

DERECHO DE PASO

Y LIBRE COMPETENCIA

Sumario

I.	Introducción	2
II.	Precios excesivos, precios discriminatorios y libre competencia	4
	a. Precios excesivos y discriminatorios en el Derecho Comparado	4
	b. Precios excesivos y discriminatorios en el DL 211 y la jurisprudencia nacional.....	9
	c. La sentencia 76/2008 del TDLC.....	16
	d. Conclusiones sobre el contenido de la sentencia 76/2008 a la luz del Derecho de la Competencia.....	19
III.	La controversia actual entre EFE y la FNE: el cobro por “derecho de paso” en el “Reglamento de atraviesos” de EFE y las objeciones de la FNE.....	21
IV.	El Derecho de Paso de EFE ante el Derecho de la Competencia	
	a. El Derecho de Paso y sus tres componentes lícitos: valor de la propiedad, daños y riesgos, y utilidad	26
	b. EFE no es una firma regulada, sino una empresa soberana para tomar sus decisiones de negocios dentro del ámbito de lo lícito ante el Derecho de la Competencia.....	31
V.	Conclusiones	33

I. Introducción

1. La Empresa de Ferrocarriles del Estado (EFE) ha solicitado un Informe en Derecho (el Informe) al Centro de Regulación y Competencia de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile (RegCom), con el objeto de analizar la legalidad ante el Derecho de la Competencia del cobro por “derecho anual de atravesio” o “derecho de paso” (derecho de paso) que EFE pretende realizar a quienes tengan interés en atravesar sus fajas vías, según se define en el proyecto de “Reglamento de Atravesios” elaborado por la misma empresa (el Proyecto de Reglamento de Atravesios o PRA).

2. EFE solicita la opinión de RegCom en el contexto del proceso Rol C 100-06 llevado ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC). En dicha causa, el TDLC condenó a EFE por “discriminar arbitrariamente en la determinación de los precios de los atravesios” de las distintas vías férreas que existen en el país (Resuelvo 4°), en contravención a lo dispuesto en el artículo 3° inc. 2° letra b) del DL 211 (sentencia 76/2008 de 14 de octubre de 2008¹).

3. Junto con condenar al pago de una multa, el TDLC ordenó a EFE modificar el antiguo “Reglamento de Atravesios, Paralelismos y Apoyos” de 1993, y someter el nuevo texto de ese documento a conocimiento de la Fiscalía Nacional Económica (FNE) “a fin de que dicho organismo vele por su adecuación a los normas de defensa de la libre competencia” (Resuelvo 6°).

4. Cumpliendo con lo dispuesto por el TDLC, con fecha 22 de abril de 2009 EFE presentó a la FNE su Proyecto de Reglamento de Atravesios. La FNE realizó una serie de reparos al cobro de derecho de atravesio y otros conceptos mediante Ordinario 999 de 10 de junio de 2010. EFE decidió hacer correcciones al PRA, las que presentó a la FNE con fecha 6 de agosto de 2010. Por Ordinario 1616 de fecha 2 de noviembre, la FNE se volvió a manifestar en términos contrarios a la determinación del derecho de paso contenido en el PRA.

¹ TDLC, *GTD Teleductos S.A. contra Empresa de Ferrocarriles del Estado*, sentencia 76/2008, Rol C 100-006, 14 de octubre de 2008 (en adelante, TDLC, *Sentencia EFE*), confirmada por la Corte Suprema, *GTD Teleductos S.A. contra Empresa de Ferrocarriles del Estado*, Rol 6978-2008, 13 de enero de 2009.

5. En el contexto procesal citado –esto es, la etapa de cumplimiento del fallo ante la FNE–, EFE ha solicitado la opinión legal de RegCom en relación con la legalidad del polinomio que contempla el PRA (pp. 20 y 21) para el cálculo del derecho de paso y la procedencia de los reparos planteados por la FNE en su Ordinario 1616. Según explicaremos a continuación, el problema de la determinación de compensaciones justas y razonables por el concepto de derecho de paso es “difícil”² y, en nuestra opinión, las objeciones de la FNE son improcedentes dado el supuesto problema anticompetitivo en cuestión.

6. En nuestra opinión, las tarifas de derecho de paso que propone EFE en su Proyecto de Reglamento de Atravesos, dado el contexto institucional en que se ofrecen, no son contrarias al Derecho de la competencia. Las tarifas están definidas en términos transparentes, objetivos, no-discrecionales, están respaldadas razonablemente en variables que tienen fundamento jurídico-económico, y, lo más importante, son doblemente impugnables: primero, ante una Comisión de Hombres Buenos definida en el PRA, y, segundo, conforme a las normas de servidumbres establecidas en la legislación especial (en caso de existir un derecho en tal sentido).

7. Dado que no hay fundamento microeconómico claro para aceptar o rechazar el polinomio usado por EFE para cobrar por el derecho de paso, el foco del análisis institucional debe estar en los aspectos procedimentales del mecanismo escogido. Existe un *trade-off* en esta materia que la autoridad de la competencia no puede pasar por alto: transparencia, precisión y conocimiento *ex ante* de la tarifa versus justicia correctiva o conmutativa en cada uno de los casos en que corresponde aplicar la tarifa. La solución de EFE se inclina por dar una respuesta transparente, precisa y clara *ex ante*, y solucionar los problemas de justicia *ex post* conforme a un procedimiento pericial de rápida tramitación; todo ello sin perjuicio de los mecanismos de reclamo conforme a las normas de servidumbres legales.

8. Respetuosamente, en nuestra opinión, de haber existido un problema de competencia en el cobro por derechos de paso por parte de EFE, el mismo debe entenderse solucionado en el Proyecto de Reglamento de Atravesos. Así intentaremos demostrarlo a continuación.

² Así lo calificó en Estados Unidos la Corte Federal de Apelaciones para el Segundo Circuito, uno de los tribunales con mejor preparación en temas de Derecho y Economía. *Vid. TCG New York, Inc. et al v. City of White Plains*, 305 F.3d 67 (2nd Cir. 2002).

II. Precios excesivos, precios discriminatorios y libre competencia

a. Precios excesivos y discriminatorios en el Derecho Comparado

9. La cuestión de los precios excesivos recibe un tratamiento distinto en los dos sistemas jurídicos más importantes en materia de competencia. En Estados Unidos, los tribunales no controlan los precios excesivos ni los consideran una infracción contra la competencia³. Como explican Elhauge y Geradin:

Los Derechos Europeo y Norteamericano difieren en el tratamiento que le otorgan a los precios excesivos. Los tribunales norteamericanos siguen la posición que el simple hecho de cobrar precios monopólicos que maximicen la utilidad no es una violación a la libre competencia⁴.

10. Por su parte, en Europa, los precios excesivos pueden ser considerados contrarios al Tratado EC cuando son “injustos”⁵. El *leading case* es *United Brands v. Commission*, en el que la Corte Europea de Justicia afirmó que un precio puede ser excesivo si no guarda una relación razonable con su “valor económico”⁶. Ahora bien, en los últimos años, las autoridades de la competencia europeas han demostrado su falta de interés por iniciar casos por cobros excesivos⁷. Como dice Martin, “la Comisión ha sido renuente a entrar en el negocio de la fijación de precios”⁸. Este rol de “cuasi-regulador de

³ Vid. Massimo Motta, *Competition Policy. Theory and Practice* (Cambridge University Press, Cambridge, 2004), p. 411, n. 1 (“Exploitative practices—consisting mainly of excessive prices—are covered by Article 82 of the Treaty in the EU, but not by Section 2 of the Sherman Act in the US”) (énfasis agregado).

⁴ Einer Elhauge y Damien Geradin, *Global Competition Law and Economics* (Hart, Oxford 2007), p. 360 (“US and EC law differs on excessive pricing, with the US courts taking the position that merely charging profit-maximising monopoly prices is not an antitrust violation, and the EC courts taking the position that a firm with a dominant position has a legal obligation not to charge excessive prices”).

⁵ Alison Jones y Brenda Sufrin, *EC Competition Law. Text, Cases, and Materials* (Oxford University Press, 3rd ed., New York 2008), p. 585.

⁶ Caso 27/76, *United Brands v. Commission* [1978] ECR 207, [1978] 1 CMLR 429, ¶ 250.

⁷ *Id.*, p. 590.

⁸ Stephen Martin, *Industrial Organization in Context* (Oxford, New York 2010), p. 747 (“The Commission has been reluctant to get into the business of price control”).

precios” es particularmente difícil cuando no hay comparaciones simples de precios para tomar como referencia⁹.

11. En cualquier caso, resulta fundamental destacar que en Europa el test de precios abusivos no es uno de costos (al modo del estándar regulatorio conocido como *cost-plus*), sino uno de justicia. Como señalan Jones y Sufrin, “la prueba de que los precios son altos en relación a los costos de producción no es una condición suficiente para establecer una infracción al Artículo 82 [102]”¹⁰.

12. Recientemente, en el año 2004, la Comisión Europea adoptó una decisión en la que dio a conocer la visión moderna sobre esta institución. De acuerdo a la Comisión, *el concepto esencial es el de “valor económico” y no el de costos*¹¹, razón que justifica considerar aspectos específicos del caso concreto, incluyendo la demanda del bien o servicio analizado y otros elementos no vinculados a costos:

[E]l análisis relativo al abuso de precios excesivos o injustos debe centrarse en el precio cobrado y su relación al valor económico del producto. Si bien una comparación de precios y costos, que da cuenta del margen de ganancia de una firma en particular, puede servir como una primera etapa en el análisis, por sí mismo no permite concluir la existencia de un abuso...

