

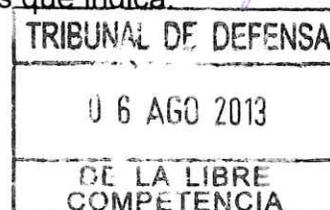
**EN LO PRINCIPAL:** Interpone requerimiento en contra de Empresa de los Ferrocarriles del Estado.

**EN EL PRIMER OTROSÍ:** Se traigan a la vista expedientes que indica.

**EN EL SEGUNDO OTROSÍ:** Designa receptor judicial.

**EN EL TERCER OTROSÍ:** Se tenga presente.

**EN EL CUARTO OTROSÍ:** Personería, patrocinio y poder.



## H. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

**FELIPE IRARRÁZABAL PHILIPPI, FISCAL NACIONAL ECONÓMICO,** con domicilio en calle Agustinas N° 853, piso 2, Santiago, al H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia respetuosamente digo:

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 1°, 3°, 18, 19 y siguientes, 26 y 39 del Decreto Ley N° 211 (“**DL 211**”), y fundado en los antecedentes de hecho, de derecho y económicos que a continuación expondré, formulo requerimiento (“**Requerimiento**”) en contra de Empresa de los Ferrocarriles del Estado (en adelante, “**EFE**” o la “**Requerida**”), RUT N° 61.216.000-7, representada por su gerente general, don Franco Faccilongo Forno, Ingeniero Civil Electrónico, ambos domiciliados en Morandé 115 piso 6, comuna y ciudad de Santiago.

El presente requerimiento tiene por objeto que el H. Tribunal declare que EFE ha infringido el artículo 3°, letra b) del DL 211, al haber abusado de la posición de dominio en la prestación del servicio de atravesos que cruzan su vía férrea, estableciendo y aplicando un esquema de cobros que no es objetivo, es arbitrariamente discriminatorio y que es poco transparente, conducta que ha tenido por objeto y efecto menoscabar la libre competencia en dicho mercado.

Estas conductas abusivas han sido reiteradas y persistentes en el tiempo. Mediante su Sentencia 76 de 14 de octubre de 2008 (“**Sentencia 76**”), recaída en la causa Rol C 100-06, caratulada “Demanda de GTD Teleductos S.A. contra

EFE" (en adelante el "Caso *EFE I*")<sup>1</sup>, el H. Tribunal tuvo por acreditado y resolvió sancionar las conductas abusivas que EFE ejecutó respecto de una empresa de telecomunicaciones que era demandante de servicios de atravesos; y, atendido que tal infracción emanaba de la aplicación del Reglamento de Atravesos, Paralelismos y Apoyo ("**Reglamento**") del año 1995, le ordenó, además de cesar en tales conductas, modificar su Reglamento de manera que se ajustara a las obligaciones que el DL 211 le impone dada su posición en este mercado.

No obstante lo anterior, desde el año 2009, EFE ha celebrado contratos de atravesos fundados en distintas versiones del Reglamento, que persisten en establecer fórmulas de cobros abusivas, infringiendo de esta forma las disposiciones del DL 211 y los criterios que el propio H. Tribunal, confirmados por la Excm. Corte Suprema, han establecido como el marco en que la Requerida debe proveer tales servicios.

H. Tribunal, cabe destacar que las conductas ilícitas de EFE han afectado tanto a los mercados *aguas abajo* en los cuales participan los solicitantes de atravesos que requieren este insumo para proveer de servicios a público, como a los clientes finales de tales servicios, a quienes se pueden traspasar dichos cobros.

Todo lo anterior justifica que este H. Tribunal imponga a EFE las sanciones y medidas que se indican en el petitorio de este escrito, condenándola además en costas.

## I. ANTECEDENTES

1. Mediante la Sentencia 76, el H. Tribunal constató que EFE imponía y aplicaba, para el servicio de atravesos en la vía férrea, un esquema de tarifas que no se basaba en costos, no se sustentaba en un modelo de empresa eficiente y

---

<sup>1</sup> Ratificada íntegramente por la Corte Suprema mediante Sentencia Causa Rol N°6978-2008, de 13 de enero de 2009.

tampoco reunía condiciones de generalidad, uniformidad, no discriminación y transparencia<sup>2</sup>.

2. De esta forma, la Sentencia 76 explicitó y precisó los estándares aplicables a la política tarifaria de EFE en relación al servicio de atravesos, considerando el carácter de insumo indispensable de este servicio para los solicitantes de atravesos y el poder de mercado de EFE respecto del mismo, a efectos que se adecuara su comportamiento al DL 211.

3. En concreto, la Sentencia 76 fijó como estándares de conducta la *transparencia, no discriminación y objetividad* que EFE debía implementar en los cobros por atravesos sobre la faja vía. Y definió específicamente cada uno de estos deberes:

4. Así, **en primer término, el mandato de transparencia** consiste en garantizar que los solicitantes del servicio accedan a información adecuada respecto de las condiciones bajo las cuales EFE comercializa los atravesos y puedan, en consecuencia, tomar decisiones racionales al respecto<sup>3</sup>.

5. **En segundo término, para no constituir una discriminación arbitraria**, dispuso que toda diferenciación de tarifas por atravesos debe tener una justificación económica razonable. Ejemplo de esa razonabilidad sería que sólo existan cobros diferenciados en función de la existencia de costos disímiles para EFE según el tipo de atraveso que se solicita<sup>4</sup>.

6. Finalmente, **y en tercer término, el deber de objetividad** supone que EFE aplique tarifas con justificación económica, en este caso basada en los

---

<sup>2</sup> Según lo señaló correctamente un asesor de EFE "[s]e define como atraveso a toda obra que cruza la vía férrea, en cualquier dirección, de un lado a otro, ya sea en forma de subterráneo o aérea". Ekonomik Ltda. Informe "Reglamento de Atravesos en la Línea Férrea", de 7 de abril de 2009; p.9, del expediente de investigación Rol FNE 1458-09.

<sup>3</sup> Sentencia 76. Considerando Trigésimo Séptimo.

<sup>4</sup> Sentencia 76. Considerando Quincuagésimo Primero y Quincuagésimo Séptimo.

costos que genera proveer el servicio de atraviesos, y no en la disposición de pago de los demandantes<sup>5</sup>.

7. En ese contexto, el H. Tribunal impuso a la Requerida, entre otras, las siguientes obligaciones en relación a la provisión del servicio de atraviesos:

- a. Modificar su Reglamento<sup>6</sup>, a fin de que éste contemplara criterios de determinación de las tarifas por los servicios de atraviesos que fueran, además de transparentes, objetivos y no discriminatorios; y,
- b. Presentar a la FNE el Reglamento para su conocimiento, a fin de que este Servicio pudiera velar por su adecuación a las normas de defensa de la libre competencia<sup>7</sup>.

8. Con el objeto de fiscalizar si EFE cumplía o no con las directrices fijadas por el H. Tribunal en la Sentencia 76, este Servicio inició la investigación Rol N° 1458-09<sup>8</sup>. Con posterioridad, y en atención a la evidencia recopilada por esta Fiscalía, con fecha 28 de septiembre de 2012, se instruyó una nueva investigación, que fue acumulada, para analizar las condiciones de los convenios y contratos que EFE suscribía con los solicitantes de atraviesos.

9. En el marco de dicha investigación, la FNE ha podido constatar que EFE ha perseverado en el mismo comportamiento anticompetitivo, el cual se ha reflejado en un incumplimiento a los deberes de objetividad, transparencia y no discriminación arbitraria en el sistema de cobros del servicio de atraviesos. Es así como EFE ha suscrito contratos y ha autorizado la construcción de atraviesos en el marco de convenios con sus clientes, que no cumplen con los mandatos impuestos por el H. Tribunal y la Excm. Corte Suprema para la prestación del servicio de atraviesos.

---

<sup>5</sup> Sentencia 76. Considerando Cuadragésimo Cuarto a Quincuagésimo.

<sup>6</sup> La versión del Reglamento que fue analizada en esa oportunidad por el H. Tribunal, correspondía a aquella del año 1995.

<sup>7</sup> Sentencia 76, Resuelvo Sexto y Considerandos Quincuagésimo Noveno y Sexagésimo.

<sup>8</sup> Resolución de inicio FNE, de 14 de mayo de 2009, la que fue adoptada luego de que, con fecha 22 de abril de 2009, EFE presentara ante esta Fiscalía una primera versión de Reglamento.

10. La falta de objetividad, transparencia y no discriminación ha sido llevada a cabo mediante la aplicación, desde el año 2009, de distintas versiones de Reglamentos, que constituyen las condiciones generales de contratación de EFE para el servicio de atravesos, ninguna de las cuales cumple con el mandato de establecer cobros y condiciones de la prestación del servicio de atravesos de manera transparente, objetiva y no discriminatoria. En particular, EFE ha insistido en consignar un cobro por concepto de derecho de paso cuyos componentes carecen de fundamento en costos, lo que le ha permitido apropiarse del excedente de sus clientes.

## II. CONDICIONES GENERALES DE COBRO QUE EFE HA APLICADO EN EL SERVICIO DE ATRAVESOS.

11. Este Servicio ha constatado la aplicación de distintas versiones de Reglamentos en los contratos celebrados a contar del año 2009. Y, si bien, el día 19 de octubre de 2012, el Gerente General de EFE dictó una Resolución aprobando el Reglamento de Atravesos de EFE, que rige desde esa fecha<sup>9</sup>, este documento, corresponde a la cuarta versión que ha tenido acceso esta Fiscalía en el marco de la investigación para fiscalizar el cumplimiento de la Sentencia 76<sup>10</sup>.

12. H. Tribunal, todas las versiones del Reglamento acompañadas por la Requerida a la investigación, han sido observadas y objetadas por este Servicio formalmente, por cuanto no dan debido cumplimiento a los criterios de transparencia, objetividad y no discriminación arbitraria a los que EFE se encuentra obligado. No obstante, EFE ha celebrado contratos y convenios fundados en estas versiones objetadas.

---

<sup>9</sup> Resolución GG N° 012/2012, de 19 de octubre de 2012.

