación, entre GTD y EFE, de 5 de agosto de 2005; (iii) Correo electrónico de V & P a GTD, que acompaña el “Anexo Sistema de Tarifas de Atravesos Paralelismos y Apoyos”, de 22 de diciembre de 2005; (iv) Siete facturas emitidas por EFE a GTD el 27 de diciembre de 2005 por los derechos de paso anual 2004 y 2005 de siete atravesos (una por cada atraveso); (v) Carta de GTD a EFE, por medio de la cual devuelve las siete facturas indicadas en el número anterior, de 13 de enero de 2006; (vi) Factura emitida por EFE a GTD el 28 de febrero de 2006 por los derechos de paso anual 2004 a 2006 de un atraveso aéreo; (vii) Carta de GTD a EFE, por medio de la cual devuelve la factura indicada en el número anterior, de 16 de marzo de 2006; (viii) Carta de EFE a GTD mediante la cual le informa que procederá a realizar las gestiones legales de cobro, de 28 de febrero de 2006; (ix)

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Dictamen N° 038161, de la Contraloría General de la República, de 17 de agosto de 2005. A fojas 321: (x) Informe en derecho titulado “*¿Cómo entender la confluencia de la figura del abuso de posición dominante, la noción de facilidad o instalación esencial, la regulación sectorial de telecomunicaciones y la legislación general sobre libre competencia respecto de las condiciones de acceso (en la forma de atravesos, paralelismos y apoyos) a la faja ferroviaria de propiedad de EFE?*”, elaborado por el abogado Juan José Romero. A fojas 654: (xi) Primeras dos páginas de la demanda presentada por EFE en contra de CTC ante el 7° Juzgado Civil de Santiago; (xii) Páginas del sitio web de EFE; (xiii) Primeras tres páginas de la Memoria Anual de EFE; (xiv) Primera y tercera página del Contrato de autorización de construcción, derechos de paso y certificación, entre GTD y EFE, de 5 de agosto de 2005; (xv) Atlas Geográfico de Chile del Instituto Geográfico Militar, Quinta Edición; (xvi) Oficio de la Contraloría General de la República a EFE, de 3 de febrero de 2006, en que informa respecto de la revisión de contratos de ductos, atravesos, paralelismos y cruces particulares suscritos entre EFE y terceros; (xvii) Factura emitida por EFE en agosto de 2005 y el respectivo comprobante de pago, por los derechos de paso de 20 años por el atraveso de GTD que es objeto del contrato de autorización de construcción, derechos de paso y certificación; (xviii) Correo electrónico de EFE al abogado de GTD que acompaña presupuesto de atravesos relativos a las facturas que fueron devueltas y su complementación, de 15 de septiembre de 2006; (xix) Correo electrónico de EFE al abogado de GTD que acompaña liquidaciones de los ocho atravesos materia de autos, de 9 de noviembre de 2006; (xx) Informes de cobros elaborados por GTD, que contienen sus observaciones al modelo tarifario de EFE, de 24 de mayo de 2006 y de 4 de diciembre de 2006; (xxi) Propuesta de cobros formulada por GTD a EFE, el 2 de enero de 2007; (xxii) Copias de páginas de periódicos y recortes de prensa, relativos a la intención de EFE de configurar un modelo de empresa eficiente. A fojas 704: (xxiii) Cartas de Antofagasta (Chili) and Bolivia Railway P.L.C. a Telesat S.A., de 26 de marzo de 2001 y de 8 de mayo de 2001, y una factura emitida por la primera a la segunda, relativas a un atraveso aéreo de la vía férrea; y, a fojas 760 y 772: (xiv) Cartas y correos electrónicos en que GTD o sus empresas relacionadas solicitan autorización de EFE para ejecutar nuevos atravesos.

7.2. Por la parte de EFE: A fojas 213: (i) Reglamento de Atravesos, Paralelismos y Apoyos en la Vía Férrea. A fojas 861: (ii) Catastro de atravesos ilegales de GTD, de marzo de 2008. A fojas 934: (iii) Set de fotografías satelitales que muestran la ubicación de los atravesos de GTD. A fojas 1068: (iv) Set de fotocopias de los títulos de propiedad de la línea férrea; (v) Set de contratos entre

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

EFE y terceros, que hacen referencia al Reglamento de Atraviesos, Paralelismos y Apoyos; y, (vi) Informe de Atraviesos Clandestinos, elaborado por V y P.

8. Testimonial rendida por las partes:

8.1. Por la parte de GTD: (i) A fojas 670, Matías Ernesto Montes Silva; (ii) A fojas 676, Manuel Andrés Carrasco Morel; (iii) A fojas 680, Juan Ignacio Rodríguez Peña; (iv) A fojas 683, Luigi Giancarlo Guggiana Balbontín; (v) A fojas 686, Alejandro David Moreno Velásquez; (v) A fojas 690, Gustavo Rodolfo Welkner Oelckers; (vi) A fojas 693, Juan Fernando Soro Korn; y, (vii) A fojas 696, Mario Darío Domínguez Rojas.

8.2. Por la parte de EFE: (i) A fojas 734, Alejandro Ulises Venegas Aedo; (ii) A fojas 741, Guillermo Tadao Muñoz Senda; (iii) A fojas 745, Manuel Fernando Millán Cortés Monroy; (iv) A fojas 748, Rodrigo Andrés Troncoso Bustamante; y, (v) A fojas 750, Luis Marcelo Castañeda Muñoz.

9. Otras diligencias probatorias solicitadas por las partes:

9.1. Informe pericial solicitado por GTD: A fojas 654, GTD solicitó un informe pericial en relación con diversos aspectos de los hechos substanciales, pertinentes y controvertidos. A fojas 747, con fecha 14 de junio de 2007, fue designado como perito, de común acuerdo por las partes, el ingeniero civil electricista Sr. Oscar Cabello Araya, quien evacuó su informe a fojas 813, con fecha 20 de octubre de 2007.

El informe pericial concluye, en síntesis, que: (i) EFE tiene efectivamente una posición dominante en el mercado de los servicios de atravesos -pero no así en paralelismos y apoyos- y es necesario adoptar medidas que conduzcan a una reducción de los precios correspondientes, dado que dichos servicios constituyen un recurso esencial para las empresas de telecomunicaciones; (ii) La principal recomendación de su estudio es que el Reglamento de Atraviesos de EFE sea revisado y actualizado, ya que en lo que se refiere a atravesos de telecomunicaciones está arrojando “valores muchísimo mas altos que los que imperarían en un mercado en competencia”. Además, valores tan elevados fomentan atravesos clandestinos y otras prácticas perniciosas; y, (iii) Es aconsejable considerar detenidamente el caso de atravesos que se efectúen en pasos bajo nivel de Serviu o MOP, dejando claramente establecido si el pago que efectúan esas entidades las autoriza o no para subarrendar espacio para el atraveso de otros servicios.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

9.2. Absolución de posiciones solicitada por GTD: A fojas 777 bis 4, con fecha 24 de julio de 2007, absolvió posiciones el señor Agustín Edmundo Dupré Echeverría, Gerente General de EFE.