[L]a Comisión concluye que en cualquier evento, incluso si se asumiera que el margen de ganancia de HHAB es alto o incluso excesivo, esto no sería suficiente para concluir que el precio cobrado no guarda relación con el valor económico del servicio proveído...

La determinación de la relación razonable entre el precio y el valor económico de un producto/servicio debe también tomar en consideración el peso relativo de factores no vinculados a costos.

En el presente caso, el valor económico del producto/servicio no puede determinarse simplemente sumando los costos aproximados en que se ha incurrido para efectos de la provisión del producto/servicio... El valor económico debe determinarse tomando en cuenta las circunstancias

⁹ Jonathan Faull y Ali Nikpay, *The EC Law of Competition* (2nd ed., Oxford, New York 2007), pp. 399-400.

¹⁰ Jones y Sufrin, n. 5, p. 588.

¹¹ Como explican Faull y Nikpay, n. 9, p. 400, “[a]s to the issue of whether prices were unfair in themselves, the Commission argued that *non-cost factors also had to be taken into account in order to assess the ‘economic value’ of the service provided*” (énfasis agregado).

particulares del caso y tomando en consideración factores no relacionados con costos, tales como la demanda del producto/servicio¹².

13. Conforme a este precedente, la aplicación reciente del artículo 82 [102] del Tratado CE por tribunales ingleses también da cuenta que los precios excesivos no deben llevar al tomador de decisiones a usar un test tipo *cost-plus*. En el caso *Attheraces*, el juez de primera instancia condenó al demandado por precios excesivos luego de usar una metodología *cost-plus*. Pero la Corte de Apelaciones revocó esta decisión, indicando que el análisis de costos constituye sólo una primera etapa del test de “valor económico”. Además, determinó que el principal objetivo del actual artículo 102(c) del Tratado CE es la protección de los consumidores, por lo que si existe competencia aguas abajo, el Derecho de la Competencia es indiferente respecto a quién se queda con eventuales rentas económicas aguas arriba¹³.

14. En cuanto a los precios discriminatorios, en Estados Unidos no son considerados un atentado a la competencia si es que no conllevan efecto anticompetitivo. Las teorías de discriminación de precios anticompetitivos son dos: los denominados *primary-line discrimination* y el *secondary-line discrimination* (discriminación de línea primaria y secundaria). El primero de ellos se refiere a la competencia a nivel del vendedor –discriminación respecto a firmas con quienes el vendedor sí compite– y ha terminado por ser vinculado a la figura de precios predatorios (práctica exclusoria), en este caso, precios diferenciados que incluyen un conjunto de precios bajo el costo destinados a dañar a los competidores del vendedor¹⁴.

15. Por su parte, la discriminación de línea secundaria dice relación con el cobro de precios diferentes a consumidores que se encuentran en el mismo mercado con quienes el vendedor no compite. El efecto anticompetitivo que se exige a esta figura dice relación con la situación de desventaja competitiva en la que quedan situados los compradores que adquieren el bien o servicio al precio desfavorable¹⁵. Esta teoría, como explica Hovenkamp, “necesariamente

¹² *Scandlines Sverige v. Port of Helsingborg*, COMP/36.568, [2006] 4 CMLR 1298 (énfasis agregado).

¹³ *Attheraces Ltd. v. The British Horseracing Board Ltd.* [2007] EWCA Civ 38, ¶¶ 204-215.

¹⁴ Herbert Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy. The Law of Competition and Its Practice* (West Group, 2nd ed., St. Paul, 1999), p. 574.

¹⁵ *Id.*

requiere que el demandante [desfavorecido] pruebe que compite con el comprador favorecido”¹⁶.

16. Pero más importante aún, como explica Hovenkamp, la discriminación de línea secundaria es una práctica vertical y opera siempre conforme a la lógica de las restricciones intra-marca, sabiéndose en la actualidad que tales restricciones rara vez son anticompetitivas¹⁷. Como dicen Elhauge y Geradin, “el problema general aquí es que los vendedores no parecen tener incentivos para distorsionar la competencia aguas abajo por cuanto los vendedores se benefician de la competencia en el mercado aguas abajo para la distribución de sus productos”¹⁸.

17. En cuanto a precios discriminatorios de línea secundaria, la situación, en teoría, no es muy distinta en el Derecho Europeo que en el Derecho Norteamericano. Según explican Jones y Sufrin, “el abuso establecido en el Artículo 82(c) es la aplicación de condiciones diferentes a transacciones equivalentes con otros comerciantes ‘poniéndolos en una situación de desventaja competitiva’”¹⁹. Y si bien es cierto que el artículo 82(c) [102(c)] del Tratado EC ha sido aplicado a situaciones que van más allá de la discriminación de línea secundaria norteamericana, ello se ha debido principalmente a razones de *discriminación por nacionalidad* que atentan contra el propósito básico de un mercado común europeo (motivo que nada tiene que ver con la economía de la competencia)²⁰.

18. Por ello, según opinan O’Donoghue y Padilla en su tratado del artículo 82 del Tratado CE, la aplicación de la letra (c) del citado artículo en términos que no sean explicables por factores de nacionalidad o como prácticas exclusorias “ha sido una rareza extrema”²¹. Esto tendría “sentido”²², entre

¹⁶ *Id.*, pp. 574-575.

¹⁷ *Id.*, p. 575.

¹⁸ Elhauge y Geradin, n. 4, p. 366.

¹⁹ Jones y Sufrin, n. 5, p. 602.

²⁰ Robert O’Donoghue y A. Jorge Padilla, *The Law and Economics of Article 82 EC* (Hart, Oxford 2006), p. 554. En el mismo sentido, Stephen Martin, *Industrial Organization in Context* (Oxford, New York 2010), p. 823 (“For the European Union, the prohibition of discrimination has been a fundamental aspect of policy from the beginning, and extends beyond competition policy”). *Vid. también*, Faull y Nikpay, n. 9, p. 404 (“The European competition rules serve the purpose, not only of protecting competition, but also of ensuring the integration and proper functioning of that market”).

²¹ *Id.*, p. 555.

otros motivos, porque –según ya se ha indicado– una firma dominante no tiene incentivos para afectar la competitividad de sus clientes o consumidores con quienes no compite²³.

19. Por lo demás, los efectos de la discriminación de precios sobre el bienestar y sobre los excedentes del consumidor son ambiguos²⁴. Por ello, antes de condenar una determinada forma de discriminación de precios como anticompetitivo, es necesario contar con clara prueba de su efecto dañino para los consumidores.

20. De lo anterior se deduce que, con fundamento en el Derecho Comparado, una firma debe ser castigada por discriminación de línea secundaria sólo cuando sitúa a sus clientes en una desventaja competitiva. En ausencia de contundente prueba de efectos adversos al bienestar total y/o excedente del consumidor, el cobro de precios diferenciados a clientes que no compiten entre sí no debe ser considerado un atentado a la libre competencia.

²² *Id.*, p. 555.

²³ *Id.*, p. 554 (“[I]n the case of discrimination between customers with whom the dominant firm does not compete—pure secondary-line injury—the dominant firm has no obvious interest in taking action that would affect the competitiveness of one customer when compared to another. It would gain no advantage in doing so and might even suffer a disadvantage through a reduction in its sales. This also strongly suggests that when discrimination of this kind occurs, the dominant firm is likely to have a valid reason for distinguishing between the two sets of customers. Indeed, as developed in more detail in Section 11.5, it is hard to see any convincing competition-law rationale for intervention in cases of secondary-line injury in itself”).

²⁴ *Vid.* U.S. Department of Justice, *Competition And Monopoly: Single-Firm Conduct Under Section 2 Of The Sherman Act* (2008), p. 85 [en adelante, *Section 2 Report*], donde el DOJ explica que:

Price discrimination typically has ambiguous effects on both customers and efficiency. The ability to price discriminate often allows firms to increase output. More consumers can be served when firms charge higher prices for customers that value a product highly and lower prices for those that value the product less. In those cases, however, the price paid by some consumers—specifically, those that value the product the most—might be higher than the price they would have paid if the product were sold to every customer at the same price.

b. Precios excesivos y discriminatorios en el DL 211 y la jurisprudencia nacional*i. Precios excesivos en la jurisprudencia nacional*

21. Nuestros órganos de defensa de la libre competencia han sido activos en materia de precios excesivos. Los casos más reciente ocurridos en nuestra jurisprudencia y en los cuales se expone con mayor claridad la jurisprudencia del TDLC son *Sanitarias*²⁵ y *Emelat*²⁶.

22. En la *Sentencia Sanitarias*, que tiene como particularidad que el TDLC se pronunció sobre planillas de cálculo entregadas por las empresas en la etapa de investigación, se expone cómo se evalúan los precios excesivos:

[E]ste Tribunal analizará, en primer lugar, la pertinencia de los elementos de cobro incluidos en las planillas presentadas por las empresas sanitarias, para luego estudiar si los parámetros impugnados por la FNE, y que fundamentan los cobros de las ESS a los desarrolladores inmobiliarios, representan un abuso de poder de mercado por parte de las requeridas²⁷.