<sup>10</sup> No obstante lo señalado, en su página web actualmente EFE mantiene como versión vigente una versión anterior remitida en el mes de Agosto de 2010 a la FNE.

## II.1. PRIMERA VERSIÓN DEL REGLAMENTO

13. Con fecha 22 de abril de 2009 EFE presentó ante esta Fiscalía una primera versión de Reglamento ("**Primera Versión**")<sup>11</sup>.

14. La Requerida declaró haber dado aplicación práctica a esta Primera Versión desde enero de 2009 hasta a lo menos Diciembre de 2010, según fuera informado a la FNE mediante oficio N° GG575/2010, de fecha 07 de diciembre de 2010<sup>12</sup>.

15. En síntesis, esta Primera Versión establece cuatro tipos de cobros por servicios de atravesos:

- i. Revisión Inicial de Atraveso ("**RIA**")
- ii. Aprobación Proyecto Ejecutado ("**APE**")
- iii. Revisión Anual de Atraveso ("**REAA**")
- iv. Derecho de Paso o Derecho Anual de Atraveso ("**DEAA**")

16. En el caso de los componentes RIA, APE y REAA, esta Primera Versión establece las siguientes fórmula y valores<sup>13</sup>:

---

<sup>11</sup> Vid., Comunicación FISC N° 6/0549, de EFE. Causa Rol 100-06, fojas 1257.

<sup>12</sup> Sin embargo, de los contratos de atravesos acompañados por EFE a la investigación FNE N° 1458-09, no hay constancia de aplicación práctica de esta Primera Versión; es más, en seis contratos de atravesos suscritos entre el 16 de diciembre de 2009 y el 2 de marzo de 2010 se aplicó el antiguo Reglamento del año 1995.

<sup>13</sup> Para la elaboración de la Primera Versión del Reglamento de Atravesos, en particular los conceptos de cobro del RIA, APE y REAA, EFE utilizó el informe "Reglamento de Atravesos en la Línea Férrea", de 7 de abril de 2009, elaborado a solicitud de la Requerida por la Consultora Ekonomik Ltda. ("**Ekonomik**").

**Tabla N° 1**

Tipo Atraveso	RIA <sup>14</sup>	APE <sup>15</sup>	REAA <sup>16</sup>
<b>Sin refuerzo</b>			
x < 300	9,878	16,070 + 5,986*X + 29,488*Y	5,783
300 < x < 500	14,484	20,676 + 9,462*X + 51,360*Y	7,704
x > 500	16,287	23,105 + 11,002*X + 62,390*Y	8,886
<b>Con refuerzo</b>			
x < 300	13,691	42,833 + 5,986*X + 29,488*Y + 8,943*Z	11,417
300 < x < 500	16,073	47,439 + 9,462*X + 51,360*Y + 16,234*Z	18,708
x > 500	20,758	49,868 + 11,002*X + 62,390*Y + 19,910*Z	22,385

Fuente: Primera Versión del Reglamento (pp.20-21). Valores en Unidades de Fomento

Donde:

x = Distancia en km. desde Estación Central en Santiago.

X = Número de cortes de corriente durante la ejecución del atraveso.

Y = 1 o 0, según existencia o no de desvío.

Z = Variable en función de la demora en la construcción de atravesos caracterizados como pasos superiores o inferiores por sobre plazo estipulado de quince días.

17. Si bien los conceptos de cobro mencionados se ajustan a criterios de costo, y desde esa perspectiva no se advierten objeciones de falta de objetividad o discriminación, la mayor parte de la estructura tarifaria que justificaba los cobros por concepto de RIA, APE y REAA, se basan en supuestos y estadísticas que no han sido debidamente justificados con evidencia empírica, en especial, respecto de la necesidad de justificar revisiones, inspecciones y/o supervisiones de cada

<sup>14</sup> La columna que detalla el cobro por RIA, está compuesto por tres ítems: (i) el costo de horas hombre del personal involucrado en la revisiones en terreno del proyecto; (ii) los costos generados por los viajes realizados, los cuales incluyen gastos en bencina y automóviles, el pago del chofer y los viáticos respectivos; y (iii) las imputaciones de gastos generales de administración de los contratos de atravesos.

<sup>15</sup> La columna relativa al APE considera distintos ítems de cobro, un componente fijo, cuyo valor depende de las características de cada atraveso (distancia y si tiene o no refuerzo de vías), y tres componentes variables: X; Y y Z, que han sido previamente definidos en esta Primera Versión.

<sup>16</sup> La columna asociada a la REAA, está compuesta por las visitas a terreno requeridas para efectos de certificar que los trabajos no han sufrido deterioros que pudieran dañar la calidad de los servicios.

atravesos, ni la efectividad de haberse realizado a propósito de los atravesos suscritos por la Requerida<sup>17</sup>.

18. Adicionalmente, según lo señala esta Primera Versión, a todos estos cobros debe agregárseles un 20% de factor de utilidad, argumentándose que ello respondería a que las tarifas por RIA, APE y REAA estarían fijadas en base a costos y que, en consecuencia, se debía agregar un margen en beneficio de EFE por concepto de explotación comercial de sus activos. Asimismo, se considera la aplicación de una tasa de descuento del 10% al REAA en el caso de pago en una sola cuota<sup>18</sup>.

19. Tanto el factor de utilidad como la tasa de descuento no tienen justificación económica, y se han mantenido como parte de la fórmula de cobro en todas las versiones acompañadas por EFE, salvo aquella remitida a esta Fiscalía en enero de 2013, la que eliminó el factor de utilidad de un 20% reemplazándola por un factor de utilidad determinado caso a caso por la Requerida.

20. Por su parte, en relación al DEAA, cobro que, según lo señalado por EFE representaba cerca del 75% de los ingresos por concepto de servicio de atravesos, en esta Primera Versión se estableció que dicho componente se iba a determinar mediante el siguiente procedimiento: (i) acuerdo de las partes, a partir de una proposición de EFE; y, (ii) en caso de no existir acuerdo, dictamen de un perito, nombrado de una lista confeccionada por EFE, y siempre a costa del solicitante del atraveso<sup>19</sup>. A juicio de esta Fiscalía, el mecanismo de fijación del DEAA no se basaba en criterios de cobro transparentes y racionales, que permitiesen a los clientes conocer *ex ante* cuál es el fundamento del precio que debían pagar; lo anterior, dado el carácter eminentemente casuístico que tendría

---

<sup>17</sup> Al respecto, en las declaraciones rendidas en el marco de la investigación Rol FNE 1458-09, los distintos clientes de atravesos han señalado desconocer la existencia de inspecciones periódicas por parte de EFE a las obras ejecutadas, así como tampoco han recibido informes de las revisiones supuestamente realizadas por la Requerida.

<sup>18</sup> En tal situación, la tasa de 10% se aplica también el DEAA.

<sup>19</sup> Vid., Primera Versión del Reglamento; pp.17-18. Asimismo, el documento agregaba que: "*Para el cálculo del derecho de paso anual, el perito deberá considerar el valor comercial de los terrenos colindantes y otras variables que considere pertinentes*".

cada una de las tarifas que se acordaran en virtud del procedimiento contemplado<sup>20</sup> y el costo de tiempo y dinero del proceso arbitral.

21. En consecuencia, el procedimiento de determinación de cobro contenido en la Primera Versión, en particular en lo relacionado al DEAA, reproducía en esencia las mismas contravenciones al artículo 3° del DL 211 que el H. Tribunal determinó para el caso del Reglamento del año 1995<sup>21</sup>, objeción que fue representada por esta Fiscalía a EFE.

## II.2. SEGUNDA Y TERCERA VERSIÓN DEL REGLAMENTO

22. Con fecha 6 de agosto de 2010 EFE envió a esta Fiscalía una nueva versión del Reglamento ("**Segunda Versión**")<sup>22</sup>. En síntesis, esta Segunda Versión mantiene inalterables los conceptos de cobro correspondientes a RIA, APE y REAA considerados en la Primera Versión<sup>23</sup>, por lo que corresponde remitirse y reiterar las observaciones formuladas a propósito de la Primera Versión en relación a estas fórmulas de cobro.

23. Al igual que para la Primera Versión del Reglamento, EFE aplicó a diversos requirientes del servicio de atravesos los conceptos de cobro contenidos en alguna de estas versiones. En efecto, de 76 atravesos que cuentan con planilla

---

<sup>20</sup> Lo anterior le fue comunicado a EFE en Oficio FNE Ord. N°999, de 10 de junio de 2010; p.2. Se agregó que, de hecho: "[n]i la propia EFE ha logrado estimar, a solicitud de esta Fiscalía, cuáles hubiesen sido los cobros realizados por concepto de Derecho Anual de Atraveso a aquellos clientes que atravesaron la vía férrea durante el año 2008, si se les hubieren aplicado los criterios de cobro establecidos por el proyecto de Reglamento presentado a esta Fiscalía".

<sup>21</sup> Vid., a modo de ejemplo, Sentencia 76. Considerando 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 atravesos, 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 atravesos".

<sup>22</sup> Comunicación EFE N° 01008012CR.

<sup>23</sup> Con la salvedad que la fórmula correspondiente a la Aprobación proyecto ejecutado (APE) pasa a denominarse Derecho de Construcción y Aprobación de Atraveso ("DECA").

de cálculo, en 65 de ellos se ha aplicado la Segunda o Tercera Versión del Reglamento<sup>24</sup>.

24. Esta Fiscalía ha podido constatar que la Segunda y Tercera Versión del Reglamento, que, según se ha indicado, son aquellas que EFE aplica a un grupo importante de usuarios, han permitido a la Requerida perseverar en la aplicación de un esquema de cobros que es arbitrariamente discriminatorio, carente de sustento económico, poco transparente en cuanto a su justificación y que, en general, demuestran que EFE ha extraído rentas de sus clientes aprovechando su monopolio sobre la oferta de servicios de atravesos.