10. De oficio: A fojas 863, con fecha 22 de abril de 2008, el Tribunal solicitó a EFE informar si, en caso de que un atravieso se efectúe por un camino que cruza la faja vía, se requiere o no, además, la autorización de EFE, y si EFE cobra o no por tal atravieso. A fojas 865, con fecha 25 de abril de 2008, EFE informó al respecto que “cuando el atravieso de que se trate se efectúe por un bien nacional de uso público y no afecta bienes de dominio de EFE, la empresa no cobra derechos por dicho atravieso”.

11. A fojas 816, GTD formuló observaciones respecto de la prueba rendida.

Y CONSIDERANDO:

En cuanto a las tachas:

Primero: Que, a fojas 670, EFE formuló tacha respecto del testigo señor Matías Ernesto Montes Silva, presentado por la parte de GTD, invocando la causal establecida en el artículo 358 N° 6 del Código de Procedimiento Civil, atendido que el testigo habría reconocido tener vínculo laboral con la demandante. De esta tacha se confirió traslado a GTD, quien solicitó su rechazo, con costas, atendido que el testimonio del testigo sería fundamental para resolver y que no existirían otras personas que puedan deponer con mayor exactitud, invocando jurisprudencia de este Tribunal y lo dispuesto en el artículo 22º, inciso segundo, del Decreto Ley N° 211.

Segundo: Que, ponderados los elementos de hecho que sirven de fundamento a la tacha deducida, ésta será acogida, por considerar este Tribunal que la existencia de una relación laboral entre el testigo y la parte que lo presenta, configuran la causal de inhabilidad establecida en el artículo 358 N° 6 del Código de Procedimiento Civil, y resta al testimonio del señor Montes la independencia e imparcialidad necesaria para que este Tribunal pueda asignarle valor probatorio de acuerdo con lo prescrito en el artículo 22º, inciso final, del Decreto Ley N° 211;

Tercero: Que, a fojas 734, GTD formuló tacha respecto del testigo señor Alejandro Ulises Venegas Aedo, presentado por la parte de EFE, invocando las causales establecidas en los Nos 4 y 5 del artículo 358 del Código de Procedimiento Civil, atendido que el testigo habría señalado prestar servicios

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

para EFE desde 1995. De esta tacha se confirió traslado a EFE, quien solicitó su rechazo, con costas;

Cuarto: Que, ponderados los elementos de hecho que sirven de fundamento a las causales invocadas, ambas serán rechazadas, por considerar este Tribunal que la circunstancia de que el testigo sea un trabajador de EFE, no lo sitúa en una situación de dependencia, pues su situación funcionaria está normada por un estatuto que garantiza la independencia e imparcialidad de su testimonio. Lo anterior, sin perjuicio del valor probatorio que se le pueda asignar a la declaración del testigo de acuerdo con lo prescrito en el artículo 22°, inciso final, del Decreto Ley N° 211;

En cuanto a la excepción de prescripción:

Quinto: Que, a fojas 871, EFE opuso excepción de prescripción extintiva, señalando que la conducta anticompetitiva en que se fundaría la acción de autos consistiría en aplicar a los atraviesos instalados por GTD las tarifas contenidas en el Reglamento, y que es un hecho no controvertido que este último data de 1993. Por lo tanto, a juicio de la demandada, la acción de autos fundada en ese Reglamento se encontraría prescrita de acuerdo con lo establecido en el artículo 20, inciso 3°, del Decreto Ley N° 211;

Sexto: Que, por su parte, al contestar el traslado que fue conferido respecto de esa excepción de prescripción (fojas 877), GTD solicitó que sea rechazada porque ella no cuestiona la dictación del Reglamento, sino el cobro de precios abusivos, que es una conducta de ejecución permanente en el tiempo;

Séptimo: Que, de conformidad con lo dispuesto en el señalado artículo 20, inciso 3°, las acciones por infracción a la libre competencia prescriben en el plazo de dos años, contado desde la ejecución de la conducta en que éstas se fundan. En consecuencia, este Tribunal debe analizar cuándo se deben entender los hechos imputados en autos como “ejecutados”, pues el término o fin de dicha “ejecución” señala el momento en que debe iniciarse el cómputo del plazo de prescripción;

Octavo: Que, según se desprende de la demanda, la infracción a la libre competencia denunciada por GTD y que este Tribunal debe resolver, corresponde a conductas de abuso de posición dominante, que se configurarían mediante la imposición de precios abusivos por parte de EFE, por los servicios de atraviesos, paralelismos y apoyos de la faja vía. A juicio de la demandante, esas tarifas estarían determinadas en base a un modelo que no sería uniforme, general

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

y no discriminatorio, y que tampoco se basaría en costos ni se sustentaría en un modelo de empresa eficiente; el que estaría contemplado en el denominado “Reglamento de Atraviesos, Paralelismos y Apoyos”, en adelante el Reglamento. Ello, asevera la demandante, correspondería a la infracción prevista en el artículo 3 letra b) del Decreto Ley N° 211, que se refiere a la explotación abusiva por parte de una empresa de una posición dominante en el mercado;

Noveno: Que, por consiguiente, a juicio de este Tribunal, la infracción atribuida a EFE no consiste en la dictación del Reglamento –que data de 1993-, sino en su aplicación a los atraviesos de GTD mediante el cobro de los precios abusivos reprochados; lo cual constituye una actividad continuada o de tracto sucesivo, que se verifica o ejecuta desde el establecimiento de los parámetros de cobro cuestionados, cada vez que EFE exige el pago de las tarifas abusivas denunciadas, y que cesa o concluye una vez que éstos dejan de aplicarse o son reestructurados. Por lo tanto, en la especie, el plazo de prescripción sólo podría computarse a partir del momento en que la demandada hubiera cesado en la aplicación de los cobros cuestionados, o modificado el Reglamento en base a los cuales éstos son calculados, pues sólo en ese momento la ejecución de la supuesta infracción habría terminado;