23. En esta sentencia, el TDLC analizó las partidas de costos de las planillas entregadas, y en la medida que las acepta o rechaza por injustificadas, califica el cobro como *completamente injustificados*²⁸ o *sin ninguna justificación en costos*²⁹. Si el parámetro usado para determinar los cobros sí tiene justificación en costos, corresponde a quien alega el precio excesivo probar el precio –o parámetro– de comparación válido. De lo contrario, debe rechazarse la acusación:

[L]a prueba acompañada en autos no permite establecer las tasas de morosidad e incobrabilidad específicas válidas para cada caso considerado en el requerimiento, por lo que tampoco es posible establecer la diferencia entre estas tasas y las aplicadas por las requeridas al calcular los montos cobrados a las empresas constructoras. En consecuencia, al no ser posible determinar si existe una aplicación abusiva de este parámetro por alguna de las requeridas, no se acogerá en este aspecto la pretensión de la FNE, sin

²⁵ TDLC, *Constructora e Inmobiliaria Independencia Ltda. contra Aguas Nuevo Sur, Maule, S.A.*, sentencia 85/2009, Rol C 79-05, 2 de julio de 2009 (en adelante, TDLC, *Sentencia Sanitarias*).

²⁶ TDLC, *FNE contra Empresa Eléctrica Atacama S.A.*, sentencia 93/2010, Rol C 183-08, 6 de enero de 2010 (en adelante, TDLC, *Sentencia Emelat*).

²⁷ TDLC, *Sentencia Sanitarias*, C. 94°.

²⁸ *Id.*, C. 97°.

²⁹ *Id.*, C. 103°

perjuicio de las medidas correctivas que se establecerán en lo resolutivo para evitar que, en el futuro, estas empresas utilicen parámetros no justificados o que les permitan efectuar cobros arbitrariamente discriminatorios³⁰.

24. En la *Sentencia Emelat*, la FNE requirió ante el TDLC a una empresa concesionaria eléctrica por cobros efectuados a usuarios del servicio de “escolta” bajo la imputación de un precio excesivo³¹. En su fallo, el TDLC sostuvo que el mero cobro de precios excesivos no basta para acoger una acusación de esa naturaleza. En efecto, se requiere que se esté explotando de una posición dominante para que el hecho de cobrar un precio excesivo sea reprochable a la luz del artículo 3° inciso 2° letra b) del DL 211³².

25. En su sentencia, el Tribunal rechaza ocupar el lugar de un mero *regulador de precios* al conocer de acusaciones sobre la materia (precios excesivos), porque en dichos casos:

... es función de este Tribunal, al sancionar las prácticas restrictivas de la libre competencia, intentar mantener las condiciones mediante las cuales el libre mercado obligue a las empresas con poder de mercado a restringir los precios, de tal manera de que cobren un precio lo más cercano posible al competitivo, e inducir a la producción óptima. *Pero no es correcto sostener que este Tribunal – mediante el expediente de determinar, en un caso concreto, cuáles precios serían excesivos y cuáles no – se erija en un regulador de precios a consumidores finales, pues dicha regulación sólo puede efectuarse por expresa disposición legal en mercados que así lo requieran, por ejemplo, en el caso de monopolios naturales con gran poder de mercado, y ello con todas las garantías*

³⁰ *Id.*, C. 110°. En el mismo sentido, *Id.*, C. 113° (“[C]on todos los antecedentes que constan en autos, este Tribunal no puede pronunciarse sobre el grado en que la tasa de descuento utilizada en cada caso corresponde a los verdaderos costos de financiamiento. En consecuencia, no habiéndose acreditado que el nivel de las tasas de descuento aplicadas por las requeridas haya sido injustificado, no se acogerá el requerimiento en esta materia”).

³¹ Otros casos anteriores, con sentencias condenatorias, son, por ejemplo, TDLC, *Requerimiento de la FNE contra Lan Airlines S.A. y Lan Chile Cargo S.A.*, sentencia 55/2007, Rol C 94-06, 21 de junio de 2007, C. 38° (“[E]l hecho que Lan haya reducido el tramo del servicio de transporte internacional de carga, y haya comenzado a cobrar una tarifa adicional por el servicio de flete terrestre desde el Aeropuerto hasta las bodegas de la EPA, al momento del inicio de las operaciones de Fast Air – por menor que sea dicho cobro en relación con el costo total del transporte –, corresponde a un abuso de la posición dominante que detenta en el mercado del transporte aéreo internacional de carga. Esto, por cuanto el monto de dicho cobro no tendría justificación alguna, y ha tendido a eliminar las posibilidades competitivas de la EPA en el segundo mercado relevante de autos.”) y TDLC, *FNE contra Edelmag*, sentencia 73/2008, Rol C 147-07, 20 de agosto de 2008, C. 14°.

³² TDLC, *Sentencia Emelat*, C. 30°.

que la legislación sectorial otorga a la empresa regulada, las que no podrían darse en un procedimiento contencioso como el de autos³³.

26. El test que utiliza el TDLC para acoger o rechazar este tipo de acusaciones es, como lo indica en la *Sentencia Emelat*, determinar “(a) si la requerida efectuó cobros injustificados; o, (b) si realizó actos o conductas ilícitas que le permitirían obtener precios superiores a los que corresponderían al equilibrio competitivo del mercado”³⁴.

27. Implementando esos dos métodos alternativos de prueba, el TDLC desechó la acusación en contra de la empresa requerida. De este modo, si no se ha logrado acreditar un cobro carente de justificación, el demandante deberá probar que se cobra un precio superior al competitivo. Vale decir, si se descarta el mero precio injustificado, lo que sigue y es procedente será la comparación del precio cobrado efectivamente por el demandando con un “precio de mercado”. Como es natural, determinar el precio de mercado es materia especialmente compleja cuando el servicio es prestado monopólicamente, por lo que en orden secuencial el primer test a efectuarse es el de la justificación del cobro.

28. En el fallo de la reclamación de la *Sentencia Emelat*, la Corte Suprema ahondó en el raciocinio relativo a precios excesivos, declarando que:

[U]na de las modalidades que puede adoptar el abuso de una posición monopólica es el cobro de precios excesivos que carecen de justificación económica. Si dicho cobro injusto ha sido obtenido por una empresa que detenta tal posición por la presión que ello implica para el otro contratante – al carecer de la opción de elegir a otro prestador – debe ser sancionado en sede antimonopolio³⁵.

29. Adicionalmente, el Máximo Tribunal admite los manifiestos problemas prácticos del reproche anticoncurrencial de precios excesivos –latamente desarrollados en la doctrina comparada –, discurriendo que:

[E]sta variante de abuso de posición monopólica... presenta evidentes dificultades probatorias... *el primer escollo es precisar costos de compleja cuantificación, como son aquellos que se generan para prestar un servicio de escolta de carga sobredimensionada, para luego estimar la “utilidad razonable” en el mercado relevante en que incide y de esta manera quede el tribunal en*

³³ *Id.*, C. 31°.

³⁴ *Id.*, C. 34°.

³⁵ Corte Suprema, *FNE contra Empresa Eléctrica Atacama S.A.*, Rol 1022-2010, 18 de agosto de 2010, C. 3°.

condiciones de descartar un precio abusivo, o por el contrario determinar el exceso³⁶.

30. Como puede apreciarse, respecto de un único cobro – como ocurría en el caso *Emelat* – de un servicio prestado por una empresa monopólica, la Corte Suprema evidencia que, además de los costos que deben ser identificados – “*de compleja cuantificación*” – se debe agregar un margen de rentabilidad *razonable*, lo que pone de manifiesto que el *test* de la Corte Suprema a este respecto es que el precio no excesivo sería aquel que considera los costos reales más una tasa de costo de capital razonable.

31. Aún más, expone el fallo en comentario que respecto de una acusación de “precios excesivos” lo que corresponde proporcionar al tribunal son medios de prueba que permitan al órgano jurisdiccional, en el caso de acoger la acusación, *determinar el exceso*, toda vez que el precio efectivo debe haber excedido largamente sus costos³⁷. En otras palabras, el ejercicio que se debe efectuar, respecto de este tipo infraccional, es cotejar el precio imputado de excesivo con un precio *justo*, que es carga probatoria del demandante:

[H]a correspondido a la Fiscalía Nacional Económica probar por qué el cobro efectuado por EMELAT a la empresa Transportes Javier Cortés ha sido excesivo. Para tal objeto *debió proponer algún parámetro de comparación para determinar la concurrencia de ese exceso, vale decir, acreditar la cuantía de los costos que le acarrea a la empresa eléctrica el proporcionar el servicio de escolta que le fuera requerido en el mes de febrero del año 2007...*

[A] este respecto se aprecia que la Fiscalía Nacional Económica se sirve de un error en la descripción de los conceptos de cobro contenidos en la factura emitida a la empresa transportista para cimentar una ausencia de justificación del precio que pagó dicho transportista, en vez de acreditar adecuadamente su alegación de que se trató de un cobro no justificado en costos. Efectivamente, en las argumentaciones y antecedentes allegados por la denunciante *no se indicó ni tampoco resulta posible colegir el precio que correspondía fijar sin la interferencia del abuso monopólico que se alegó*³⁸.