25. La Segunda Versión del Reglamento establece que la fórmula para determinar el DEAA consiste, en síntesis, en lo siguiente<sup>25</sup>:

$$\text{DEAA} = [\text{VT} * a + \text{CRF} * b + \text{POC} * c] * \text{FR}^{26 \ 27}$$

Donde:

**VT: valor del terreno** (según tipo de atravesos):

*Valor terreno (UTM/m<sup>2</sup>) x área de influencia (en m<sup>2</sup>)*<sup>28</sup>

**CRF: costo reposición infraestructura vía férrea** (según tipo de vía):

*Valor reposición infraestructura vía férrea (UTM/ml x vía) x metros lineales de vía férrea afectada (ml) x N° de vías*

<sup>24</sup> Conforme los antecedentes aportados por EFE en la investigación Rol FNE N° 1458-09, EFE ha entregado 101 servicios de atravesos entre los años 2009 a 2013. Sin embargo, en solo 76 de ellos la Requerida remitió a la FNE la planilla Excel utilizada para el cálculo del cobro por dicho servicio.

<sup>25</sup> A efectos de obtener una asesoría en la fijación de los componentes del DEAA para la elaboración de la Segunda Versión del Reglamento de Atravesos, EFE utilizó el informe "Asesoría para Determinación de Valor Monetario de Derecho de Paso y Confección de Listado de Peritos", de noviembre de 2009, elaborado a solicitud de la Requerida por la empresa Cruz y Dávila ("CyD").

<sup>26</sup> Se señala además que EFE aplicará una tasa de descuento del 10% anual en el caso de pago del DEAA en una sola cuota.

<sup>27</sup> Para el caso de atravesos viales, resulta aplicable la siguiente fórmula para determinar el DEAA:  $\text{DEAA} = \{[\text{VT} * a + \text{CRF} * b + \text{POC} * c] * \text{FR}\} * 0,35$ .

<sup>28</sup> El área de influencia se determina en función del sobre-ancho que deberá ocuparse según el nivel de las características de las obras y su eventual peligrosidad (v.gr. atravesos eléctricos, líquidos peligrosos y no peligrosos, pasos subterráneos o aéreos).

**POC: presupuesto obras de construcción:**

*Presupuesto de obras en construcción (UTM) x 0.01*

**a / b / c: factores de incidencia:** según si el atraveso es aéreo o subterráneo, conforme la siguiente tabla<sup>29</sup>:

**Tabla N° 2: Factores de incidencia Segunda Versión Reglamento Atravesos EFE**

Factor	Variable sobre la cual aplica el factor	Tipo de Atraveso	
		Aéreo	Subterráneo
a	VT	0,12	0,18
b	CRF	0,13	0,24
c	POC	0,75	0,58

**FR: factor de riesgo**, que puede tomar valores 1 o 1,5 de acuerdo a si el atraveso es calificado de menor o mayor riesgo<sup>30</sup>.

26. Nuevamente, se advierten varias incompatibilidades entre esta Segunda Versión del Reglamento y las obligaciones impuestas a EFE por el H. Tribunal y el DL 211<sup>31</sup>. En suma, las objeciones que se formulan a esta versión son las siguientes:

- a) Respecto del componente VT, el *valor del terreno* no se encuentra justificado en costos. Cuando se solicita un atraveso la Requerida no experimenta ni costos incrementales ni de oportunidad como consecuencia de este servicio. Es decir, respectivamente: (i) no se añaden costos a su operación -y aquellos que sí se verifican ya son remunerados por el RIA, el DECA o el REAA-; y, (ii) no existe ninguna pérdida de rentabilidad para EFE derivada del servicio de atraveso -el negocio principal de transporte se puede seguir desarrollando y el

<sup>29</sup> De acuerdo a definición contenida en Tabla N° 6 de la Segunda Versión.

<sup>30</sup> De acuerdo a definición contenida en Tabla N° 8 (clasificación de riesgo) de la Segunda Versión.

<sup>31</sup> Oficio Ord. FNE N° 1616, de 2 de noviembre de 2010 dirigido a EFE.

terreno afecto al atraveso también se seguirá utilizando para ese negocio principal-.

- b) En cuanto al CRF, conforme a esta Segunda Versión, dicho componente está compuesto por un monto a cobrar por concepto de valor de reposición de vía férrea que distingue entre vías electrificadas y no electrificadas, cuyo origen no se encuentra justificado ni en el reglamento, ni en el informe CyD del cual es obtenido, limitándose a mencionar en ambos instrumentos que los respectivos valores han sido elaborados conforme los datos aportados por EFE<sup>32</sup>. Desde ya, este concepto denota la ausencia de vinculación con el uso de la faja vía (que es supuestamente el fundamento del DEAA), y no hace mención alguna de los elementos de costos que habrían sido considerados en su elaboración, careciendo en consecuencia de objetividad.
- c) Respecto del POC, este concepto no tiene relación con los costos en que incurre EFE por la provisión del servicio de atraveso, sino que incorpora un mayor cobro para los atravesos que tengan un presupuesto más caro; es decir, constituye nuevamente una forma velada de extracción de excedentes de los usuarios<sup>33</sup>.
- d) Los factores de incidencia (a/b/c), incorporados por EFE según el tipo de atraveso (aéreo o subterráneo), carecen de sustento técnico, y ni siquiera han sido fundamentados por la Requerida en cuanto a su razón económica, tanto desde la perspectiva de su incorporación como de su magnitud. Más aun, EFE tampoco ha dado razones para justificar por

---

<sup>32</sup> Tabla N° 5 mencionada en la página 26 Informe CyD, replicada en página 26 Segunda Versión reglamento, que indica un valor de 10,366 UTM/ml x vía para vías electrificadas, y de 8,760 UTM/ml x vía para vías no electrificadas.

<sup>33</sup> A propósito del caso *EFE I*, la Sentencia 76 cuestionó las variables que dependían directamente de la "disposición de pago" -no así de los costos involucrados en la prestación del servicio-, en particular en lo relativo al denominado "Factor k", que dependía precisamente del tipo de instalación de que se tratara. Concretamente, el H. Tribunal cuestionó a su respecto que: "(...) *no tiene ninguna vinculación con los costos que dicha instalación genera (...)*". Considerando Cuadragésimo Cuarto.

qué tales factores se incluyen, con esa distribución específica, como multiplicadores del VT, del CRF y del POC. En efecto, si bien podría asumirse, como lo hace esta Segunda Versión, que los cobros son una función del uso del terreno por el solicitante, no habría motivo para distinguir entre atravesos aéreos y subterráneos, toda vez que el uso de la faja vía para ambos casos implica la afectación de una misma porción de terreno. Asimismo, tampoco se entiende, ni se ha argumentado por EFE, porqué un factor de incidencia en específico (el factor c), que multiplica al POC, sea mayor para el caso de los atravesos aéreos que para el de los subterráneos -a diferencia de los factores restantes a y b-, circunstancia que convierte a este cobro, además de subjetivo y poco transparente, en arbitrariamente discriminatorio.

- e) Finalmente, respecto del FR, es posible observar que la procedencia de su cobro es en sí misma objetable, considerando que el Contrato de Atraveso que EFE celebra con cada solicitante establece que:

(i) serán de cargo de este último todos los daños que se produzcan en la vía férrea como consecuencia del atraveso, sea durante su construcción o el transcurso del contrato<sup>34</sup>; y,

---

<sup>34</sup> El Contrato tipo de Atravesos que EFE suscribe con los clientes establece, en su cláusula octava, que: "Serán de exclusiva responsabilidad de [EL CLIENTE] los daños por hechos culpables o dolosos que eventualmente cauce en las dependencias o instalaciones de EFE y de terceros en el sector de la faja vía propiedad de EFE durante la ejecución del contrato. En consecuencia, será responsabilidad, costo y cargo de [EL CLIENTE] la reparación de los daños causados. Asimismo, [EL CLIENTE] responderá por los daños por hechos culpables o dolosos u omisiones de su personal, subcontratistas y de cualquier tercero que actúen en su representación. [EL CLIENTE] declara que libera de toda responsabilidad a EFE, respecto de los daños que cause a terceros con motivo de la ejecución de las obligaciones que le impone el presente contrato, tales como daños a bienes, lesiones a personas, u otros. Consecuentemente [EL CLIENTE] será responsable de cualquier demanda que pueda sufrir EFE como consecuencia de la ejecución del presente contrato, debiendo asumir en estos casos la defensa de EFE, si así lo estimare esta última. [EL CLIENTE] será responsable de toda interferencia con las obras que actualmente se encuentren en ejecución en el área del contrato, debiendo asumir todo costo que dicha interferencia pueda generar. Asimismo, [EL CLIENTE] responderá de los perjuicios que cause a EFE y a sus clientes, producto de atrasos en los itinerarios o suspensión del tráfico ferroviario, ocasionados por cortadas y/o prevenciones de vía más allá de los tiempos expresamente autorizados por EFE. Por su parte, EFE será responsable de cualquier daño o deterioro que sufra la obra de los atravesos por actos culpables o dolosos de EFE, su personal, contratistas y dependientes. En este caso, EFE

(ii) el cliente debe suscribir boletas de garantía a favor de EFE, que incluyen la fiel, oportuna y correcta ejecución de la obra y su correcto funcionamiento y calidad<sup>35</sup>.

Es decir, el FR adopta la forma de un seguro obligatorio, a una tasa predeterminada por EFE -que tampoco se encuentra justificada en los riesgos reales de cada tipo de atravesos-, y que no resguarda al solicitante de tener que indemnizar a EFE por eventuales daños a la vía férrea en caso de accidente.

De esta forma, el FR se constituye como una fuente de renta adicional para la Requerida que carece de sustento o justificación económica.

Adicionalmente, se desconocen los criterios que sustentan el recargo de un 50% para determinados elementos presuntamente más riesgosos en la operación del servicio de atravesos.

- f) Finalmente, resulta arbitrariamente discriminatorio aplicar un factor de reducción de 0,35 únicamente a los atravesos viales, considerando que todo tipo de atraveso hace uso de parte de la faja vía.