Décimo: Que, entonces, y dado que la existencia y vigencia del Reglamento no es controvertida, y que la demandada no ha alegado el cese de los cobros abusivos a que este daría lugar o su reestructuración en una época anterior a la demanda, forzoso es concluir que la conducta permanecía en ejecución a la fecha de la demanda y que, por consiguiente, el plazo de prescripción de dos años no transcurrió entre la ejecución de la conducta y la notificación de esta última, practicada el 4 de agosto de 2006 (fojas 174). Por ello, se rechazará la excepción de prescripción deducida por EFE a fojas 871;

En cuanto al fondo:

Undécimo: Que, según lo señalado en la consideración octava, la controversia de autos se centra en determinar si EFE ha incurrido en una infracción al Decreto Ley N° 211, al establecer los precios de los atraviesos, paralelismos y apoyos de la vía férrea, utilizando un modelo tarifario que no se basa en costos ni se sustenta en un modelo de empresa eficiente, y que tampoco reúne condiciones de generalidad, uniformidad, no discriminación y transparencia;

Duodécimo: Que, para ello, es necesario en primer lugar tener en consideración lo siguiente:

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

- (i) GTD es una empresa concesionaria de servicios intermedios de telecomunicaciones en diversas comunas de la Región Metropolitana, según consta del correspondiente decreto de concesión de 1983 y sus respectivas modificaciones de 1989 y 1991 (fojas 1 y siguientes), que se dedica a la instalación, operación y explotación de una red de ductos y cables en su zona de servicio;
- (ii) EFE, de acuerdo con lo dispuesto por su Ley Orgánica, es una empresa pública dedicada al transporte ferroviario de carga y pasajeros, autorizada para explotar comercialmente los bienes de que es dueña, que comprenden –entre otros- los terrenos que ocupan las líneas férreas o faja vía;
- (iii) La faja vía de propiedad de EFE es un terreno de aproximadamente 20 veinte metros de ancho, que corre de Norte a Sur y que no presenta, en principio, otras interrupciones que las que puedan derivarse de bienes nacionales de uso público, tales como caminos públicos. En efecto, de acuerdo con lo informado por EFE a fojas 865, en aquellos casos en que los atravesos se efectúen por un bien nacional de uso público y no afecten inmuebles de dominio de EFE, la demandada no cobra por dichos atravesos;
- (iv) No es un hecho controvertido que EFE cobra por los servicios de atravesos, paralelismos y apoyos que presta a las empresas de gas, electricidad, agua potable y telecomunicaciones, que necesitan emplazar sus instalaciones en terrenos de propiedad de terceros, para transportar y distribuir sus servicios hasta sus clientes, lo cual consta, por lo demás, de las facturas emitidas por estos conceptos que se encuentran agregadas a fojas 34 y siguientes y 1059 y siguientes. Las normas de construcción y tarifa de los atravesos, paralelismos y apoyos en la línea férrea, están establecidas en el documento denominado “Reglamento de Atravesos, Paralelismos y Apoyos de EFE”, en adelante el Reglamento, rolante a fojas 123 y siguientes;
- (v) El 5 de agosto de 2005, GTD suscribió con EFE un contrato de Autorización de Construcción, Derechos de Paso y Certificación, por el atraveso subterráneo del ramal Alameda–San Antonio (Talagante). Conforme a ese contrato, que se encuentra agregado a fojas 9 y siguientes, se pactó un precio único, total y anticipado de 262,58 UTM, por un plazo de 20 años contados desde la fecha de suscripción del contrato;
- (vi) Además, GTD mantiene otros 8 atravesos de la faja vía en la Región Metropolitana, de acuerdo con el Informe de Atravesos Clandestinos rolante a

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

fojas 1034, elaborado para EFE en agosto del 2006 por la empresa V&P Consultores y Asesores Ltda: (i) Av. J.M. Carrera alt. 14.416, San Bernardo; (ii) Lo Blanco esquina A. de Ercilla, El Bosque; (iii) Av. Balmaceda con Carrascal; (iv) Av. Balmaceda con Román Spech; (v) Matucana – Yungay (Cemento Melón); (vi) C. Valdovino alt. 3.340, San Joaquín; (vii) R. Subercaseaux alt. 3.300, E. Central; y, (viii) Alcalde Guzmán, Renca. Respecto de dichos atravesos no existe contrato entre GTD y EFE, y habrían sido contruidos sin autorización de ésta última en terrenos de su propiedad;

(vii) EFE emitió a GTD una factura por cada uno de los atravesos no autorizados señalados precedentemente, las cuales fueron devueltas y no han sido pagadas por GTD, tal como consta de las cartas rolantes a fojas 41 y 44. Según lo informado por el perito (fojas 788), los precios de los atravesos de que dan cuenta las aludidas facturas fueron calculados en base al Reglamento de EFE;

(viii) Posteriormente, entre septiembre y diciembre de 2006 -durante el curso de este juicio- las partes mantuvieron negociaciones a fin de determinar un precio por los atravesos, formulándose diversas propuestas (fojas 383 y siguientes), la última de las cuales fue en noviembre de 2006;

Decimotercero: Que, en ese contexto y previo al análisis de las conductas imputadas en autos, corresponde dejar establecido también que, de acuerdo con los artículos 2º y 28º letra b) de su Ley Orgánica, EFE puede explotar comercialmente los bienes de su propiedad, que comprenden, entre otros, los terrenos que ocupan las líneas férreas. Por consiguiente, EFE tiene derecho a cobrar por el uso que terceros realizan de la faja vía, tal y como ha sido establecido por la H. Comisión Resolutiva en su Resolución N° 465, por la Contraloría General de la República en su Dictamen N°038161 y como, por lo demás, ha sido expresamente reconocido por GTD en su demanda;

Decimocuarto: Que, por otra parte, se debe tener en cuenta que GTD no tiene derecho a servidumbres legales para el tendido de sus redes sobre o bajo la vía férrea, ya que tales servidumbres legales, de acuerdo con lo dispuesto por los artículos 18 y 19 de la Ley General de Telecomunicaciones, gravan: (i) a los bienes nacionales de uso público; calidad que no posee la faja vía que constituye propiedad privada de EFE; y (ii) a propiedades privadas, siempre que se trate de empresas de servicios públicos de telecomunicaciones y el Subsecretario de Telecomunicaciones declare imprescindible el servicio; condición de la que carece GTD;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Decimoquinto: Que, por lo tanto, GTD sólo está habilitada para constituir servidumbres voluntarias que graven los terrenos de propiedad de EFE, al tenor de lo establecido en el inciso final del artículo 18° de la Ley General de Telecomunicaciones, que dispone que “las servidumbres que recaigan en propiedades privadas deberán ser convenidas por las partes y se regirán por las normas generales del derecho común”. Por consiguiente, GTD debe negociar con EFE tanto para realizar el tendido de sus redes sobre o bajo la vía férrea de propiedad de esta última y constituir la servidumbre voluntaria respectiva, como para determinar su precio;