32. Cabe agregar además que, en el C. 31° de la *Sentencia Emelat*, el TDLC estableció cuál es el baremo que debe utilizarse para determinar si el precio es excesivo o no:

[E]s función de este Tribunal, al sancionar las prácticas restrictivas de la libre competencia, intentar mantener las condiciones mediante las cuales el libre

³⁶ *Id.*, C. 4°.

³⁷ *Id.*, C. 3°.

³⁸ Corte Suprema, n. 35, C. 5° y 6°.

mercado obligue a las empresas con poder de mercado a restringir los precios, de tal manera de que cobren un precio lo más cercano posible al competitivo, e inducir a la producción óptima³⁹.

33. El TDLC, en otras de sus sentencias sobre la materia, y en conformidad al Derecho Europeo antes presentado, ha aclarado que los costos no determinan ni resuelven la cuestión:

Que, atendido lo anterior, este Tribunal concluye que la estructura de tarifas no tiene fundamento en costos. Sin embargo, no por ello esa estructura es necesariamente contraria a la libre competencia, por cuanto puede tener otra justificación económica, para lo cual se analizarán a continuación los efectos económicos de la misma, desde el punto de vista de la eficiencia...⁴⁰.

34. En síntesis, corresponde al demandante o al requirente, en casos de acusaciones de *precios excesivos*, probar que el cobro efectivo no es equivalente con la contraprestación de los costos, riesgos y obligaciones en que incurre el demandado⁴¹, todo ello teniendo en consideración los posibles efectos adversos sobre el bienestar y los consumidores, lo que exige realizar un análisis económico más completo y complejo que el solo estudio de costos.

ii. *Discriminación de precios en la jurisprudencia nacional*

35. En materia de precios, la discriminación monopólica consiste en el cobro de precios diferentes a los consumidores, lo que no tiene explicación en los distintos costos marginales de ofrecer el producto⁴². Richard Posner señala que la discriminación es una manera de describir la práctica de vender el mismo producto, a diferentes compradores, a distintos precios, aun cuando el costo de venta es el mismo para ambos⁴³.

36. De este modo, para descubrir la práctica de una conducta discriminatoria se deben conocer, como punto de partida, los costos de producción, porque las diferencias de precios son solamente una condición necesaria, pero insuficiente para verificar la discriminación⁴⁴.

³⁹ TDLC, *Emelat*, n. 26.

⁴⁰ TDLC, *FNE contra Cámara de Comercio de Santiago*, sentencia 56/2007, Rol C 65-05, C. 40.

⁴¹ Corte Suprema, n. 35, C. 8°.

⁴² Ricardo Paredes, "Jurisprudencia de las Comisiones Antimonopolios en Chile", 58 *Estudios Públicos* 244 (1995).

⁴³ Richard Posner, *Antitrust Law. An Economic Perspective* (The University of Chicago Press, Chicago, 1976), p. 62.

⁴⁴ James Bonbright, Albert Danielsen y David Kamerschen, *Principles of Public Utility Rates* (2ª ed., Public Utility Rates, Inc., 1988), p. 520.

37. Respecto a los criterios que exige la jurisprudencia nacional, los pronunciamientos antiguos de la Comisión Resolutiva exigían objetividad e impersonalidad en los cobros, sin tomar en consideración aspectos de eficiencia y bienestar de los consumidores:

... las diferencias de precios sólo deben emanar de antecedentes objetivos e impersonales derivados de la venta misma, aplicables de una manera general a todos los compradores, como serían, por ejemplo, las diferencias de volúmenes o de modalidades de pago. Toda otra discriminación, resulta ilegítima y, por lo tanto, conduce al establecimiento de precios individuales y a franca discriminación⁴⁵.

38. Con un criterio más moderno y orientado a la eficiencia, el TDLC ha razonado que efectuar diferencias de precios no es *a priori* un ilícito al DL 211. Esto por cuanto “la diferenciación de precios *per se* no es anticompetitiva, y que incluso podría ser necesaria para el funcionamiento eficiente de un mercado”⁴⁶. Ahora bien, posibles discriminaciones de precios, incluso justificables por costos, pueden llevar a aumentar la posición dominante de un operador y reducir la competencia en un mercado⁴⁷, como se ha expuesto para el mercado de las telecomunicaciones.

39. Con motivo de la libertad tarifaria resuelta en enero de 2009 (Informe N° 2/2009), el TDLC expresó su rechazo a la discriminación de tarifas entre usuarios de una misma categoría, no sólo por la infracción a normas de la Ley General de Telecomunicaciones, sino también porque las empresas con poder de mercado no pueden discriminar injustificadamente en sus precios a los usuarios, pues de hacerlo se estarían apropiando en forma ilegítima de una

⁴⁵ D. N° 786/1991, CPC, D. 484/1985, CPC, y Resolución 250, Comisión Resolutiva. La Resolución 171° de la Comisión Resolutiva, C. 16°.

⁴⁶ TDLC, *Avocación en recurso de reclamación de Transbank S.A. en contra del Dictamen N° 1270 de la CPC y requerimiento del Sr. Fiscal Nacional Económico*, sentencia 29/2005, Rol C 16-04, 12 de septiembre de 2005, C. 46°.

⁴⁷ Así, la Resolución N° 2/2005, TDLC, en su ¶ 5.3, señala que: “Estas dos condiciones, la diferencia entre el cargo de acceso y los costos de terminar una llamada en la misma red, más la mayor base de clientes, podrían incentivar a las empresas de mayor tamaño – incluida la resultante de la operación consultada– a discriminar entre el precio de las llamadas on net y las llamadas off net. Así, esta discriminación de precios, aún cuando puede ser justificable en términos de costos, llevaría a la empresa a incrementar su posición dominante, perjudicando a las más pequeñas y reduciendo la competencia en el mercado de la telefonía móvil”.

parte del excedente del consumidor con infracción a las normas sobre protección a competencia⁴⁸.

40. Un criterio usado por el TDLC para determinar si ha habido un cobro discriminatorio es aquel seguido en la *Sentencia Sanitarias*, respecto de los precios cobrados por una de las requeridas de un servicio que se financia mediante una tarifa regulada:

[P]ara determinar si ANSM efectuó cobros arbitrariamente discriminatorios a Constructora Independencia, se calculará, para cada uno de los contratos objeto de la demanda, el exceso pagado por Constructora Independencia respecto de los costos no cubiertos por tarifas a público; esto es, la diferencia entre (a) lo efectivamente pagado por la demandante; y, (b) la suma de (i) el valor presente del costo por “Diferencia Tarifaria”, más (ii) el componente relevante de los costos por “Servicios de Ingeniería”, todos los cuales no serían cubiertos por las tarifas a consumidor final, como se explicó precedentemente. En síntesis, *si en un proyecto determinado el cobro que ANSM efectuó a Constructora Independencia es superior a los costos no cubiertos por las tarifas a usuarios, entonces la diferencia entre éstos no tiene otra justificación que el abuso de su posición dominante*⁴⁹.

41. Para que haya discriminación de precios, además, debe haber una diferencia entre dos bienes o servicios, directamente comparables entre sí. Como sostuvo el TDLC en la *Sentencia Emelat*:

[E]n consecuencia, no siendo directamente comparables los servicios prestados en cada uno de los casos señalados, y dado que por sus diferentes características ellos implicaban costos esperados distintos para la empresa eléctrica, no es posible establecer si efectivamente existió o no una discriminación arbitraria en el precio cobrado por EMELAT a Transportes Cortés, respecto del precio que cobró previamente dicha empresa por el servicio de escolta⁵⁰.

42. Finalmente, la FNE ha informado al TDLC, respecto de la discriminación de precios que ella

... constituye un abuso cuando conlleva unos precios excesivos para determinados consumidores, o es implementada con el objetivo de reducir o

⁴⁸ TDLC, Informe N° 2/2009, ¶ 153. En similar sentido, el ¶ 145 señala que “[e]ste Tribunal estima que, bajo este nuevo régimen de libertad tarifaria, serían particularmente reprochables los actos contrarios a la libre competencia que puedan producirse en este mercado, sea mediante precios abusivos o discriminatorios, o mediante conductas que busquen excluir a otros competidores o limitar la intensidad del proceso competitivo”.

⁴⁹ TDLC, *Sentencia Sanitarias*, C. 127°.

⁵⁰ TDLC, *Sentencia Emelat*, C. 38°.

eliminar la competencia en detrimento de los competidores y consumidores...

De no estar reguladas las empresas dominantes, igualmente no deberían discriminar anticompetitivamente, pues, de lo contrario, incurrirían en una conducta contraria al Derecho de la Competencia. Sin embargo, es previsible que, en ausencia de norma legal, las empresas dominantes ejerzan poder de mercado, mediante la discriminación de precios, en aquellas áreas donde no enfrentan competencia⁵¹.

43. Como puede apreciarse, si bien la jurisprudencia contiene elementos históricos extra-eficiencia, últimamente el TDLC ha señalado que no rechaza *per se* la discriminación de precios, sino sólo en ciertos casos, típicamente cuando ella persigue extraer ilegítimamente la renta de los consumidores en mercados en que las empresas no enfrentan competencia o cuando constituye un abuso exclusorio. Asimismo, la jurisprudencia ha reiterado que sí se pueden establecer diferencias de precios que emanen de antecedentes objetivos e impersonales derivados de la venta misma, aplicables de una manera general a todos los compradores.

c. La sentencia 76/2008 del TDLC

44. El TDLC se pronunció parcialmente en contra de EFE en su sentencia 76/2008, pues, por una parte, condenó a la empresa por realizar cobros discriminatorios pero, al mismo tiempo, la absolvió de realizar cobros abusivos.