27. Estas objeciones han sido comunicadas por la FNE a EFE, y al solicitarle que justifique o explique su procedencia a funcionarios de la Requerida, han coincidido en que las variables del componente DEAA de esta versión resultaban *poco claras*<sup>36</sup>.

---

*autorizará a [EL CLIENTE] para proceder a la reparación y/o instalación de las nuevas estructuras, liberándola de todo pago por concepto de derechos y/o autorizaciones".*

<sup>35</sup> La Cláusula Décimo Cuarta del Contrato Tipo, señala que: "En garantía del fiel, oportuno y correcta ejecución de la obra del paralelismo indicando el nombre de proyecto, kilometraje de la vía férrea e incluyendo asegurar el tráfico ferroviario expedito y continuo de la obra de, materia del presente contrato, [EL CLIENTE] entregará una Boleta Bancaria de Garantía irrevocable de la Plaza, otorgada por un Banco Comercial Chileno o extranjero con representación en Chile, extendida a la orden de Empresa de los Ferrocarriles del Estado, pagadera con treinta días de aviso en Santiago de Chile, contra simple requerimiento escrito de EFE (...) Además, para garantizar el correcto funcionamiento y calidad de la obra, [EL CLIENTE] se obliga a entregar una boleta de garantía bancaria con las mismas condiciones que la boleta anterior (...)".

<sup>36</sup> Vid., declaración de doña Viviana Vergini Acevedo, subgerente de planificación de EFE, de 11 de enero de 2013.

28. Con fecha 1° de diciembre de 2010, EFE acompañó una tercera versión del Reglamento ("**Tercera Versión**"), la cual incluyó algunas modificaciones a la Segunda Versión. En todo caso, estas modificaciones no decían relación con la determinación de los componentes por DEAA, sino que con enmiendas menores a los procedimientos asociados al cobro de los factores RIA, DECA y REAA<sup>37</sup>. Es decir, en lo medular se mantuvo el mismo esquema tarifario por concepto de *derecho de paso* que esta Fiscalía ya había objetado en dos oportunidades por ser contrario al DL 211.

### II.3. CUARTA VERSIÓN DEL REGLAMENTO. BORRADOR Y DOCUMENTO FINAL

29. Con fecha 8 de marzo de 2012, mediante comunicación electrónica y en carácter de borrador, EFE envió un documento titulado *Reglamento de Atravesos, Páralelismos y Servidumbres. Empresa de los Ferrocarriles del Estado 2012*. Éste correspondía al borrador de la cuarta versión remitida por esa compañía ("**Borrador de Cuarta Versión**") y, según afirmó EFE, fue elaborado a partir de un informe de la empresa Transsa, el que pretendía fundar un nuevo cálculo para el cobro del DEAA<sup>38</sup>.

30. Respecto del RIA, DECA y REAA, se mantuvieron inalterados los criterios utilizados en la Segunda Versión y Tercera Versión del Reglamento, por lo que corresponde remitirse a lo señalado *supra* a este respecto.

---

<sup>37</sup> En efecto, conforme lo declarado por EFE en la investigación Rol FNE N° 1458-09, las modificaciones se referían a la entrega de EFE de informes a sus clientes sobre la ejecución de las actividades de RIA, DECA y REAA, y la necesidad de que el solicitante enviara a EFE una copia del comprobante de pago. Asimismo, se habría agregado la exigencia que el número máximo de visitas a terreno no podía superar las 18.

<sup>38</sup> Informe Transsa. "Determinación de Cobro por Derechos de Atraveso", de 29 de noviembre de 2011. Previamente, el 24 de agosto de 2011, don Alejandro Venegas envió una comunicación a don Ronaldo Bruna Villena, Jefe de la División de Investigaciones, indicándole que: "*Conforme con lo conversado el lunes, te comento que atendido los últimos comentarios de nuestra reunión de la semana pasada, en coordinación interna con la participación del Fiscal de EFE y el Gerente de Desarrollo de Negocios, se acordó reformular parcialmente el Derecho de Paso (DP). Para lo anterior, conforme te comenté, se está contratando un estudio que no[s] permita demostrar que se ajusta a condiciones del mercado, especializado en el área inmobiliaria*".

31. En el caso del DEAA, la nueva fórmula para determinar su valor se encuentra en la sección 3.2 del Borrador de Cuarta Versión, y establece lo siguiente:

$$\text{DEAA (UF/año)} = [\text{VAT} + \text{VUS} + \text{CPR}] * \text{FR}^{39}$$

Donde:

**VAT: Valor Arriendo de Terreno.** Consistiría en el valor observado de mercado del suelo en el sector del atraveso:

*Valor de Mercado de Terreno (UF/m<sup>2</sup>-año) x Superficie de la Instalación (m<sup>2</sup>) x Tasa de Descuento Anual (8,5%)*

**VUS: Valor de Uso de Terreno.** Correspondería al aumento en el valor del suelo producto de sus características singulares:

*(Rentabilidad Anual de Tramo (UF-año) / Longitud Total Tramo (Km.)) x Longitud aprovechada por Atraveso (Km.) x Coeficiente Intensidad de Rentabilidad*

**CPR: Compensación por Pérdida de Rentabilidad.** Correspondería a una compensación producto de la interferencia que se produciría entre el uso de la vía férrea para el servicio principal y el de atravesos:

*(Rentabilidad Anual de Tramo (UF-año) / Longitud Total Tramo (Km.)) x Longitud Resguardo Velocidad (Km.) x Coeficiente Diminución Velocidad x Coeficiente Periodicidad Mantenimiento x Coeficiente Intensidad de Rentabilidad*

**FR: Factor de riesgo.** Consistiría en los eventuales perjuicios a la infraestructura por incidencias provocadas por los atravesos (según atravesos clasificados como de Riesgo Bajo, Normal y Alto)<sup>40</sup>.

32. En esta versión del Reglamento, los siguientes reparos permiten sostener que los cobros por servicio de atravesos, y en particular por concepto del DEAA, continúan incumpliendo los estándares de transparencia, objetividad y no discriminación aplicables a la provisión de este servicio por EFE:

<sup>39</sup> Al igual que en la Segunda Versión, se señala que EFE aplicará una tasa de descuento del 10% anual en el caso de pago del DEAA en una sola cuota.

<sup>40</sup> En caso de atravesos clasificados como de Riesgo Bajo, aplica un factor de reducción de 0,35, de modo similar a los atravesos viales de la Segunda y Tercera Versión.

- a) De modo muy similar a las versiones anteriores del Reglamento, en ésta el criterio que se estaría siguiendo sería el de uso de la faja de la vía férrea -VAT y VUS- y de compensación por supuestas interferencias que el atraveso produciría al giro principal de EFE -CPR-. Asimismo, en esta Cuarta Versión, el FR se mantiene a nivel conceptual. En cambio, la variable POC y los factores de incidencia (a/b/c) fueron eliminados.
- b) Respecto del VAT, se deben considerar las mismas observaciones, realizadas *supra*, a propósito de la variable VT de la Segunda y Tercera Versión, pues ambas vienen a cumplir la misma finalidad.
- c) En cuanto al VUS, éste incrementa la valoración del terreno contenido en el VAT en atención a la rentabilidad del tramo utilizado para EFE dada su forma de faja longitudinal continua y de carácter estratégico como sistema<sup>41</sup>. Al igual que el VAT, el VUS tampoco tiene sentido económico si lo que se pretende es remunerar el costo de oportunidad de la Requerida producto del atraveso. Lo anterior, considerando que EFE, al no estar integrada verticalmente con solicitantes de atravesos ni verse impedida de realizar su negocio principal -las interferencias temporales ya están siendo compensadas por el DECA-, no tiene un uso alternativo que esté siendo interferido por el servicio de atraveso.
- d) Por otro lado, la variable CPR está considerada a partir de la rentabilidad que deja de percibir EFE por la construcción y mantenimiento del servicio de atravesos. Así expresado, este concepto debiera ser considerado en el cálculo del DECA, pues pretende remunerar los costos en que EFE tendría que incurrir como consecuencia de la disminución de la velocidad de los trenes durante la fase de construcción de los atravesos.
- e) Tanto en lo que respecta a las variables de VUS y CPR, sus respectivas fórmulas consideran un factor por *Coefficiente de Intensidad*

---

<sup>41</sup> Página 12 del Borrador Cuarta Versión.

de Rentabilidad, el cual no se encuentra definido en el Borrador de Reglamento, ni tampoco se fundamenta en el informe Transsa. En efecto, al tratar los factores de la fórmula propuesta, este informe omite toda referencia al contenido de este coeficiente<sup>42</sup>, situación que incluso el propio consultor de EFE fue incapaz de explicar en su declaración ante esta Fiscalía<sup>43</sup>.

- f) Respecto del FR, corresponde remitirse a lo señalado *supra*, a propósito de la Segunda y Tercera Versión, desde que las modificaciones introducidas en esta Cuarta Versión no son de mayor entidad.

33. Así, no obstante la incorporación de una nueva asesoría por parte de EFE, realizada con el objeto de elaborar una fórmula alternativa para el concepto de *derecho de paso* en esta versión, sus componentes no pasan de ser un nuevo intento de justificar por parte de la Requerida el cobro de este concepto, sin que el mismo tenga fundamento en costos -los que ya se encuentran incorporados a propósito de los conceptos de RIA, DECA y REAA- y que además adolecen de falta de transparencia, al incorporar coeficientes de rentabilidad de EFE que no pueden ser identificados por los solicitantes del servicio de atraviesos.

34. Como ya se señaló, a contar del día 19 de octubre de 2012, se encuentra vigente la versión definitiva del Reglamento ("**Cuarta Versión**"), la que corresponde a una versión elaborada exclusivamente para el servicio de atraveso y en la cual fueron corregidos algunos de los factores de cobro contenidos en el Borrador de la Cuarta Versión.

35. En concreto, en relación al DEAA, el *Coficiente de Intensidad de Rentabilidad* que formaba parte de los factores VUS y CPR, es reemplazado en esta Cuarta Versión por un "factor de utilidad", correspondiente a un porcentaje de

---

<sup>42</sup> Informe Transsa, párrafo 6.3.2., Página 26 y siguientes.