Decimosexto: Que, por lo tanto, la situación planteada en autos difiere de la que conoció la H. Comisión Resolutiva, con ocasión de la denuncia presentada por la Asociación de Empresas de Servicios Públicos A.G. y que fue decidida por la Resolución N° 465, antes mencionada, ya que las empresas de servicios públicos, a diferencia de la demandante, pueden imponer servidumbres legales a EFE y acudir a la justicia ordinaria o a comisiones de peritos para determinar su precio, en caso de desacuerdo. Por tal razón, en ese caso, se rechazó la denuncia presentada en lo relativo a los derechos de atravesos;

Decimoséptimo: Que, a diferencia de lo que ocurrió en el caso mencionado, en el contexto de la causa planteada en estos autos -en donde los precios son determinados libremente conforme con el resultado de las negociaciones que lleven a cabo las partes- sí sería posible que EFE incurriera en conductas abusivas contrarias al Decreto Ley N° 211, en caso de que tuviera una posición dominante en el mercado relevante, o bien, si la faja vía de su propiedad constituyera una instalación esencial para las empresas proveedoras de servicios que no estén definidos como públicos; como ocurre con los servicios de telecomunicaciones que GTD está autorizada a suministrar de acuerdo con su concesión (fojas 1);

Decimooctavo: Que, sin embargo, la circunstancia de que EFE pueda cobrar por los atravesos no implica que pueda hacerlo en infracción a las normas de defensa de la libre competencia, pues tales normas se le aplican como a cualquier otro agente económico. Por ello, y considerando además que no existen disposiciones legales especiales –distintas del Decreto Ley N° 211- que resuelvan el conflicto planteado en autos, este Tribunal está plenamente facultado para pronunciarse al respecto;

Decimonoveno: Que así establecido todo lo anterior, a continuación: (i) se definirá y caracterizará el mercado relevante y la posición que

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

ocupan las partes en el mismo; (ii) se establecerá si se dan o no las condiciones que hagan procedente acudir a la doctrina de las instalaciones esenciales; (iii) se analizará si EFE ha incurrido o no en las conductas denunciadas; y, por último, (iv) se resolverán las peticiones concretas formuladas por la demandante;

Vigésimo: Que, en cuanto al primero de esos elementos –el mercado relevante y la posición que ocupan las partes en el mismo- debe tenerse presente que, además del servicio de transporte ferroviario que constituye su negocio principal, EFE explota la faja vía de su propiedad mediante la provisión de servicios de atraviesos, paralelismos y apoyos, que son demandados por un conjunto de empresas o usuarios que –como GTD- los utilizan como insumo para suministrar servicios a sus respectivos clientes;

Vigésimo primero: Que, en la especie, la controversia surge en relación a los cobros por los atraviesos -cruces aéreos o subterráneos- de la vía férrea provistos por EFE. Los servicios de paralelismos y apoyos satisfacen necesidades diferentes de los usuarios y, por consiguiente, forman parte de un mercado relevante distinto de los atraviesos;

Vigésimo segundo: Que, a mayor abundamiento, es posible descartar una incidencia significativa de las conductas denunciadas para la libre competencia en el mercado de paralelismos y apoyos, porque de acuerdo con lo informado por el perito Sr. Cabello, EFE no tiene una posición dominante en la provisión de tales servicios, ya que éstos cuentan con sustitutos tales como caminos públicos, secundarios y autopistas que corren paralelos a la vía férrea (página 11 del informe). Además, las empresas de distribución eléctrica proveen el servicio de apoyo en postes a las empresas de telecomunicaciones, por lo que constituyen sustitutos de los servicios de apoyos provistos por EFE (página 3 del informe);

Vigésimo tercero: Que por lo anterior, esto es, atendido que los cobros que motivan el conflicto de autos corresponden exclusivamente a servicios de atraviesos de la vía férrea, a juicio de este Tribunal, el mercado relevante incluye sólo los servicios de atraviesos de la vía férrea, que son demandados por un conjunto de empresas (usuarios) que requieren cruzar la faja vía para poder suministrar los servicios que ofrecen a sus respectivos clientes, en toda la extensión de la misma;

Vigésimo cuarto: Que, en el mercado relevante así definido, EFE es el único oferente de atraviesos de la vía férrea de su propiedad, mientras que

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

GTD es uno de sus clientes o usuarios. Por ello, y puesto que no existen alternativas para las empresas que –como GTD- requieren atravesar la vía férrea para desarrollar su actividad, EFE tiene una clara posición dominante en dicho mercado. En efecto, por un lado, la faja vía se observa como un terreno continuo que divide al país en dos, sin que se hubiese acreditado en autos la existencia de caminos públicos que pudieran constituir alternativas para el atraveso de dicha vía y, por otro lado, las tecnologías inalámbricas de transporte y transmisión no son sustitutas de las líneas físicas atendido que, por su mayor costo y menor capacidad, no pueden satisfacer las mismas necesidades, tal y como se desprende del informe pericial que rola a fojas 788;

Vigésimo quinto: Que, en consecuencia, y dado que los atravesos de la faja vía constituyen a lo menos insumos indispensables para las empresas de telecomunicaciones que –como GTD- no pueden prescindir de ella para desarrollar su actividad económica, EFE podría abusar de una posición dominante;

Vigésimo sexto: Que, en concreto, la circunstancia de que EFE y GTD deban negociar un contrato por medio del cual la primera permita a la segunda construir obras que crucen de un lado a otro la vía férrea, será eficiente en la medida que no existan diferencias substanciales en sus respectivos poderes de negociación, ni bienes específicos a la transacción;

Vigésimo séptimo: Que, según afirma GTD, en este caso particular existirían bienes específicos a la transacción, consistentes en los atravesos ya instalados de GTD, que constituirían costos hundidos para ésta y que la situarían en una posición aún más débil de la que tendría si hubiese solicitado previamente la autorización de EFE. En este sentido, GTD argumentó que, por el hecho de haber construido los atravesos cuyas tarifas cuestiona en esta sede, sería un cliente cautivo de EFE y no tendría posibilidad de negociar con ésta;