45. Para llegar a estas conclusiones, el Tribunal partió por señalar que EFE explota comercialmente la faja vía de su propiedad, cobrando derechos a cambio del atravesado aéreo o subterráneo de la vía férrea (C. 20°).

46. El TDLC se abocó enseguida a la determinación del mercado relevante. Aunque resulta discutible que el concepto de mercado relevante sea aplicable en este caso –la situación es más bien la de *monopolio bilateral*–, el Tribunal estableció que:

⁵¹ *Fiscalía Nacional Económica*, Informe “Solicitud de informe sobre régimen tarifario de servicios públicos de telefonía fija” Rol NC N° 246-2008, 27 de junio de 2008, ¶¶ 242 y 244, disponible en [http://mailweb.fne.gob.cl/db/jurispru.nsf/60e31f9065c2d5a38425733e005df9fa/A98697D39195635F842574790051C16E/\\$FILE/Régimen%20Tarifario.pdf](http://mailweb.fne.gob.cl/db/jurispru.nsf/60e31f9065c2d5a38425733e005df9fa/A98697D39195635F842574790051C16E/$FILE/Régimen%20Tarifario.pdf) (última visita, 29 de noviembre de 2010).

[E]l 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 misma⁵².

47. Dado que el derecho de propiedad es por definición exclusivo y excluyente, el TDLC concluye tautológicamente que “EFE es el único oferente de atraviesos de la vía férrea de su propiedad”⁵³, por lo cual “EFE tiene una clara posición dominante en dicho mercado”⁵⁴ (el Tribunal no nota, eso sí, que el comprador también es único en la generalidad de los casos, lo que da cuenta de un monopolio bilateral). Lo anterior se colige del hecho que:

[N]o 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 necesidades⁵⁵.

48. En cuanto a la aplicabilidad de la doctrina de las instalaciones esenciales, el TDLC dispuso que la misma es improcedente, porque “EFE y GTD [el usuario] no son competidores actuales o potenciales, de manera que la demanda carece de incentivos anticompetitivos para negar el acceso o la venta a GTD”⁵⁶. La doctrina de las instalaciones esenciales queda así reservada para:

... 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 infraestructura⁵⁷.

49. Consecuentemente, el TDLC reconoció que la única posible vulneración a la libre competencia estaría dada por exigir EFE “una contraprestación abusiva [a terceros]”⁵⁸. Para el TDLC el abuso estaría dado,

⁵² TDLC, *Sentencia EFE*, C. 23°.

⁵³ *Id.*, C. 24°.

⁵⁴ *Id.*

⁵⁵ *Id.*

⁵⁶ *Id.*, C. 31°.

⁵⁷ *Id.*

⁵⁸ *Id.*, C. 33°.

esencialmente, por el hecho que la tarifa cobrada por EFE no sería discutible por los usuarios ni revisable ante ningún tercero imparcial:

[Q]ue 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 atraviesos⁵⁹.

50. También resulta esencial a este abuso el hecho que los cobros “no tienen fundamento en costos y se basan, en cambio, en factores de demanda o de disposición a pagar”⁶⁰, especialmente por cuanto EFE diferencia “por tipo de clientes”⁶¹, realizando “cobros arbitrarios”⁶² y “discriminatorio[s] entre empresas de distintos rubros o que requieren atraviesos 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”⁶³. Concretamente, el TDLC concluye que:

[Los] cobros [por atraviesos] son arbitrariamente discriminatorios, al no existir justificación económica razonable para las diferencias entre las tarifas de los distintos tipos de atraveso [sic] que define el Reglamento.

51. Ahora bien, el TDLC afirmó claramente dos puntos que son relevantes para los efectos de la determinación de legalidad de los cobros por derecho de atraveso en el PRA. Por una parte, como ya indicamos, el Tribunal absolvió a EFE de la acusación de cobros excesivos. Esto por cuando no resultó posible “determinar si las tarifas son o no excesivas en cuanto a su magnitud”⁶⁴.

52. En segundo lugar, dado que el poder de abuso de EFE está radicalmente limitado por la facultad de los servicios públicos de obtener servidumbres legales, el TDLC expresamente reconoció que el derecho de atraveso no ameritaba ser objeto de regulación de precios:

⁵⁹ *Id.*, C. 36°.

⁶⁰ *Id.*, C. 49°.

⁶¹ *Id.*, C. 50°.

⁶² *Id.*

⁶³ *Id.*, C. 51°.

⁶⁴ *Id.*, C. 56°.

[E]ste 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 futuro⁶⁵.

d. Conclusiones sobre el contenido de la sentencia 76/2008 a la luz del Derecho de la Competencia

53. Luego de resumir el contenido de la sentencia 76/2008, resulta esencial extraer las principales directrices normativas que emanan de la misma. La labor fiscalizadora de la FNE respecto al PRA debe necesariamente focalizarse y restringirse a dichas directrices normativas, no transformando la revisión en cuestión en un nuevo proceso contra EFE que exceda los términos de lo ya discutido y fallado en la mencionada sentencia.

54. Lo primero que debe destacarse es que la sentencia 76/2008 se refiere a precios discriminatorios de línea secundaria y no a precios abusivos. El caso de precios abusivos fue rechazado por el TDLC, reduciéndose el reproche de ilegalidad a los cobros arbitrarios y discriminatorios realizados por EFE. La FNE no debe entonces convertir el control del PRA en un proceso de control de precios no-excesivos.

55. Enseguida, en lo que respecta al proceso de discriminación de precios de línea secundaria, el caso contra EFE es uno excepcional. Siendo un caso de discriminación de línea secundaria, la teoría económica anteriormente y el propio TDLC reconocen que no hay incentivos para llevar a cabo una conducta anticompetitiva. El Tribunal se refirió a este punto en el C. 31° ya citado⁶⁶ y también en el C. 32° de la sentencia 76/2008:

[EFE] no tiene incentivos para ello [negar el acceso o venta de atraviesos], al menos, mientras perciba una remuneración que compense la totalidad de los costos que enfrenta producto de éstos⁶⁷.

56. El problema anticompetitivo sólo podría surgir entonces en caso que EFE pusiera en desventaja a uno de dos clientes que compitan entre sí. En ausencia de un claro efecto contrario al bienestar total y del consumidor — que es difícil de determinar en un caso de monopolio bilateral dado por un activo específico (la faja vía), donde el consumidor final está protegido por la

⁶⁵ TDLC, *Sentencia EFE*, C. 63°.

⁶⁶ *Vid.* n. 56.

⁶⁷ *Id.*, C. 32°.

competencia en el mercado aguas abajo⁶⁸—, la fijación de precios diferenciados a clientes que no compiten entre sí no debe ser considerado una infracción a la competencia. Incluso así, como explica Hovenkamp, tratándose de un problema de restricciones intra-marca es muy difícil que pueda surgir alguna forma de daño anticompetitivo.

57. Si pudiese haber algún problema anticompetitivo, este se aminora o incluso elimina mediante la creación de un mecanismo de solución de controversias administrado por terceros imparciales. La existencia de un mecanismo pericial elimina de plano el posible poder de abuso de EFE consistente en la imposición —y no mera proposición u oferta— de cobros por concepto de derecho de paso⁶⁹. Por lo demás, en este sentido se pronunció expresamente el TDLC al señalar que el poder de EFE desaparecía en el caso de los servicios públicos que pueden obtener servidumbres forzosas:

[L]a posible ventaja competitiva de EFE, por ser propietaria de un insumo indispensable para GTD, como es el servicio de atraviesos por su faja vía, que es prácticamente continua, desaparece para los servicios públicos, debido a que la ley establece y regula servidumbres forzosas [sic]⁷⁰.

58. En el mismo sentido se había pronunciado anteriormente la Comisión Resolutiva:

Que esta Comisión concuerda con la denunciada en cuanto a que los derechos de servidumbres que tiene que soportar EFE en favor de las empresas que prestan servicios públicos de electricidad y de telecomunicaciones se encuentran regulados específicamente en el D.F.L. N° 1, de 1982, del Ministerio de Minería y la ley N° 18.168, respectivamente⁷¹.

59. Finalmente, de la doctrina y jurisprudencia comparada antes reseñada se sigue que los órganos de defensa de la competencia deben evitar usar las figuras de la discriminación de precios y precios abusivos para transformarse en reguladores de precios. Ni la FNE ni el TDLC son reguladores ferroviarios, y ninguno de ambos organismos está encargado de velar por la justicia

⁶⁸ En general, los casos de monopolios bilaterales son ambiguos desde el punto de vista de su equilibrio y su eficiencia. *Vid.* John Lipczynski et al, *Industrial Organization. Competition, Strategy, Policy* (2nd ed., Prentice Hall, 2005), p. 560 (“[T]here is no determinate solution to the bilateral monopoly case”).

⁶⁹ *Vid.* n. 59.

⁷⁰ *Id.*, C. 62°.