<sup>43</sup> Declaración de don José Ignacio Cañas Estévez, de fecha 18 de diciembre de 2012.

ganancia sobre los costos en que incurre EFE por la prestación del servicio de Revisión y Aprobación de Proyectos.

36. Por su parte, en esta versión, el 20% de factor de utilidad, aplicado según las versiones anteriores a las tarifas por RIA, DECA y REAA, pasa ahora a ser un porcentaje indeterminado por concepto de utilidad. EFE ha intentado justificar dicho factor en lo dispuesto en su Ley Orgánica, en relación a la explotación comercial de sus activos<sup>44</sup>.

37. La incorporación de este *factor de utilidad*, de entre un 10% a un 20%, de acuerdo a lo informado por EFE a esta Fiscalía, tendría justificación en el derecho innegable de EFE a cobrar por el uso de su patrimonio, conforme al atributo de goce del derecho de propiedad<sup>45</sup>. Es decir, en relación a la Tercera Versión y el Borrador de Cuarta Versión, este nuevo Reglamento deja abierta la posibilidad de que EFE determine caso a caso, y sin obligación de fundamentar esa elección, el *factor de utilidad* a aplicar, incrementando en consecuencia los ámbitos de discrecionalidad de la Requerida en la determinación de la tarifa final a pagar por los usuarios.

38. El análisis de los contratos acompañados a la investigación Rol N° 1458-09, muestra que ocho de ellos han sido suscritos con posterioridad al 19 de octubre de 2012. Sin embargo, en cinco de ellos, EFE no adjuntó la planilla de cálculo, de modo que se desconoce la versión del reglamento aplicada. Por otro lado, en los tres contratos restantes, en los que se constata la aplicación de esta versión, EFE continúa aplicando el 20% de factor de utilidad sobre los conceptos de RIA, DECA y REAA.

39. En suma, el Borrador de Cuarta Versión y la Cuarta Versión del Reglamento nuevamente incumplen los principios de transparencia y de objetividad exigibles al servicio de atraviesos de EFE, al mantener un esquema de

---

<sup>44</sup> No obstante, el artículo 2° de la Ley Orgánica de la Empresa de los Ferrocarriles del Estado, establece esta facultad como una potestad y no como una obligación: "*Asimismo, podrá explotar comercialmente los bienes de que es dueña*".

<sup>45</sup> Respuesta de EFE GG-211/2013, de 26 de marzo de 2013.

cobros sólo parcialmente conocido en cuanto a sus valores y carente de fundamentos económicos en cuanto a su diseño y aplicación, circunstancia que infringe las obligaciones que el DL 211 le impone a la Requerida.

### **III. DESCRIPCIÓN DE LA CONDUCTA DENUNCIADA: A LOS CONTRATOS SUSCRITOS EFE APLICÓ COBROS NO TRANSPARENTES, DISCRECIONALES Y ARBITRARIAMENTE DISCRIMINATORIOS**

40. Según se expuso, a partir del año 2009, EFE no solo ha establecido sistemas de cobros en las distintas versiones del Reglamento que infringen el DL 211, lo que en sí mismo tiene la aptitud de lesionar la libre competencia, sino que los ha aplicado a través de los contratos y convenios que suscribe, con infracción al DL 211.

41. A partir de la información aportada a la Investigación Rol FNE N° 1458-09, esta Fiscalía ha logrado reunir 79 contratos de servicios de atravesos, correspondientes a 101 servicios de atravesos, suscritos por la Requerida a partir del 17 de marzo de 2009, esto es, luego de que le fuera exigible modificar su comportamiento abusivo conforme a lo resuelto por el H. Tribunal en la Sentencia 76.

42. En términos generales, este Servicio ha constatado una importante dispersión u opacidad en cómo EFE presenta la información de los cobros que aplicó a los usuarios del servicio de atravesos; así respecto de 25 contratos no envió a la FNE la planilla de cálculo del cobro del servicio, siendo imposible determinar qué versión del reglamento fue aplicada y cómo se estructuró el cobro.

43. Por su parte, en un gran número de contratos suscritos entre 2009 y 2010, la información de cobros se encuentra agregada, siendo imposible para los clientes conocer el monto exacto al cuál se han tarifado los distintos componentes del servicio de atraveso (v.gr. REAA o DEAA). En cambio, se observa que EFE simplemente optó por informar el monto final a pagar por

concepto de pago anual (pago inicial y pago por 19 años) o el pago único por 20 años con una tasa de descuento aplicada<sup>46</sup>.

44. Las circunstancias mencionadas, naturalmente, dificultan el conocimiento que pueda tener el solicitante del fundamento de los cobros aplicados por EFE, lo que va en perjuicio del estándar de transparencia que es exigible a la Requerida.

45. A partir de la muestra de contratos analizados, cabe destacar, en todo caso, que sólo a contar del año 2011 EFE habría unificado los criterios de información a los solicitantes incorporados a los respectivos contratos, desagregando los componentes de la tarifa final en sus contratos con los usuarios<sup>47</sup>, limitados a los cobros: DECA, REAA, y DEAA, pero no en lo que respecta al contenido de cada componente del DEAA, según la versión del Reglamento que se haya aplicado<sup>48</sup>.

46. Ahora bien, en lo particular, se han encontrado cobros discriminatorios e injustificados por parte de EFE en dos ámbitos distintos de la relación contractual con sus clientes. Se trata específicamente de los: (i) cobros a nivel tarifario; y, (ii) cobros por concepto de garantías.

❖ **Discriminación arbitraria y falta de justificación en el cobro de tarifas**

47. A partir de una revisión de los cobros informados por EFE, es posible constatar que las discriminaciones que han sido advertidas en el análisis de las versiones del Reglamento se han materializado en los contratos suscritos por los servicios de atraviesos. La Tabla N° 2 refleja la incidencia de los conceptos

---

<sup>46</sup> Esta situación se produce en al menos 20 contratos de los que la Fiscalía ha tenido acceso.

<sup>47</sup> No obstante lo señalado, también existen contratos, correspondientes al año 2010, en que los componentes de cobro se encuentran desagregados, pero que coexisten con aquellos con información de cobro agregada.

<sup>48</sup> Es decir, no se encuentran explicitados los conceptos de cobro correspondientes al VT, CRF y POC, en caso de la Segunda y Tercera Versión; o VAT, VUS y CPR, en el caso de la Cuarta Versión.

cuestionados del DEAA, conforme a la Segunda y Tercera Versión del Reglamento, en los 65 servicios de atravesos solicitados que fueron acompañados a la FNE y que según EFE habrían tenido como fundamento dicha versión<sup>49</sup>:

**Tabla N° 3: Incidencia promedio en la fórmula de cobro de atravesos suscritos bajo la Segunda y Tercera Versión del Reglamento EFE**

Tipo atraveso	N°	Revisión Inicial (UTM)	DECA (UTM)	Pagos Anuales (UTM)				Total
				Revisión Anual	Derecho de paso			
					VT	CRF	POC	
Aéreo	23	1,9%	3,6%	11,4%	37,4%	27,0%	18,6%	100%
Subterráneo	42	2,5%	7,4%	13,0%	41,1%	24,2%	11,9%	100%
<b>Total</b>	<b>65</b>	<b>2,3%</b>	<b>6,0%</b>	<b>12,4%</b>	<b>39,7%</b>	<b>25,2%</b>	<b>14,4%</b>	<b>100%</b>

Fuente: FNE, con base en información recabada durante la investigación Rol FNE 1458-09.

48. Los porcentajes de incidencia varían en los diversos contratos. Así, en lo que respecta al POC, que - según se ha expresado-, importa exclusivamente una extracción de excedentes basado en el presupuesto de obra presentado por los solicitantes de atravesos, se advierten incidencias máximas de 86% en el caso de atravesos aéreos y de 57% para atravesos subterráneos. Es decir, para algunos de los atravesos, el componente discriminatorio representa parte importante de la totalidad del cobro. Además, como es posible advertir, el *derecho de paso* representa en promedio alrededor de un 79% del cobro total, cifra importante si se considera que dicho cobro se basa en conceptos carentes de objetividad.

49. Adicionalmente, también en relación al DEAA, y siempre en los contratos fundados en la Segunda y Tercera Versión del Reglamento, esta Fiscalía ha constatado que EFE ha aplicado un *factor de utilidad* sobre este concepto de cobro, circunstancia que no está considerada en el Reglamento y que carece además de toda objetividad. Lo anterior, atendido que el DEAA en sí

<sup>49</sup> Corresponde a 65 atravesos contenidos en 47 contratos suscritos por EFE.

mismo es exclusivamente una fuente de utilidad para la Requerida, incrementando aún más las rentas injustificadas y carentes de objetividad.

50. Este incremento es relevante, pues incide precisamente sobre el componente de cobro con mayor incidencia porcentual en el pago del servicio de atravesos, conforme se expone a continuación:

**Tabla N° 4: Variación en la participación relativa de los componentes de la fórmula de cálculo según aplicación del 20% de factor de utilidad al DEAA.**

	Revisión Inicial (UTM)	Aprobación Proyecto Ejecutado (UTM)	Pagos Anuales	
			Revisión Anual (UTM)	Derecho de Paso Anual (UTM)
Participación componentes según cálculos EFE <sup>50</sup>	2,3%	6%	12,4%	79,3%
Participación de los componentes de cobro sin aplicar del 20% de factor de utilidad al DEAA	2,7%	6,9%	14,3%	76,2%

Fuente: FNE, con base en información recabada durante la investigación Rol FNE 1458-09.

51. Según se observa en la tabla anterior, la sola existencia de este cobro importa que la incidencia del DEAA aumente de un 76,2% a un 79,3%. En términos de montos involucrados, por este solo concepto la Requerida habría obtenido rentas improcedentes por una suma de al menos 3.000 UTM, sólo para los contratos celebrados entre mayo de 2010 y agosto de 2012<sup>51</sup>.