Vigésimo octavo: Que al respecto, este Tribunal considera que el hecho de que GTD tenga involucrados bienes específicos a la transacción no merece amparo alguno en esta sede, porque el uso de la faja vía debe ser autorizado por EFE en forma previa –lo cual no es controvertido- y porque, además, la especial situación de hecho en que GTD se encuentra al no contar con autorización para los tendidos ya construidos, se debe a un acto propio de esa empresa a partir del cual no le resulta lícito sacar provecho y debe, por el contrario, asumir los riesgos y responsabilidades de sus actos;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Vigésimo noveno: Que por su parte, y en relación con esta misma situación de hecho, EFE se ha defendido señalando que GTD carecería de legitimidad activa porque sus atravesos serían ilegales; defensa que será rechazada por este Tribunal por cuanto las infracciones en que pueda haber incurrido GTD no pueden convalidar o justificar en caso alguno las que pudiera haber cometido EFE ya que, de acuerdo con los principios generales del derecho, la autotutela está proscrita;

Trigésimo: Que, por consiguiente, las infracciones en las que pueda haber incurrido GTD a normativas distintas de las que corresponde aplicar a este Tribunal, deberán ser resueltas en las sedes correspondientes, sin que puedan ser admitidas en ésta bajo la forma de excepciones, y sin que lo que resuelva este Tribunal pueda, en caso alguno, estimarse como una convalidación de delitos o infracciones de otra naturaleza;

Trigésimo primero: Que así, y antes de examinar si las tarifas cuestionadas en autos son o no resultado de una conducta de abuso de la posición dominante que tiene EFE en el mercado relevante, resulta necesario precisar que, en la especie, este Tribunal no estima necesario acudir a la doctrina de las instalaciones esenciales invocada por la demandante. Lo anterior se debe a que esta doctrina pretende resolver situaciones en las que un agente económico niega a otro el acceso a insumos o infraestructura que son imprescindibles para participar, competir o desafiar al dueño o controlador de ese insumo o infraestructura. En la especie, en cambio, EFE y GTD no son competidores actuales o potenciales, de manera que la demandada carece de incentivos anticompetitivos para negar el acceso o la venta a GTD;

Trigésimo segundo: Que, a mayor abundamiento, no se encuentra acreditado que EFE hubiera negado el acceso o la venta de atravesos de su faja vía, o realizado gestiones tendientes a retirar de su propiedad los atravesos ya instalados por GTD. De hecho, ni siquiera existe una probabilidad cierta de que EFE proceda a solicitar el retiro de los atravesos materia de autos, atendido que, como se señaló, no tiene incentivos para ello, al menos, mientras perciba una remuneración que compense la totalidad de los costos que enfrenta producto de éstos, incluyendo una rentabilidad sobre ciertos activos que para ella constituyen costos hundidos, como son, por ejemplo, los terrenos;

Trigésimo tercero: Que, como consecuencia de lo señalado anteriormente, no se dan las condiciones que ameriten acudir a la doctrina de las instalaciones esenciales. En cambio, ya que los atravesos de la vía férrea son

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

provistos por un único oferente –EFE- y requeridos por un conjunto de empresas que no pueden prescindir de ellos, el conflicto de autos estaría dado por la posibilidad de que EFE, abusando de su posición dominante en la provisión de servicios de atraviesos, pretenda o exija de terceros como GTD una contraprestación abusiva;

Trigésimo cuarto: Que, por lo anterior, este Tribunal determinará a continuación si EFE ha incurrido o no en las conductas denunciadas, para lo cual analizará si los cobros que efectúa por concepto de atraviesos son o no constitutivos de abuso de posición dominante;

Trigésimo quinto: Que, según se señaló anteriormente, no ha sido controvertido que el modelo tarifario de EFE, conforme al cual esa empresa estatal determina las tarifas por los servicios de atraviesos, está establecido en el Reglamento;

Trigésimo sexto: Que cabe precisar que, aunque ese Reglamento no constituye un acto de autoridad ni es, por lo tanto, formalmente vinculante para los privados con quienes EFE contrata -circunstancia que no ha sido controvertida en autos-, lo relevante a efectos de esta causa es que EFE, atendida su posición dominante en el mercado de los atraviesos, está en condiciones de imponer las tarifas que resultan de su aplicación, sin que pueda estimarse, por las razones expresadas en las consideraciones precedentes, que se trate de una “mera proposición” de EFE que pueda ser rechazada o discutida por sus clientes, ya que, como también se dijo, éstos no pueden prescindir de los atraviesos;

Trigésimo séptimo: Que, en todo caso, la sola circunstancia de que exista ese Reglamento para el cálculo de las tarifas por atraviesos, permite a este Tribunal concluir que no concurre en la especie la falta de transparencia en los cobros denunciada por GTD. En efecto, ese Reglamento proporciona transparencia a los cobros por concepto de atraviesos, al garantizar, precisamente, que los interesados accedan a información adecuada respecto de las condiciones bajo las cuales EFE comercializa los atraviesos y puedan, en consecuencia, tomar decisiones racionales al respecto;

Trigésimo octavo: Que, zanjado lo anterior, debe tenerse presente que GTD ha sostenido además en su demanda (i) que los cobros que EFE pretende aplicar no se basan en criterios objetivos, no son uniformes, y son discriminatorios; y, (ii) que, si bien ciertos cobros estarían basados en costos, éstos son excesivos, ya que no responden a valores de mercado, ni a los cobros

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

que la misma empresa efectuó en octubre de 2005 respecto del atraveso de Talagante que fue objeto del contrato entre las partes, rolante a fojas 9;

Trigésimo noveno: Que, para determinar si los cobros cuestionados en autos se basan o no en criterios objetivos, uniformes, y no discriminatorios, se debe analizar el modelo de cobro contemplado en el Reglamento;

Cuadragésimo: Que, de acuerdo al Reglamento, los cobros incluyen un Derecho de Construcción y un Derecho de Atraveso. Este último rige a partir del segundo año y se cobra anticipadamente por 20 años;

Cuadragésimo primero: Que el Derecho de Construcción cubre los costos de ingeniería e inspección y los eventuales costos operacionales de EFE durante la construcción. No cubre los costos de construcción y mantenimiento de las obras propiamente tales, los cuales deben ser cubiertos por el demandante del atraveso. Este Derecho de Construcción considera (i) el costo del estudio técnico que debe desarrollar EFE para revisar el proyecto de construcción del interesado, que tiene un valor de UTM 9,44 siempre que la mano de obra requerida para la construcción del atraveso no supere las UTM 80, en cuyo caso el costo del estudio técnico corresponderá al 10% del presupuesto de la mano de obra; (ii) los gastos y servicios en que incurre EFE por la ejecución de la obra, como son la mano de obra necesaria para dejar la vía en la condición previa al atraveso, el uso de material de refuerzo de la vía para permitir la circulación de trenes en forma segura, entre otros; (iii) el costo de disminución de la velocidad de circulación de los trenes mientras se construye la obra, según normas de seguridad ferroviaria; (iv) el derecho a paso o atraveso anual del primer año; (v) los costos de inspección y recepción de obras por parte de EFE y; (vi) los gastos administrativos en los que incurre, que tienen un valor fijo de UTM 4,96.