⁷¹ Comisión Resolutiva, *Asociación de Empresas de Servicio Público A.G. contra Empresa de Ferrocarriles del Estado (EFE)*, Resolución N° 465 de 16 de mayo de 1996, C. 9°.

correctiva o conmutativa de las relaciones jurídicas entre privados, sino del bienestar general y/o de los consumidores.

60. En el mismo orden de ideas, el análisis de costos no agota el debate en los casos de precios excesivos o discriminatorios, sino que simplemente constituye una primera parte de un análisis que debe ser más complejo e incluir elementos no vinculados a precios, incluyendo consideraciones relativas a la demanda. Los abusos explotativos no constituyen una excusa para imponer regulación *cost-plus* a las firmas no sometidas a dicha regulación por decisión del poder político. Esto con mayor razón cuando el propio TDLC se pronunció en este caso señalando que era innecesario imponer tal forma de regulación a EFE⁷².

II. La controversia actual entre EFE y la FNE: el cobro por “derecho de paso” en el “Reglamento de atravesos” de EFE y las objeciones de la FNE

61. A efectos de dar cumplimiento a lo ordenado por la sentencia 76/2008, EFE decidió contratar a un economista experto en materia de fijación tarifaria. Para estos efectos, encargó a Fernando Fuentes Hernández, profesor e investigador de la Facultad de Economía de la Universidad Alberto Hurtado con amplia experiencia en temas tarifarios, la preparación de un Reglamento de Atravesos en la Línea Férrea.

62. El informe elaborado por Fuentes Hernández llegó a una conclusión sencilla: el derecho de paso no se vincula directamente a ningún costo que la empresa deba incurrir, sino que es consecuencia jurídica del derecho de dominio que EFE detenta sobre la franja⁷³. De ahí que no exista ninguna metodología económica “marginalista/incrementalista” para su determinación. Consecuentemente, siguiendo el modelo de las distintas leyes

⁷² Vid. n. 65.

⁷³ En el mismo sentido se pronunció el perito nombrado en la causa Rol C 100-2006, Óscar Cabello A., *Informe Pericial para el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia con relación a los Autos Caratulados “GTD Teleductos con Empresa de los Ferrocarriles del Estado”*, 20 de octubre de 2007, p. 13: “Pero además de los costos reales, está el costo del terreno o de las instalaciones preexistentes (postes, obras de arte) que se destinan al servicio de atravesos, paralelismos y apoyos. No obstante que se trata de costos hundidos para EFE, ciertamente los correspondientes activos de EFE son utilizados por los usuarios de estos servicios para desarrollar sus actividades, y en consecuencia deben ser remunerados (no se trata de costos reales, sino que prácticamente del aprovechamiento de externalidades económicas)”.

existentes en nuestro país, Fuentes Hernández propuso determinar el derecho de paso por acuerdo de las partes o, en subsidio, por un sistema de peritos:

[E]l derecho anual por establecer atravesos a la línea de EFE, se basa en disposiciones de carácter constitucional y legal. Por otro lado, no parece razonable establecer una tarifa única, por cuanto el mencionado derecho de orden constitucional está por sobre la definición de costos específicos que se puedan establecer. Más aún, respecto a los derechos de paso normalmente tratados en la forma de servidumbres, no existe, ni siquiera en las leyes particulares que regulan la provisión de servicios básicos, una referencia a valores específicos, remitiendo su determinación ya sea al libre acuerdo de las partes, a comisión ad-hoc establecidas para estos efectos, o a los tribunales de justicia. Por tanto, el derecho anual de atravesos seguirá el procedimiento descrito en el mencionado capítulo, en que el demandante tendrá la opción de acordar un valor con la empresa, o de recurrir a un perito de una lista predeterminada por EFE⁷⁴.

63. Esta solución económica resultó ser insatisfactoria desde el punto de vista de la administrabilidad de la regla propuesta para la determinación inicial del derecho de paso, pues no generaba una tarifa *ex ante*. Para avanzar más en la generación de una propuesta al cliente que no dependiera del arbitrio o capricho de la empresa, EFE decidió contactar a una firma de ingenieros civiles a fin de que propusiera un polinomio transparente, objetivo y no-discrecional que permitiera conocer *ex ante* el valor del derecho de paso. Para tales efectos, contrató a la firma Cruz y Dávila Ingenieros Consultores (CyD), la cual elaboró un informe en el mes de noviembre de 2009.

64. CyD realizó su informe sobre la base que “EFE es propietario de la faja vía, [y] en su calidad de tal asiste el derecho de percibir una compensación monetaria a modo de indemnización”⁷⁵. CyD señaló enseguida que, “considerando que el valor del Derecho de Paso está relacionado con la infraestructura asociada al Atraveso, tanto por parte de EFE como de la obra a construir”, entonces las variables a considerar en el polinomio debían ser las siguientes:

- Valor del terreno sobre el cual se emplaza el Atraveso
- Características físicas del Atraveso proyecto, en cuanto a:
 - Materialidad constructiva,
 - Dimensiones,

⁷⁴ Fernando Fuentes Hernández, *Reglamento de Atravesos en la Línea Férrea* (7 de abril de 2009), pp. 41-42.

⁷⁵ Cruz y Dávila Ingenieros Consultores, *Informe Asesoría EFE. Asesoría para Determinación de Valor Monetario de Derecho de Paso y Confección de Listado de Peritos* (Noviembre de 2009), p. 6.

- Sección,
 - Profundidad o altura,
 - Costo de las obras de construcción (Presupuesto),
 - Productos que harán uso del atravesado y características de los mismos,
 - Riesgos asociados a dichos productos ante una eventual interferencia en el funcionamiento del servicio ferroviario.
- Costo de Reposición de la infraestructura ferroviaria en la zona afectada por el Atravesado⁷⁶.

65. Ahora bien, conscientes de la complejidad del problema, CyD optó expresamente, por instrucciones de EFE, por una fórmula simple y fácil de administrar. Así lo indica en su informe:

[D]e acuerdo a lo solicitado por el mandante, se debe poner énfasis en que el sistema a utilizar para determinar el Valor del Derecho de Paso, sea de la forma más simple, clara y objetiva posible. Por tal motivo, se ha efectuado una selección de aquellas variables que a nuestro juicio concentran las mayores incidencias sobre las que se deberán establecer las bases para desarrollar la tarificación en estudio. Las variables seleccionadas corresponden al Valor del terreno, Infraestructura ferroviaria, Costo de construcción de obras del Atravesado y Riesgos asociados. Las variables no consideradas se estima que están implícitamente incluidas en el Presupuesto (Materialidad constructiva, Dimensiones, Sección, Profundidad o altura), o cubiertas por el factor de Riesgo asociado (tipos de productos)⁷⁷.

66. Conforme a este plan, CyD generó dos polinomios simples y de fácil aplicación, uno para las obras de atravesados generales, y otro para atravesados viales (sujeto a un factor de reducción de 0,35):

$$DPA = [VT * a + CRF * b + POC * c] * FR$$

$$DPA = \{[VT * a + CRF * b + POC * c] * FR\} * 0,35$$

VT corresponde al valor del terreno, y resulta de multiplicar el valor metro cuadrado del terreno establecido en la tabla 1 según localidad, por el área de influencia que se define en las tablas 2 a 4. CRF es el Costo de Reposición de infraestructura vía férrea, y corresponde al valor de reposición de la infraestructura previsto en la tabla 5 (que distingue entre vía electrificada y vía no electrificada) multiplicado por metros lineales de vía férrea afectada y por número de vías. El presupuesto de obras de construcción POC resulta de multiplicar dicho presupuesto (sin IVA) por 1%. Los factores de incidencia

⁷⁶ *Id.*

⁷⁷ *Id.*, p. 7.

“a”, “b” y “c” suman siempre 1, y son distintos tratándose de atravesos aéreos y subterráneos (“a” toma los valores de 0,12 ó 0,18, dependiente del tipo de atraveso, “b” de 0,13 ó 0,24 y “c” de 0.75 ó 0,58). Finalmente, FR corresponde al factor de riesgo, que es normalizado en 1 para productos de “menor riesgo” (líquidos no inflamables, tendidos eléctricos de baja tensión, tendido de comunicación, paso distinto nivel, correas transportadores, materiales inertes) y amplificado a 1,5 (50%) tratándose de productos de “mayor riesgo” (líquidos y gases inflamables, tendido eléctrico de media y alta tensión, líquidos tóxicos y venenosos, gases y explosivos, agua potable).

67. EFE consideró cumplidas sus expectativas con la combinación de los informes del economista Fuentes Hernández y de CyD, dando con ellos lugar a su Proyecto de Reglamento de Atravesos. En lo que respecta al cobro por concepto de Derecho de Paso, el PRA recoge a cabalidad la propuesta técnica de los citados ingenieros.

68. No obstante el esfuerzo desplegado por EFE para cumplir con lo establecido por el TDLC en su sentencia 76/2008, la FNE consideró en Ordinario 1616 de 2 de noviembre de 2010, que los polinomios citados no estarían conformes con las normas de protección de la libre competencia.