52. Por su parte, para el cálculo del valor de arriendo del terreno (VAT), que es parte integrante del DEAA, la Cuarta Versión del Reglamento indica que se

<sup>50</sup> Corresponde a la participación de cada uno de los componentes de la fórmula de cálculo conforme los cobros efectivos realizados por EFE que consideran la aplicación del 20% de utilidad sobre el derecho de paso.

<sup>51</sup> Conforme análisis de planillas de cálculo aportadas por EFE a la investigación Rol N° 1458-09.

debe utilizar una tasa de descuento anual de 8,5% sobre el valor del terreno<sup>52</sup>. Sin embargo, en el caso de los cinco atravesos para los cuales se cuenta con la planilla de cálculo de cobros y que se habrían regido por la mencionada versión, se aplica un 10% como tasa de descuento. Es decir, el solicitante de atravesos termina pagando el valor del terreno en 10 años, plazo inferior al que resulta de utilizar una tasa de 8,5%, situación particularmente grave si consideramos que muchos contratos de atravesos han sido suscritos por un término de 20 años, al cabo del cual el solicitante debe incurrir en un nuevo pago para la mantención del servicio.

53. Además de lo ya expresado, el análisis particular de los contratos suscritos por EFE para el servicio de atravesos da cuenta de irregularidades y falta de transparencia en muchos de ellos, circunstancias que impiden un adecuado conocimiento de los solicitantes respecto de los componentes de la fórmula de cálculo, permitiendo con ello a la Requerida operar de modo unilateral e inconsulto respecto de los cobros aplicables a cada solicitante<sup>53</sup>.

❖ **Discriminación arbitraria y falta de justificación en la determinación de montos de boletas de garantía**

54. Según se desprende de los contratos tipo de atravesos que EFE suscribe con sus clientes, la Requerida exige a éstos la entrega de hasta tres tipos de boletas de garantía. Estas son: (i) boletas de fiel, oportuna y correcta ejecución

---

<sup>52</sup> El reglamento señala para la fórmula del VAT: "VAT = Valor de Mercado de Terreno [UF/m<sup>2</sup>-año] \* Superficie de la Instalación [m<sup>2</sup>] \* Tasa de Descuento Anual." Donde la tasa de descuento se describe como: "Tasa de Descuento Anual según la rentabilidad esperada por EFE, tiene por finalidad hacer una equivalencia entre el valor actual neto (valor de venta en el mercado), y el valor del arriendo. Esta equivalencia es habitual en el mercado inmobiliario. Para el presente cobro de atravesos se considera una rentabilidad de 8,5%". Esta tasa se aplica a según un VAN a perpetuidad (como arriendo), por lo que traduce en la fórmula a una multiplicación por un factor de 0,085.

<sup>53</sup> A título ejemplar, en el caso de la solicitud N° 760 de ENDESA, con fecha 06 de julio de 2010, se pudo identificar la construcción de un atraveso por el cual pasa una línea de alimentación eléctrica y un cable de fibra óptica. Sin embargo, EFE aplicó la fórmula de manera individual como si se tratara de dos atravesos por separado, cobrando de esta forma, por ejemplo, dos veces el valor del terreno, a pesar de que los dos cables ocupan el mismo lugar dentro de la faja vía.

del atraveso; (ii) boletas de autorización de paso y certificación anual del atraveso; y, (iii) boletas de correcto funcionamiento y calidad de la obra<sup>54</sup>.

55. Sin embargo, tanto en lo que se refiere a la exigencia misma de esas boletas, como de sus montos, es posible advertir que no existe justificación alguna a su respecto, tanto en lo relacionado a los montos exigidos, como a las diferencias aplicadas entre los usuarios. Asimismo, los montos exigidos por EFE para cada una de estas boletas varían considerablemente entre sí, aun para atravesos de naturaleza y condiciones similares (v.gr. atravesos aéreos o subterráneos y para un mismo rubro).

56. La exigencia de las garantías mencionadas en los respectivos contratos resulta aún más injustificada, desde que en la fórmula de cobro se encuentra incorporado un factor de riesgo (FR) como parte integrante del DEAA, y los propios contratos consideran cláusulas que disponen que serán de cargo del solicitante todos los daños que se produzcan en la vía férrea como consecuencia del atraveso.

57. En suma, independientemente de la versión del Reglamento que se hubiese aplicado, y no obstante las objeciones de esta Fiscalía a cada uno de ellos, cabe destacar además que EFE ha celebrado contratos de atravesos en condiciones poco transparentes, subjetivas y arbitrariamente discriminatorias. Estas condiciones han sido aplicadas por la Requerida tanto a nivel de las tarifas impuestas como de las garantías exigidas a las empresas usuarias.

- ❖ **EFE ha celebrado y aplicado convenios marco de modo poco transparente, discrecionalmente y en forma arbitrariamente discriminatoria.**

58. En forma adicional, este Servicio comprobó que EFE mantiene una política de celebración de convenios generales o marco con algunos solicitantes

---

<sup>54</sup> Estas boletas de garantía normalmente se exigen en la cláusula décimo cuarta del respectivo contrato de atraveso. Sin embargo, en ocasiones se han incluido en la cláusula décimo segunda.

de atravesos, en desmedro de otros a quienes no ha ofrecido tal posibilidad. Estos convenios marco establecen condiciones generales de contratación, incluyendo tarifas y plazos de materialización de los futuros atravesos, y contemplan lapsos de duración de hasta 60 años. Según información entregada por la Requerida, desde el año 2009 a la fecha sólo se habría suscrito uno de estos convenios, en febrero de 2013, con la empresa Entel<sup>55</sup>.

59. En principio, EFE justifica la existencia de este tipo de convenios - que históricamente han sido suscritos por esta empresa desde el año 1995 - en el mayor volumen de atravesos que tendrían algunas empresas usuarias; ello, a su vez, redundaría en la necesidad de consagrar en un instrumento jurídico general un mecanismo más rápido de materialización de esos atravesos, en lugar de la celebración de un contrato por cada atraveso<sup>56</sup>.

60. Si bien, teóricamente, instrumentos como los convenios marco pueden ser útiles en términos de reducir costos de transacción entre EFE y los usuarios de atravesos, en la práctica, la posibilidad de que determinadas empresas usuarias sean beneficiarias de los mismos introduce un factor de discrecionalidad en la decisión de EFE respecto de quiénes son contrapartes elegibles para suscribir convenios marco, al no disponer de un procedimiento general que establezca los requisitos que debieran cumplirse para poder celebrar esos convenios marco, se traduce en decisiones poco transparentes de EFE que perjudican a empresas usuarias que no reciben este tratamiento.

61. Pero, además de la falta de transparencia en los criterios para celebrar un convenio marco por parte de EFE, las mismas condiciones establecidas en los diferentes convenios marco vigentes a la fecha son discriminatorias. Es así como algunos de éstos tienen plazo de duración de 60

---

<sup>55</sup> Respuesta de EFE GG-211/2013, de 26 de marzo de 2013.

<sup>56</sup> Así consta en las declaraciones de: (i) don Alejandro Venegas Aedo, subgerente de gestión de clientes ferroviarios de EFE, de 19 de diciembre de 2012; (ii) don Iván San Martín Cruzat, jefe de la unidad de atravesos y paralelismos de EFE, de 9 de enero de 2013; y, (iii) doña Viviana Vergini Acevedo, subgerente de planificación de EFE, de 11 de enero de 2013.

años (v.gr. Entel, Celulosa Arauco, Telmex), mientras que otros de 20 años (v.gr. Essbio, Metrogas, Electrogas) y/o 10 años (VTR)<sup>57</sup>.

62. Finalmente, los cobros aplicados a los nuevos servicios de atravesos, fundados en un convenio vigente, carecen de objetividad y son discriminatorios. En efecto, esta Fiscalía ha logrado establecer, producto de la propia información aportada por la Requerida, que en numerosos atravesos fundados en convenios vigentes se han adoptado los criterios de cobro que fueron objetados en la Sentencia 76, no obstante sus presupuestos y construcción han sido posteriores a la fecha en que dicha sentencia fuera confirmada por la Excm. Corte Suprema<sup>58</sup>.

#### IV. MERCADO RELEVANTE Y POSICIÓN DE DOMINIO DE EFE

63. Se entiende por mercado relevante el de un producto o grupo de productos, en un área geográfica en que se produce, compra o vende, y en una dimensión temporal tales que resulte probable ejercer a su respecto poder de mercado<sup>59</sup>.

64. Según se definió por el H. Tribunal en el Caso *EFE I*, el mercado relevante de autos consiste en los servicios de atravesos 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<sup>60</sup>. Considerando que el caso de autos se refiere al mismo tipo de servicio y a conductas similares a las conocidas en esa

---

<sup>57</sup> Convenios celebrados por EFE y Entel, de 07 de febrero de 2013; Celulosa Arauco, de 30 de diciembre de 1999; Essbio, de 01 de agosto de 1995; Metrogas, de 01 de abril de 1998; Electrogas, de 23 de mayo de 1997; y, VTR, de 02 de octubre de 2000.

<sup>58</sup> Así, en 35 solicitudes de atravesos de 2011 y 2012, la fórmula de cobro del *derecho de paso* incluye el denominado "*Factor k*". Como lo señaló la Sentencia 76, dicho factor: "*no tiene ninguna vinculación con los costos que dicha instalación genera. De hecho siguiendo 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 (...)*". Considerando Cuadragésimo Cuarto.

<sup>59</sup> Fiscalía Nacional Económica. *Guía Interna para el Análisis de Operaciones de Concentración*. Octubre 2012, página 10.

<sup>60</sup> Sentencia 76. Considerando Vigésimo Tercero.

oportunidad, esta Fiscalía estima que la señalada definición no debiera verse alterada.