Tal como señala el perito, en su última oferta a GTD, EFE sólo consideró el estudio técnico y los gastos administrativos para calcular el derecho de construcción. El perito entiende que no se consideraron los gastos y servicios por la ejecución de la obra, porque dado que se trataba de un atraveso de fibra óptica no era necesario reforzar la vía ni cortar la energía o el tráfico. Por los mismos motivos no se consideró la prevención de velocidad;

Cuadragésimo segundo: Que, por su parte, el Derecho de Atraveso cubre el costo del terreno y los costos de inspecciones periódicas de EFE. El cálculo del Derecho de Atraveso incluye un derecho a paso anual (DP), más un cobro por certificación o inspección anual del atraveso (CA);

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Que, a su vez, el cobro del derecho a paso anual (DP) depende de: (i) el tipo de vía férrea, según si es o no electrificada; (iii) el número de vías férreas a atravesar; (iii) el tipo de faja vía, según si es en zona urbana, semi-urbana o rural; y (iv) un “factor K” que pondera el tipo de atraveso, según si es para agua potable, electricidad, servicios de telecomunicaciones, etc. Así, el derecho a paso anual (DP), según el tipo de vía, es 8,63 UTM para vías electrificadas y 4 UTM para vías no electrificadas.

Por otra parte,, el cobro (DP) aumenta si es mayor el número de vías que se atraviesan (si es una vía, se multiplica por un factor igual a 1; si son 2 vías se multiplica por 1,75; si son 3 vías por 2,6; si son 4 vías por 3 y si son 5 vías por 4. Según consta en el expediente, por 9 vías se le ha asignado a un atraveso un factor máximo de 7,2).

El cobro (DP) varía dependiendo del tipo de faja vía: si es zona urbana, se cobran 30 UTM; si es zona semi-urbana, se cobran 15 UTM; y si es zona rural, se cobran 5 UTM.

Dado que el derecho de atravesos (DP) se cobra en forma anticipada por los próximos 20 años, se considera una tasa de interés de 5% para efectos del cálculo del valor presente neto. Finalmente, se pondera el tipo de atraveso por un factor K, según se muestra en la siguiente tabla:

Tabla N° 1
Valores del Factor K

	TIPO DE ATRAVIESO	Factor K
1	Agua servida diámetro < = 200 mm	0,20
2	Agua servida diámetro < = 500 mm	0,40
3	Agua servida diámetro < = 750 mm	0,60
4	Agua servida diámetro < = 1000 mm	0,80
5	Agua servida diámetro > = 1000 mm	1,00
6	Agua servida diámetro < = 50 mm	0,30
7	Agua servida diámetro < = 100 mm	0,60
8	Agua servida diámetro > = 100 mm	1,50
9	Eléctrico Subterráneo Baja tensión	0,50
10	Eléctrico Subterráneo Media tensión	1,00
11	Eléctrico Subterráneo Alta tensión	2,00
12	Eléctrico Aéreo Baja Tensión < 1.000 kv	1,00
13	Eléctrico Aéreo Media Tensión de 1 a 5 kv	2,00
14	Eléctrico Aéreo Alta Tensión más de 15 kv	3,00
15	Comunicaciones Aéreos	3,00
16	Comunicaciones Subterráneos <= 500 pares	1,00
17	Comunicaciones Subterráneos <= 1.000 pares	1,50
18	Comunicaciones Subterráneos <= 2.400 pares	2,00
19	Cable de Fibra Óptica	3,00
20	Gas-Petróleo < 50 mm	0,57
21	Gas-Petróleo < 100 mm	1,14
22	Gas-Petróleo < 200 mm	2,85
23	Gas-Petróleo > 200 mm	3,50
24	Pasos Sobre Nivel	2,66
25	Pasos Bajo Nivel	3,00

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Cuadragésimo tercero: Que, por último, el cobro por certificación anual (CA), se determina en función del derecho de atravieso o paso anual (DP). Si el derecho a paso anual es menor a 10 UTM, la certificación anual es 5,9 UTM; si el derecho a paso anual es mayor a 10 UTM, pero inferior a 40 UTM, la certificación anual es 11,8 UTM y, si el derecho a paso anual es mayor a 40 UTM, la certificación anual es 15,6 UTM.

Cuadragésimo cuarto: Que, a partir de la descripción efectuada en las consideraciones precedentes, puede concluirse, en primer término, que el factor K, que depende del tipo de instalación de que se trata, no tiene ninguna vinculación con los costos que dicha instalación genera. De hecho, siguiendo a este respecto la opinión del perito expresada a fojas 788, este Tribunal estima que no es razonable que los cruces de telecomunicaciones tengan ponderadores mayores –y como consecuencia tarifas mayores- que los de aguas servidas, en circunstancias que, normalmente, los atravesos de aguas servidas hacen mayor uso de la faja vía que una empresa de telecomunicaciones, y con un mayor riesgo para EFE. Asimismo, no se explica la distinción entre las ponderaciones de atravesos de pares de cobre y fibra óptica, en circunstancias que en ambos casos se requiere un ducto muy parecido en diámetro para materializar el atravieso. La diferencia entre el par de cobre y la fibra óptica está en las capacidades y velocidades de transmisión de datos y no en el espacio que ocupan, riesgo que representan, u otro concepto de costo para EFE de aquellos identificados por el perito en su informe;

Cuadragésimo quinto: Que, en segundo lugar, el valor que se le asigna al cruce de 1 versus 2 ó 3 vías o incluso más, no parece tener explicación alguna. Así, por cruzar 2 vías en vez de una, el índice aumenta en un 75%; por cruzar 3 vías en vez de 2, el índice aumenta en un 49%; por cruzar 4 vías en vez de 3, aumenta en un 15%; y, por cruzar 5 en vez de 4 vías, aumenta en un 33%. La circunstancia de que entre 1 y 4 vías la relación de aumento sea decreciente, podría explicarse en una especie de descuento basado en costos, pero tal explicación no es viable si se observa que la relación de aumento se incrementa al pasar de 4 a 5 vías, por lo que este Tribunal concluye que se trata de valores que no tienen fundamento en costos;

Cuadragésimo sexto: Que, en tercer lugar, resulta arbitrario y discrecional que el cobro por certificación anual dependa del derecho a paso, puesto que este último se basa en criterios diferentes de los que determinan los costos de certificación anual. Así por ejemplo, teniendo en cuenta lo informado