69. En primer término, la FNE objetó el uso de CRF y POC por no estar los mismos totalmente basados en criterios objetivos y no discriminatorios, esto por cuanto no estarían relacionados con costos incrementales para EFE:

1. En opinión de esta Fiscalía, el nuevo sistema de determinación de la tarifa por Derecho Anual de Atraveso propuesto por EFE no cumple con establecer un criterio de cobro que se justifique totalmente sobre la base de criterios objetivos y no discriminatorios... [L]os componentes “Costo de Reposición de la Vía Férrea” o “CRF” y “Presupuesto de Obras de Construcción” o “POC”, no se encuentran justificados, toda vez que no se relacionan ni directa ni indirectamente con costos adicionales para EFE, de manera tal que debieran ser removidos del nuevo reglamento.

70. Enseguida, la FNE se opone al uso de CRF, por implicar un cobro doble o ya considerado, y por cuanto el valor de la infraestructura ferroviaria no se vería afectado por el atraveso a ser autorizado:

2. Por un lado, la fórmula propuesta por EFE ya considera para el solicitante, el costo de oportunidad del terreno afectado por el atraveso, por lo que no se justifica su inclusión del ítem CRF, toda vez que se estaría cobrando dos veces por el mismo concepto. Además, el valor de la infraestructura ferroviaria no se ve disminuido o gravado por la

existencia de un atravesio, toda vez que no afecta el normal funcionamiento de la empresa.

71. Por su parte, el factor POC tampoco es aceptado por la FNE, por estar vinculado a la capacidad de pago de usuario y no a los costos de EFE:

3. Respecto del cobro de POC, esta Fiscalía estima que el mismo no tiene justificación en costos, y más bien se relaciona directamente con la disposición a pagar del ejecutor de cada atravesio, por lo que puede ser considerado como un cobro netamente discriminatorio, solamente destinado a extraer parte del excedente de cada cliente, contrariando de este modo lo establecido por el TDCL [sic] en su sentencia 76/2008.

72. La FNE se opone también al uso de los factores “a”, “b”, “c”, por no haber sido especificada la forma de su determinación. Del mismo modo, el factor FR y su aumento en un 50% a productos de mayor riesgo no estaría justificado por cuanto tales productos ya implicarían el mayor uso de franja férrea:

Asimismo, tampoco se especifica la forma en que fueron determinados los factores de incidencia “a”, “b” y “c”, y el factor de riesgo “FR”, equivalente a un 50% de recargo adicional al precio que se cobra a los atravesios considerados como riesgoso. A juicio de este Servicio, la inclusión de este factor de riesgo no se encuentra justificada, toda vez que el mayor riesgo de los atravesios, solo se refleja en la necesidad de establecer mayores áreas o franjas de seguridad, lo cual a su vez se traducirá en mayores pagos a EFE por el concepto de “Valor del Terreno”.

73. Por último, la FNE objeta en general el componente conceptual “riesgo” en la determinación del derecho de paso, por cuanto sería posible pactar contractualmente el pago de las indemnizaciones entre las partes:

... Finalmente, en caso de accidentes o daños a la infraestructura de EFE, siempre existirá la posibilidad, como en toda relación contractual, de establecer acciones de responsabilidad que resarza a EFE del daño ocasionado.

74. En nuestro concepto, las objeciones de FNE no son apropiadas y a continuación lo demostraremos. Adelantamos desde ya que la FNE no se refiere en ninguna oportunidad a la única situación que preocupa a la defensa de la competencia y los consumidores: la discriminación de línea secundaria, esto es, el cobro de precios diferenciados que produce un daño anticompetitivo a empresas competidoras entre sí.

IV. El Derecho de Paso de EFE ante el Derecho de la Competencia

a. El Derecho de Paso y sus tres componentes lícitos: valor de la propiedad, daños y riesgos, y utilidad

75. EFE es una empresa pública del Estado regida por una Ley Orgánica, hoy contenida en el DFL N° 1 de 1993 del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones (LOEFE). EFE es una empresa pública que, en principio, según lo dispone el artículo 19 N° 21 de la Constitución Política de la República, se rige por las normas del derecho común. Conforme a lo anterior, en sus relaciones con los privados, EFE se rige por el derecho común.

76. Como empresa, EFE tiene el deber para el Estado y para con todos los ciudadanos de Chile, de maximizar su patrimonio. Como dueño de los activos que conforman su patrimonio, EFE puede usar, gozar y disponer de ellos “arbitrariamente, no siendo contra la ley o contra derecho ajeno” en los términos previstos por el artículo 582 del Código Civil.

77. Así lo reconocen implícitamente los artículos 2 y 28 de la LOEFE:

Artículo 2º: La Empresa de los Ferrocarriles del Estado tendrá por objeto establecer, desarrollar, impulsar, mantener y explotar servicios de transporte de pasajeros y carga a realizarse por medio de vías férreas o sistemas similares y servicios de transporte complementarios, cualquiera sea su modo, incluyendo todas las actividades conexas necesarias para el debido cumplimiento de esta finalidad. Asimismo, podrá explotar comercialmente los bienes de que es dueña. ... Los actos y contratos que realice la Empresa en el desarrollo de su giro se regirán exclusivamente por las normas de derecho privado, en todo aquello que no sea contrario a las normas del presente decreto con fuerza de ley.

Artículo 28º: Formarán parte del patrimonio de la Empresa de los Ferrocarriles del Estado:

- a) Las vías férreas que, por disposición del Gobierno, se hayan incorporado o se incorporen a ella, todo con sus dependencias y anexos;
- b) Los terrenos ocupados por las vías férreas y por sus dependencias y anexos;
- c) Los edificios, instalaciones, obras de arte y demás construcciones que, por disposición del Gobierno, se destinen permanentemente al servicio de la Empresa; ...
- f) Las entradas provenientes de la explotación de sus bienes; ...

78. Es importante destacar que el TDLC, en su sentencia 76/2008, no desconoció el derecho que le asiste a EFE para cobrar por el derecho de paso dada su calidad jurídica de propietaria:

[P]revio 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*⁷⁸.

79. Anteriormente, la Contraloría General de la República ya se había pronunciado en igual sentido:

[L]a Empresa de Ferrocarriles del Estado, conforme al artículo 1° del DFL N° 1, de 1993, del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado de su Ley Orgánica, está constituida como persona jurídica de derecho público, posee la naturaleza de empresa autónoma del Estado y está dotada de patrimonio propio, el cual está constituido, entre otros, por los terrenos ocupados por las vías férreas y por sus dependencias y anexos, y por todos los bienes muebles e inmuebles que adquiera a cualquier título (letras b) e i) del artículo 28, de dicho DFL.).

Asimismo, por mandato del inciso final del artículo 2° del referido DFL., en armonía con el inciso segundo del N° 21 del artículo 19 de la Constitución Política, se rige “exclusivamente por las normas del derecho privado, en todo aquello que no sea contrario a las normas” de su ley orgánica.

Ahora bien, el artículo 2° del mismo DFL, al determinar el objetivo de la empresa, señala que “Asimismo podrá explotar comercialmente los bienes de que es dueña”⁷⁹.

80. Ahora bien, un empresa propietaria de un determinado bien, por regla general, tiene derecho a cobrar una tarifa por el uso parcial de su propiedad que incluya al menos los siguientes tres conceptos: uso de la propiedad, daños a la propiedad restante (incluyendo daños potenciales o riesgos), y utilidad. Si bien no hay aquí un concepto de costos marginales o incrementales, EFE, como cualquiera otra empresa propietaria sujeta al derecho común, tiene el derecho garantizado constitucionalmente en su calidad de dueño de la faja vía a cobrar una tarifa que se fundamente en estos tres conceptos jurídico-económicos.

81. Ninguna duda puede caber en torno al concepto de uso de la propiedad. Por lo demás, esto ya fue reconocido por el TDLC:

⁷⁸ TDLC, *Sentencia EFE*, C. 13° (énfasis destacado).

⁷⁹ CGR, D. 38.161 de 2005.

EFE tiene *derecho a cobrar por el uso que los terceros realizan de la faja vía*⁸⁰.

[EFE] no tiene incentivos para ello [negar el acceso o venta de atraviesos], 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*⁸¹.

82. La CGR también se pronunció en dicho sentido:

Ocupación del subsuelo: En relación a este punto, resulta evidente que el SERVIU se encuentra en la necesidad de convenir con la Empresa una *compensación monetaria en razón de la limitación del derecho de dominio que representará para éste la utilización del subsuelo* y la ejecución de la obra y su posterior uso, sea que ello se concrete a través de la constitución de una servidumbre o de otra forma de relación jurídica⁸².

83. Cabe notar que el concepto de “uso de la propiedad” incluye no sólo la superficie medida en metros cuadrados de terreno, sino también el espacio — esto es, volumen aéreo o subterráneo— utilizado por el beneficiario del acceso, así como también la intensidad del uso en relación al espacio utilizado. Por lo demás, el TDLC ya reconoció que “espacio” y “superficie utilizada” constituyen factores apropiados a considerar en el polinomio de cobro⁸³.

84. A este respecto, cabe señalar que el uso del factor POC tiene que ver, en parte, con los factores *espacio utilizado* e *intensidad de uso*. Según vimos, dada la complejidad de determinar y utilizar en la fórmula aspectos como dimensiones, sección, profundidad o altura, CyD optó deliberadamente en su informe por usar en forma simplificada la variable Presupuesto de Obras, pues ella está correlacionada con espacio utilizado e intensidad de uso⁸⁴. Dicha simplificación, en la medida que no establezca discriminaciones entre firmas que compiten entre sí —lo que no consta en este proceso— no es objetable desde el punto de vista de la libre competencia.