65. Desde el punto de vista de la posición de la Requerida en este mercado, es útil remitirse nuevamente a lo ya señalado por el H. Tribunal en el referido Caso *EFE*<sup>61</sup>. En concreto, se puede afirmar que:

- i. EFE es el único oferente del servicio de atravesos de la vía férrea de su propiedad;
- ii. No existen alternativas al atraveso de esa vía, sea desde el punto de vista geográfico (v.gr. caminos públicos) o tecnológico (v.gr. redes inalámbricas para todos los usuario de atravesos, e incluso para aquellos que prestan servicios de telecomunicaciones *aguas abajo*)<sup>62</sup>; y,
- iii. La Requerida posee una evidente posición de dominio en la prestación del servicio de atravesos, la que se deriva de su propiedad sobre la faja de la vía férrea y el carácter de indispensable de ese servicio como insumo para ciertas actividades en mercados *aguas abajo*. Esa posición confiere a ésta “[l]a habilidad para actuar con independencia de otros competidores y del mercado, fijando o estableciendo condiciones que no habrían podido obtenerse de no mediar dicho poder”<sup>63</sup>.

## V. EL DERECHO

66. Las conductas ejecutadas por la Requerida y descritas en forma precedente son constitutivas del ilícito anticompetitivo previsto y sancionado por el artículo 3º letra b) del Decreto Ley N°211, en tanto importan la explotación

---

<sup>61</sup> *Ibíd.* Considerandos Vigésimo Cuarto, Vigésimo Quinto y Trigésimo Tercero.

<sup>62</sup> Dicha circunstancia ha sido ratificada ante la FNE por múltiples terceros que aportaron antecedentes, tanto por escrito como en declaraciones prestadas durante el transcurso de la investigación instruida por este Servicio.

<sup>63</sup> Sentencia N° 112/2012 (Caso *Colusión de Radios*). Considerando Sexagésimo Noveno.

abusiva, por parte de EFE, de una posición dominante en el mercado de los servicios de atravesado, por medio de la imposición de un sistema tarifario que incumple las exigencias de transparencia, objetividad y discriminación no arbitraria a las que se encuentra obligado conforme a dicho cuerpo legal.

67. Dispone el artículo 3° del Decreto Ley N°211: "El que ejecute o celebre, individual o colectivamente, cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos, será sancionado con las medidas señaladas en el artículo 26 de la presente ley, sin perjuicio de las medidas preventivas, correctivas o prohibitivas que respecto de dichos hechos, actos o convenciones puedan disponerse en cada caso. Se considerarán, entre otros, como hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia o que tienden a producir dichos efectos, los siguientes: (...) b) La explotación abusiva de un agente económico, o un conjunto de ellos, de una posición dominante en el mercado, fijando precios de compra o de venta, imponiendo a una venta la de otro producto, asignando zonas o cuotas de mercado o imponiendo otros abusos semejantes".

68. En el caso que nos ocupa, concurren todos los elementos de la figura infraccional antes mencionada.

69. Como se ha visto, EFE tiene una posición dominante en el mercado de los atravesados de la vía férrea, el cual es provisto en forma monopólica por la Requerida.

70. Según se ha detallado *supra*, la conducta de EFE es también abusiva, al mantener la aplicación de un mecanismo de tarifas y condiciones por el servicio de atravesados que es poco transparente, carente de objetividad y resulta arbitrariamente discriminatorio. Según se explicó, a mayor abundamiento, la Requerida ha soslayado el claro mandato impuesto por los órganos jurisdiccionales de libre competencia, incluyendo lo resuelto por la Excm. Corte Suprema en el contexto del Caso *EFE I*.

71. Los deberes de objetividad, no discriminación y transparencia a los que se encuentra obligado EFE son consistentes con aquellos que el H. Tribunal ha ordenado en otros casos en los que ha constatado la existencia de un insumo esencial y una posición dominante o monopólica en relación a su prestación. Por lo expuesto, se concluye que incluso en ausencia del Resuelvo Sexto de la Sentencia 76, EFE se encontraría igualmente obligada a fijar una política tarifaria (i) transparente<sup>64</sup>; (ii) que no discrimine arbitrariamente entre los usuarios de su servicio, esto es, que sólo establezca diferencias cuando éstas se encuentren económicamente justificadas<sup>65</sup>; y, (iii) que esté fundamentada en el costo económico de proveer el servicio de que se trate -esto es, el costo incremental más el costo de oportunidad del uso de la infraestructura-<sup>66</sup>. Esto último es, por lo demás plenamente consistente con la literatura más autorizada sobre la materia<sup>67</sup>.

---

<sup>64</sup> Informes N°5/2009 y N°6/2009 (Casos *Espigones*). Regla 10. En el mismo sentido, Instrucciones de Carácter General N°3/2013 (Caso *Residuos Sólidos Domiciliarios*). Regla Segunda: "Las empresas que explotan instalaciones de tratamiento intermedio de residuos sólidos domiciliarios o de rellenos sanitarios autorizados para la disposición final de los mismos deberán publicar en un diario de circulación nacional, y en forma destacada, las tarifas de los servicios que presten en las instalaciones que posean o controlen. Deberán publicarse los criterios objetivos por los cuales puedan existir diferencias de precios, tales como descuentos por plazo, pronto pago, volumen y otros criterios, si correspondiere".

<sup>65</sup> Vid., a modo de ejemplo, Sentencia N°75/2008 (Caso *SCL*). Considerandos Quincuagésimo Primero y Quincuagésimo Tercero: "Quincuagésimo primero. Que consta entonces, de los contratos acompañados a fojas 1 y 149, que SCL discrimina entre algunas de las empresas courier, sin que SCL haya argumentado ni menos acreditado en autos alguna justificación o razón de este trato diferente. El hecho acreditado de discriminación arbitraria se refuerza dado que ninguna de las empresas citadas en la consideración anterior tiene asignada cantidad alguna de metros cuadrados dentro del área de concesión del Aeropuerto, por lo que la desigualdad en las tarifas cobradas no refleja una diferencia relevante de costos para el concesionario; Que, en consecuencia, este Tribunal estima que se encuentra acreditado que SCL incurrió en discriminaciones injustificadas al establecer tarifas diferentes a empresas courier que se encuentran en una misma situación contractual, y además al establecer un esquema distinto y más favorable para Correos de Chile, abusando así SCL de su posición dominante, lo que constituye una infracción sancionable según lo dispuesto en el artículo 3° del D.L. N° 211". En el mismo sentido, Sentencia N°88/2009 (Caso *Cellulink*). Considerando Nonagésimo Tercero: "Que, en consecuencia, del análisis realizado, es posible concluir que los cobros realizados por TMCH, a la época de la demanda, no eran objetivos ni transparentes, pues cobraba precios similares a clientes con diferente volumen de tráfico, cobraba precios distintos a clientes con volumen de tráfico similar, cobraba precios mayores a quienes generaban mayor tráfico y prestaban el servicio de terminación de llamadas fijo-móvil on-net y cobraba por un mismo plan precios diferentes dependiendo de quién era el cliente. Esto se traduce, en la práctica, en una estrategia de discriminación de precios que, a juicio de este Tribunal, es arbitraria y no tiene justificación económica suficiente".

<sup>66</sup> Vid., a modo de ejemplo, Sentencia N°100/2010 (Caso *Puerto Terrestre Los Andes*). Considerando Septuagésimo Séptimo: "Que en virtud de lo anterior, este Tribunal estima que la tarifa de los servicios que son objeto de controversia en autos sólo debe incluir aquellos costos efectivos que genera a PTLA proveer dicho servicio, excluyéndose el cobro de costos cuya amortización es explícitamente asignada en las BALI a otra tarifa". Resolución N°42/2012 (Caso *Servicios de Suministro Eléctrico Asociados*). Párrafo 2.55: "Dada la difícil estandarización del

72. En este sentido, EFE no solo ha infringido nuevamente las normas de defensa de la libre competencia previstas en el DL 211, sino que ha mantenido un comportamiento contumaz al reiterar aquellas conductas que fueron objeto de sanción por el H. Tribunal y la Excm. Corte Suprema a propósito del Caso *EFE I*.

73. Más aun, no resulta atendible la justificación que la Requerida ha invocado para justificar su estructura de cobros por el servicio de atravesos, fundándola en el derecho de propiedad que le asiste sobre la vía férrea. H. Tribunal, ese derecho de propiedad, que fue también el sustento principal de su defensa en el Caso *EFE I*, no ha sido cuestionado por los usuarios del servicio, por esta Fiscalía, ni tampoco lo ha sido por el H. Tribunal<sup>68</sup>. Lo que se discute en cambio es cuál es la *forma* en que ese derecho de propiedad debe ejercerse, conforme a la normativa de defensa de libre competencia, que recoge el DL 211 y

---

*servicio [Intervención del Tendido Eléctrico y de Redes de Distribución], que puede variar significativamente atendidas las particularidades de cada caso, este Tribunal no declarará que debe someterse a regulación tarifaria. Sin embargo, este Tribunal estima conveniente que las empresas distribuidoras establezcan metodologías de cálculo de las tarifas a aplicar, que sean públicas, objetivas, no discriminatorias y con fundamento en los costos de prestar dicho servicio". Sentencia N° 85/2009 (Caso Sanitarias). Considerando Centésimo Tercero: "[e]ste Tribunal considera que el 'factor de nuevo consumo' aplicado por ANSM y ESSBIO no tiene ninguna justificación en costos, razón por la cual se resolverá imponer a ambas empresas multas por cobros injustificados y abusivos".*

<sup>67</sup> Vid., Baumol, William. "Economically defensible access pricing, competition and preservation of socially desirable cross subsidy". *Utilities Policy* 10 (2001) 151–159. En el mismo sentido, Willig, Robert. "The Theory of Network Access Pricing" en Trebing, Harry (ed.). *Issues in Public Utility Regulation*. Michigan State University, 1979, pp. 109-152. El desarrollo de ambos autores dio lugar a la llamada Regla Baumol-Willig, *efficient component pricing rule* (ECPR) o *precio paridad*, conforme a la cual, en síntesis, corresponde remunerar un acceso abierto bajo una tarifa que compense el costo marginal (o incremental) más el costo de oportunidad de dar el acceso. Vid., Baumol, Op. Cit.: pp.154-155: "[t]he price to be charged for access is simply any incremental cost that the owner incurs in the process of providing access to it, plus any profit the owner forgoes if the provision of access permits a competitor to take business away from the owner of the bottleneck. It is important to recognize from this that the parity price is the lowest price that the market will permit in even the most competitive market for access". Cabe notar que las objeciones que algunos autores han efectuado a esta Regla, en tanto posible solución de primer mejor, no resultan aplicables al caso de EFE, considerando la ausencia de integración vertical de la Requerida y no existen rentas monopólicas en el precio final *aguas abajo*. Cfr., Armstrong, Mark, Doyle, Chis y Vickers, John. "The Access Pricing Problem: A Synthesis". *The Journal of Industrial Economics*, Volume XLIV, Junio 1996; p.147.