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

por el perito, el derecho a paso será naturalmente más caro en zona urbana que en zonas rurales, mientras que los costos de inspección anual de EFE serán más bajos dentro de una ciudad que en zonas rurales. Por todo lo anterior, a juicio de este Tribunal, también carece de sentido relacionar el valor de la certificación anual con el valor del derecho a paso;

Cuadragésimo séptimo: Que, en cuarto lugar, el cobro que se hace por el tipo de terreno utilizado tampoco guarda relación con los costos, ya que no se basa en la superficie utilizada, sino que sólo considera un cobro uniforme por tipo de terreno, esto es, si el atravesio se emplaza en zona urbana, semi-urbana o rural;

Cuadragésimo octavo: Que, por último, y en relación con el cálculo del Derecho de Construcción (DC), no se observa racionalidad alguna en la circunstancia de que el valor del estudio técnico dependa de valor neto del presupuesto de la mano de obra del atravesio. Además, debe tenerse presente que en la actualidad las obras se realizan por contratistas y subcontratistas, con lo cual es muy difícil determinar el costo de la mano de obra;

Cuadragésimo noveno: Que, a partir de todo lo anterior, es posible inferir que los cobros efectuados por EFE a GTD, basados en el modelo contemplado en el así denominado Reglamento, no tienen fundamento en costos y se basan, en cambio, en factores de demanda o de disposición a pagar. En este sentido apunta, además, la testimonial rendida en autos por la propia demandada pues, a fojas 741, declaró un ingeniero de EFE quien -repreguntado respecto de los factores que determinan el precio o tarifa de los cables de fibra óptica- señaló: *“Como dije en un principio el valor de un atravesio depende entre otros del tipo de servicios que se esté prestando, en el caso particular de la fibra óptica tiene un valor más alto que el de, por ejemplo, una cañería de agua potable, puesto que la información y transporte que por cada uno de ellos se hacen es distinto y en caso de la fibra óptica resulta de mucho mayor valor estratégico y comercial”*;

Quincuagésimo: Que, entonces, es posible presumir que la finalidad de EFE en la determinación de los precios de los atravesos consiste en apropiarse de la mayor proporción de los excedentes que genera ese mercado, mediante la diferenciación de precios por tipo de clientes y el cobro de valores arbitrarios, ejerciendo así en forma abusiva la posición dominante que tiene respecto de sus usuarios, quienes no pueden prescindir de sus servicios;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Quincuagésimo primero: Que, en efecto, a pesar de que el cobro es uniforme al interior de cada categoría de clientes, resulta discriminatorio entre empresas de distintos rubros o que requieren atravesos para diferentes usos o de distinto tipo, pero que imponen costos similares, como ocurre entre el atraveso de fibra óptica y el par de cobre;

Quincuagésimo segundo: Que, en este contexto, cabe precisar que, de acuerdo con lo informado por el perito a fojas 788, la razón por la cual el valor del atraveso de Talagante que fue objeto del contrato de agosto de 2005 resultó notablemente inferior a las tarifas cobradas por los restantes atravesos de GTD, fue porque en EFE se cometió un error, ya que el cálculo se hizo suponiendo que se trataba de un cruce de aguas servidas, en vez de un cruce de fibra óptica. Esto último lo confirma la testimonial de fojas 741;

Quincuagésimo tercero: Que, por lo anterior, este Tribunal estima que el error en que incurrió EFE se produjo en el cálculo del atraveso de Talagante antes mencionado, y no en los otros atravesos de GTD que son materia de autos y que dieron como resultado tarifas más altas. Así, y sin perjuicio de que ese error justifica la señalada diferencia en los cálculos -en la cual GTD funda la falta de uniformidad en los cobros efectuados por EFE- este Tribunal considera que la diferencia en cuestión demuestra la discriminación por tipo de clientes establecida en las consideraciones precedentes;

Quincuagésimo cuarto: Que la segunda acusación de GTD, dice relación con que los cobros efectuados por EFE serían excesivos en cuanto a su magnitud, toda vez que no tendrían relación con los costos ni con valores de mercado;

Quincuagésimo quinto: Que, al respecto, cabe tener presente que, de acuerdo con lo señalado por el perito, los costos reales de la provisión de atravesos, paralelismos y apoyos en que incurre EFE se relacionan con: (i) la inspección o certificación anual; (ii) el desarrollo del estudio técnico destinado a revisar el proyecto de construcción; (iii) los gastos y servicios de ejecución de las obras necesarias para dejar la vía en la condición previa a la obra, el uso de material de refuerzo de la vía para permitir la circulación de trenes en forma segura, entre otros; (iv) el costo por prevención de velocidad durante la construcción; (v) el costo de inspección y recepción; y, (vi) el riesgo que pueden causar a EFE las instalaciones de los usuarios.

Adicionalmente, el perito identifica como costo -y señala que debe ser remunerado- el valor del terreno o de las instalaciones preexistentes que se

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

destinan al servicio de atravesos, paralelismos y apoyos; valor que constituye un costo hundido para EFE, el que debe ser retribuido por los agentes económicos que se benefician de su uso;

Quincuagésimo sexto: Que, sin perjuicio de lo anterior, el perito no pudo determinar el valor real de los conceptos de cobro identificados, debido a que EFE no dispone de contabilidad de costos. Por lo tanto, aunque está claro que algunos de dichos cobros no guardan relación con tales conceptos de costo, no es posible determinar si las tarifas son o no excesivas en cuanto a su magnitud;

Quincuagésimo séptimo: Que, en virtud de todo lo expuesto anteriormente, se acogerá la demanda en este punto, sólo en cuanto se declarará que EFE abusó de su posición dominante en infracción a lo dispuesto en el artículo 3º letra b) del Decreto Ley N° 211, en la determinación de los precios de los atravesos de GTD, ya que tales cobros son arbitrariamente discriminatorios, al no existir justificación económica razonable para las diferencias entre las tarifas de los distintos tipos de atraveso que define el Reglamento;

Quincuagésimo octavo: Que, por dicha infracción, este Tribunal sancionará a EFE con una multa a beneficio fiscal, que se determinará prudencialmente en la parte resolutive de esta sentencia, teniendo en cuenta que EFE no ha obtenido beneficio alguno con la infracción al no haber pagado GTD los valores de los atravesos cuestionados, y considerando además que la infracción no es grave, al no haberse impedido o restringido la construcción de tales atravesos, los cuales, por el contrario, fueron contruidos sin la autorización previa de EFE;