<sup>68</sup> Sentencia 76. Considerando Décimo Tercero: "*Que, en ese contexto y previo al análisis de las conductas imputadas en autos, corresponde dejar establecido también que, de acuerdo con los artículos 2° y 28° 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*".

que emana del artículo 19 N° 21 de nuestra Constitución. Es decir, si se trata de un derecho irrestricto e ilimitado, como lo propone EFE, o si por el contrario éste se encuentra sujeto a los límites propios que el régimen de libre competencia impone a las empresas con poder de mercado, como desde antiguo ha sido correctamente asentado por nuestros órganos jurisdiccionales<sup>69</sup>. En opinión de este Servicio, de seguirse el razonamiento de la Requerida, se llegaría a la conclusión de que EFE podría justificar cobros contrarios al DL 211 simplemente porque estaría en su derecho de hacerlo<sup>70</sup>.

74. Estos límites, según lo ha resuelto el H. Tribunal reiteradamente, importan un especial deber de cuidado exigible a EFE, al ser titular monopólica de un insumo esencial -como lo es la faja vía para el servicio de atraviesos-. De esta forma, la Requerida debe procurar que sus relaciones contractuales no afecten artificialmente la capacidad de competir de los participantes del mercado situado *aguas abajo*<sup>71</sup>.

75. Finalmente, cabe destacar que el comportamiento de EFE ha generado perjuicios no sólo a los organismos solicitantes de atraviesos, sino que indirectamente lo ha hecho también a los demandantes de bienes y servicios de aquellos (empresas y consumidores).

76. En efecto, a *contrario sensu*, en un escenario idóneo -esto es con cobros transparentes, objetivos y no discriminatorios- los usuarios de este servicio estarían en condiciones de traspasar ese equilibrio eficiente al mercado *aguas abajo* (lo que dependerá del nivel de intensidad competitiva que exista en éste o de los modelos tarifarios aplicados por el regulador en el caso de empresas sujetas a regulación de precios)<sup>72</sup>. En cambio, si el costo (fijo) que la empresa

---

<sup>69</sup> Cfr. Valdés, Domingo. "Libre Competencia y Monopolio". Editorial Jurídica de Chile, 2006; p.128.

<sup>70</sup> Con el objeto de justificar la política de cobro implementada por la Requerida, fundándola en el derecho de propiedad sobre la faja vía, junto con la Tercera Versión del Reglamento, EFE remitió a la FNE un Informe en Derecho elaborado por el Centro de Regulación y Competencia de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile ("RegCom") titulado "Derecho de Paso y Libre Competencia", de 30 de noviembre de 2010.

<sup>71</sup> Sentencias N° 75/2008 (Caso SCL), N° 85/2009 (Caso Sanitarias), N° 86/2009 (Caso Hidroaysén III), N° 115/2011 (Caso Tabacos II) y N° 124/2012 (Caso CCS II).

<sup>72</sup> Sea que se consideren los costos de una empresa modelo o los costos reales que las empresas reguladas enfrentan por el servicio de atraviesos, entonces una tarifa poco objetiva o

solicitante debe asumir captura la totalidad del excedente del productor, ello puede generar un desequilibrio competitivo en la empresa. Esto a su vez incidirá en la capacidad competitiva de ese cliente *aguas abajo* (incluyendo las variables asimilables al precio), con el posible impacto en los consumidores.

77. Esta misma situación ocurre en el caso de cobros arbitrariamente discriminatorios, en que el desequilibrio entre condiciones de acceso al servicio de atraviesos, que por su naturaleza es indispensable para quienes lo solicitan, puede impactar en la capacidad competitiva del agente que recibe condiciones más desfavorables.

78. Ambas situaciones podrían entonces generar efectos en la eficiencia asignativa, particularmente en el mediano y largo plazo, pues en ambos escenarios el costo medio de los usuarios solicitantes puede verse incrementado.

## VI. CONCLUSIONES Y PETICIONES CONCRETAS

79. H. Tribunal, EFE ha infringido el artículo 3° letra b) del DL 211, al mantener una estructura de cobros por el servicio de atraviesos que carecen de justificación económica, resultan arbitrariamente discriminatorios entre los distintos usuarios y se caracterizan por su falta de transparencia.

80. Esta conducta ha sido ejecutada en forma reiterada por la Requerida, aun cuando, hace más de cuatro años, la Sentencia 76 le impuso un claro deber de comportamiento en las relaciones contractuales con los demandantes del servicio de atraviesos, acorde con el deber de cuidado exigible a todo monopolista. Y, aun cuando además, este Servicio ha representado a EFE, en varias ocasiones, cuáles son los estándares que le resultan exigibles.

81. Con este comportamiento, EFE ha introducido distorsiones en los mercados *aguas abajo*, en los cuales el servicio de atraviesos es un insumo

---

discriminatoria también se puede traspasar a las tarifas que pagan los consumidores finales. En este caso, además, el impacto puede ser mayor, considerando la inelasticidad, también mayor, de esos consumidores.

indispensable, pudiendo además, en virtud de tal conducta, percibir rentas económicas que carecen de toda posibilidad de ser disciplinados, dada la naturaleza del servicio prestado.

82. Concretamente, y teniendo en consideración que la conducta anticompetitiva objeto del Requerimiento ha sido ejecutada por EFE en todos los contratos e instrumentos mediante los cuales ésta ha otorgado el servicio de atravesos, solicito que la Requerida sea condenada al pago de una multa, en que para la determinación de cuya cuantía se tenga en consideración lo siguiente:

- i. La calidad de reincidente de EFE, en los términos del inciso final del artículo 26 del DL 211, atendido que la conducta Requerida ya fue sancionada por el H. Tribunal mediante la Sentencia N° 76 del año 2008.
- ii. El beneficio obtenido proveniente de los ingresos de la Requerida por concepto de servicio de atravesos.
- iii. La gravedad de su actuación, que en este caso está asociada al aprovechamiento de su monopolio y el carácter de insumo indispensable del servicio de atravesos, con el especial deber de cuidado exigible a la Requerida.
- iv. La circunstancia que los solicitantes de servicios de atravesos son habitualmente empresas de suministro de servicios básicos, como agua potable, electricidad, obras públicas, especialmente sensibles de cara a los consumidores finales de dichos servicios. Y,
- v. La extensión en el tiempo de las conductas ilícitas llevadas a cabo.

83. Junto con lo anterior, solicito que este H. Tribunal ordene a la Requerida modificar los contratos o convenios de atravesos vigentes que haya celebrado EFE, a fin de que éstos apliquen condiciones de contratación

transparentes, objetivas y no discriminatorias, junto con ordenar que los contratos futuros se ajusten a dichas condiciones.

\*\*\*

**POR TANTO**, con el mérito de lo expuesto y de lo dispuesto en los artículos 1°, 19 y siguientes y 39 del Decreto Ley N° 211, así como en las demás normas legales citadas y aplicables,

**AL H. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA SOLICITO:**  
Tener por deducido requerimiento en contra de Empresa de los Ferrocarriles del Estado, acogerlo a tramitación y, en definitiva:

- 1) Se declare que Empresa de los Ferrocarriles del Estado ha infringido el artículo 3° letra b) del DL 211.
- 2) Condene a la requerida al pago de una multa de 1.200 UTA, o el monto menor que este H. Tribunal determine.
- 3) Ordene a la Requerida modificar los contratos o convenios de atravesos vigentes que haya celebrado EFE, a fin de que éstos apliquen condiciones de contratación transparentes, objetivas y no discriminatorias, junto con ordenar que los contratos futuros se ajusten a dichas condiciones.
- 4) Condene en costas a Empresa de los Ferrocarriles del Estado.

**PRIMER OTROSÍ:** Solicito se traigan a la vista los expedientes Rol C 100-06 y NC N° 391-11, previamente tramitados ante este H. Tribunal, con el objeto de que ambos sean considerados al momento de resolver este procedimiento.

**SEGUNDO OTROSÍ:** Solicito al H. Tribunal tener presente que señalo a doña Juana Ortiz Madrid, Receptora Judicial, con domicilio en Bandera N°465, oficina 704, comuna y ciudad de Santiago, para los efectos de practicar la notificación del requerimiento de autos y realizar todas aquellas diligencias en las que durante la

prosecución del proceso sea necesaria la intervención de un ministro de fe público, sin perjuicio de la facultad de esta parte de revocar dicha designación en cualquier momento.

**TERCER OTROSÍ:** En cumplimiento de lo dispuesto en el Auto Acordado N° 7/2006, del H. Tribunal, solicito a V.S. tener presente que esta Fiscalía remitirá a la Sra. Secretaria, con esta fecha, versión electrónica de esta presentación.

**CUARTO OTROSÍ:** Al H. Tribunal solicito tener presente que mi personería para representar a la Fiscalía Nacional Económica consta en el decreto N°132, que dispuso mi nombramiento como Fiscal, copia del cual se encuentra en la Secretaría del H. Tribunal.

Asimismo, solicito se tenga presente que en mi calidad de abogado habilitado para el ejercicio de la profesión, asumiré personalmente el patrocinio en la presente gestión judicial, fijando como domicilio el de Agustinas N° 853, piso 2, Santiago. Sin perjuicio de lo anterior, por este acto confiero poder a los abogados habilitados para el ejercicio de la profesión doña Vanessa Facuse Andreucci, doña Denise Jorquera Muñoz, don Benjamín Mordoj Hutter y don Víctor Santelices Ríos, todos de mi mismo domicilio y con quienes podré actuar conjunta, separada e indistintamente, y que firman este escrito en señal de aceptación.