Quincuagésimo noveno: Que, adicionalmente, y con el objeto de prevenir que EFE incurra en infracciones similares a las establecidas por esta sentencia, motivadas por la aplicación del denominado “Reglamento de Atravesos, Paralelismos y Apoyos” se ordenará a EFE que, dentro del plazo de 60 días corridos contados desde que esta sentencia quede firme: (i) modifique el señalado Reglamento a fin de que éste contemple criterios de determinación de las tarifas que sean, además de transparentes, objetivos y no discriminatorios; y (ii) presente a la Fiscalía Nacional Económica el nuevo texto de dicho documento, para su conocimiento, a fin de que ésta, en ejercicio de sus facultades, vele por su adecuación a las normas de defensa de la libre competencia;

Sexagésimo: Que, por su parte, a fin de velar por la mejor adecuación de ese Reglamento a las normas de defensa de la libre competencia,

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

se instruirá al señor Fiscal Nacional Económico para tal efecto. Por consiguiente, y atendido que este Tribunal considera que las medidas antes indicadas son suficientes para prevenir y corregir las infracciones a la libre competencia detectadas en el caso de autos, se rechazarán las peticiones de los numerales (iii) y (iv) de la demanda, en todo lo que no es coincidente con lo que esta sentencia dispone;

Sexagésimo primero: Que, por último, y sin perjuicio de que las facultades de este Tribunal contempladas en el artículo 18 N° 4 del Decreto Ley N° 211 son discrecionales, es preciso pronunciarse respecto de la solicitud de la demandante en orden a que tales atribuciones sean ejercidas, proponiendo las modificaciones legales necesarias para que el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones pueda fijar las tarifas que EFE cobra por los atravesos, paralelismos y apoyos de la vía férrea, conforme a un modelo de empresa eficiente;

Sexagésimo segundo: Que, al respecto, es preciso reiterar que este Tribunal considera que la tarificación de apoyo en postes a proveedores de servicios de telecomunicaciones, que la H. Comisión Resolutiva calificó debía estar sujeta a fijación de precios, en la Resolución N° 592 del 21 de marzo del 2001, es un caso distinto al de autos, por cuanto el servicio de distribución eléctrica es uno con tarifas reguladas. En otras palabras, se regulan por ley las tarifas de distribución, o aguas abajo, por considerarse que la distribución eléctrica es un monopolio natural. Ello genera la necesidad de que los ingresos de los servicios asociados, en este caso, del apoyo en postes, se consideren y sean reconocidos en el cálculo del Valor Agregado de Distribución (VAD). De lo contrario, sucede lo que acontecía con anterioridad a la regulación de dicho precio: se incluía la postación en la rentabilidad del VAD y además se cobraba por su uso para otros servicios, con lo cual se contabilizaba doblemente.

En el caso de autos, es la propia EFE quien determina sus tarifas, lo que se debe a que existiría competencia en la provisión de los servicios de transporte de carga y pasajeros que constituyen su giro principal, toda vez que el transporte aéreo y terrestre son muy buenos sustitutos del transporte ferroviario. En consecuencia, al no existir un monopolio natural regulado aguas abajo, nada justifica que exista una regulación de los servicios asociados.

Más aún, la posible ventaja competitiva de EFE, por ser propietaria de un insumo indispensable para GTD, como es el servicio de atravesos por su faja vía, que es prácticamente continua, desaparece para los servicios públicos, debido a que la

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

ley establece y regula servidumbres forzosas. Por otra parte, como ya se ha dicho, para el caso de las servidumbres entre dos empresas privadas, la ley otorga a ambas partes la facultad de negociar para llegar a un acuerdo en el precio a cobrar;

Sexagésimo tercero: Que, por lo tanto, este Tribunal es de la opinión que no existen antecedentes que permitan concluir que, en este caso, la regulación de tarifas constituya la medida más conveniente para evitar que los abusos detectados se repitan en el futuro. De hecho, y tal como se señaló anteriormente, estima que, a pesar de que el servicio de atraviesos constituye un insumo indispensable para GTD, las partes pueden llegar a un acuerdo en su precio, en la medida que EFE corrija y actualice su Reglamento y sea posible establecer incentivos para su mejor adecuación, aminorando así la posibilidad de que abuse de su posición dominante al establecer sus tarifas;

Y TENIENDO PRESENTE, lo dispuesto en los artículos 1º, inciso segundo; 2º; 3º, inciso primero y letra a); 18º N° 1); 20º, inciso tercero, 22º, inciso final; 26º y 29º del texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N° 211, publicado en el Diario Oficial de fecha 7 de marzo de 2005, y en el artículo 170 del Código de Procedimiento Civil,

SE RESUELVE:

En cuanto a las tachas:

1. Acoger la tacha deducida por EFE a fojas 670 respecto del testigo señor Matías Ernesto Montes Silva por la causal establecida en el N° 6 del artículo 358 del Código de Procedimiento Civil;
2. Rechazar las tachas deducidas por GTD a fojas 734 respecto del testigo señor Alejandro Ulises Venegas Aedo por las causales establecidas en los Nos 4 y 5 del artículo 358 del Código de Procedimiento Civil;

En cuanto a la prescripción:

3. Rechazar la excepción de prescripción deducida por EFE a fojas 871;

En cuanto al fondo:

4. Acoger la demanda de GTD de fojas 56, sólo en cuanto se declara que EFE abusó de su posición dominante en infracción a lo dispuesto en el artículo

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

3º letra b) del Decreto Ley N° 211, al discriminar arbitrariamente en la determinación de los precios de los atraviesos de la demandante;

5. Condenar a EFE a pagar una multa a beneficio fiscal de 150 Unidades Tributarias Mensuales;
6. Ordenar a EFE que, dentro del plazo de 60 días corridos contados desde que esta sentencia quede firme, (i) modifique el denominado “Reglamento de Atraviesos, Paralelismos y Apoyos”, a fin de que éste contemple criterios de determinación de las tarifas que sean, además de transparentes, objetivos y no discriminatorios; y (ii) presente a la Fiscalía Nacional Económica el nuevo texto de ese documento para su conocimiento, a fin de que dicho organismo vele por su adecuación a las normas de defensa de la libre competencia; y,
7. No condenar en costas a la demandada, por no haber sido totalmente vencida.

Notifíquese, transcríbase al señor Fiscal Nacional Económico y archívese, en su oportunidad.

Rol C N° 100-06

Pronunciada por los Ministros señores Sr. Eduardo Jara Miranda, Presidente, Sr. Radoslav Depolo Razmilic, Sra. Andrea Butelmann Peisajoff, Sr. Tomás Menchaca Olivares, y Sra. María de la Luz Domper Rodríguez. Autoriza, Sr. Javier Velozo Alcaide, Secretario Abogado.