⁸⁰ TDLC, *Sentencia EFE*, C. 13°.

⁸¹ *Id.*, C. 32°.

⁸² CGR, D. 38.161 de 2005.

⁸³ *Id.*, C. 48°.

⁸⁴ *Vid.* n. 77.

85. Cabe mencionar además que, desde un punto de justicia, la consideración del factor POC no puede ser considerada arbitraria o discriminatoria. El propio Andrés Bello, en una de las pocas disposiciones relativas a servidumbres forzosas que contempla el Código Civil, decidió usarlo como variable para determinar el monto de la indemnización:

Art. 857. Cualquiera de los condueños tiene el derecho de elevar la pared medianera, en cuanto lo permitan las ordenanzas generales o locales; sujetándose a las reglas siguientes: 1ª La nueva obra será enteramente a su costa. 2ª Pagará al vecino, a título de indemnización por el aumento de peso que va a cargar sobre la pared medianera, la sexta parte de lo que valga la obra nueva...

86. Enseguida, la procedencia del concepto de daño a la propiedad restante tampoco puede ser puesto en duda⁸⁵. El concepto de daño debe ser entendido en el contexto de un mundo incierto, donde eventuales situaciones de daño probable no son imposibles ni de nula ocurrencia. De ahí que el propietario pueda cobrar por el daño potencial o riesgo de daño a que pueda verse sujeto, el que incluye el valor de los bienes enfrentados al riesgo.

87. A este respecto, el TDLC reconoce implícitamente que “riesgo” es una variable apropiada a considerar⁸⁶. De ello se sigue que EFE puede apropiadamente cobrar el derecho de paso considerando un polinomio que contenga las variables CRF y FR en los términos anteriormente señalados (valor lineal por metro, multiplicado por número de metros y número de líneas, y factor de aumento del 50% tratándose de productos de mayor riesgo).

88. Contrariamente a lo indicado por la FNE, no hay duplicidad de cobro entre VT y CRF. VT considera el valor por el uso del terreno en general, sin importar el equipamiento ferroviario que contenga, y CRF considera, al menos parcialmente, el riesgo de pérdida de material ferroviario de EFE. Y, por cierto que si bien cláusulas contractuales de obligación de pagar daños y perjuicios pueden mitigar el riesgo, no lo eliminan, pues siempre permanecerán riesgos como el de litigación o insolvencia y quiebra del usuario de la vía.

⁸⁵ El criterio del daño está reconocido, por ejemplo, en el artículo 68 de la Ley General de Servicios Eléctricos y en el artículo 22 J de la Ley de Servicios de Gas.

⁸⁶ TDLC, *Sentencia EFE*, C. 44°.

89. Finalmente, tampoco puede plantearse que la firma dueña de un predio no tenga derecho a obtener una cierta utilidad razonable, como ha sido el criterio reconocido incluso por la Corte Suprema, según se expuso más arriba (*vid. supra* ¶ 29). La propiedad es un bien escaso fuente de rentas económicas que, además, están garantizadas por la propia Constitución en su artículo 19 N° 24. EFE tiene entonces derecho a cobrar tarifas de derecho de paso que contemplen una utilidad razonable por el uso de la franja de su dominio. Dicha utilidad razonable puede implicar que EFE reciba en definitiva pagos que superen la referencia del valor de mercado de los terrenos en cuestión, pues se trata de una empresa que no está sometida a regulación *cost-plus*.

90. En todo caso, como hemos indicado, el Proyecto de Reglamento de Atravesos contempla la posibilidad de que cualquier usuario interesado en obtener un atraveso pueda recurrir a un tercero imparcial—un perito—, sin perjuicio del derecho a una servidumbre forzosa que pueda tenerse según legislación especial. En efecto, el PRA establece expresamente en sus páginas 19 y 20 que:

Si el solicitante no acepta dicho valor [que resulta de aplicar los polinomios antes explicados], o no llega a un acuerdo diferente con EFE en un plazo de 15 días, contados desde la fecha de entrega de la aprobación de la revisión inicial del proyecto (con la respectiva propuesta de derecho anual presentada por EFE), podrá el solicitante recurrir a un perito, a su costa y elegido de una lista de peritos tasadores que EFE creará e informará anualmente en su página WEB, para que éste determine el valor de dicho Derecho de Paso. 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.

91. Según lo indicado, este sólo mecanismo procesal elimina toda posible fuente de abuso explotativo —ya de por sí remoto en una situación de monopolio bilateral como la presente— de parte de EFE. En virtud de este mecanismo, EFE ya no puede imponer tarifas a aquellos usuarios que no tengan derecho a solicitar una servidumbre legal (como era el caso de GTD). A falta de imposición, y en la medida que el mecanismo procesal no involucre altos costos de transacción, el poder de abuso no tiene factibilidad alguna.

b. EFE no es una firma regulada, sino una empresa soberana para tomar sus decisiones de negocios dentro del ámbito de lo lícito ante el Derecho de la Competencia

92. Resulta crucial notar que EFE no es una empresa cuyas tarifas de derecho de paso sean reguladas. En ausencia de una decisión política de someter a EFE a una metodología *cost-plus*, EFE continúa siendo una empresa que, en principio, tiene derecho a cobrar lo que estime apropiado por el uso de su infraestructura dentro de los límites del Derecho de la Competencia.

93. De lo anterior se sigue que EFE no está obligada a tener tarifas que estén *totalmente* justificadas en los costos. Incluso aunque se tratara de un caso de precios excesivos —que sabemos que no lo es, pues la infracción está limitada a precios discriminatorios—, la doctrina y jurisprudencia comparada muestran que las autoridades de la competencia no pueden ni deben convertirse en reguladores *cost-plus*. La estructura de costos es sólo el punto de partida, pero jamás el fin de la discusión.

94. En cualquier caso, demostrado que el polinomio de EFE está estructurado sobre la base de variables que combinan valor de la propiedad, riesgo y utilidad, y no existiendo evidencia alguna que dicha fórmula genere discriminación de línea secundaria entre firmas que compiten entre sí, no corresponde que FNE objete el PRA. Así, por ejemplo, carece de sentido que la FNE exija conocer la forma en que se determinaron los factores “a”, “b” y “c”, porque no habiendo una manera única para establecerlos, EFE es soberana para escoger cualquier combinación no discriminatoria, como es el caso de los guarismos contenidos en el PRA.

95. En otras palabras, la determinación del derecho de paso es una *decisión de negocios* no controlable conforme a criterios microeconómicos. No hay una fórmula o racionalidad económica única o exclusiva para el derecho de paso, en particular, para un derecho de paso que genere rentas económicas para EFE sin generar efectos anticompetitivos aguas abajo. No es casualidad que, como indicó el economista Fuentes Hernández en su informe, todos los sistemas de determinación de derecho de paso se basan en peritos, comisiones de hombres buenos o derechamente por el juez de letras conforme a criterios prudenciales altamente discrecionales y no determinables *ex ante*⁸⁷.

⁸⁷ Vid. artículos 18 y 19 de la Ley General de Telecomunicaciones (Juez de Letras, oyendo a un Perito), artículos 62 a 69 de la Ley General de Servicios Eléctricos (Comisión de Hombres

96. Prueba de lo anterior es lo resuelto por el propio TDLC en la *Sentencia Sanitarias*, en la que se estableció, entre otros puntos, que las empresas requeridas deben

... modificar sus modelos de evaluación para la prestación de servicios sanitarios fuera de sus áreas de concesión, estableciendo en su reemplazo uno basado en parámetros explícitos que sean objetivos, transparentes y no discriminatorios, que deberá ser de libre acceso público y mantenerse publicado en sus respectivas páginas web⁸⁸.

97. Conforme a lo anterior, el TDLC entregó a las propias empresas sanitarias la elaboración de un modelo de autorregulación tarifaria, en base a los mismos criterios ordenados por el TDLC a EFE, bajo su propia decisión de negocios y sin que sea necesario que la FNE se adentre al funcionamiento mismo del modelo.

98. Como ya notamos en la introducción, la FNE no puede pasar por alto que existe un *trade-off* en esta materia: transparencia, precisión y conocimiento *ex ante* de la tarifa versus justicia en cada uno de los casos en que corresponde aplicar la tarifa. La solución de EFE se inclina por dar una respuesta transparente, precisa y clara *ex ante*, dejando la solución de los problemas de justicia *ex post* en manos de un procedimiento pericial de rápida tramitación, todo ello sin perjuicio de los mecanismos de reclamo conforme a las normas de servidumbres legales.

99. Por lo demás, tanto el TDLC como la FNE se inclinaron porque EFE resolviera el mencionado *trade-off* inclinándose hacia la dimensión *ex ante*. El TDLC ordenó a EFE elaborar un nuevo Reglamento que “contemple criterios de determinación de las tarifas que sean, además de transparentes, objetivos y no discriminatorios” (Resuelvo 6°). Por su parte, la FNE señaló en su Ordinario 999 que:

[E]sta Fiscalía recomienda a EFE establecer un mecanismo de determinación de las tarifas por este concepto [derecho de paso] que sea transparente y no discriminatorio, y que se encuentre basado en parámetros objetivos de cobro, de manera que cada cliente pueda saber efectivamente *ex ante* cuáles serán

Buenos), artículo 22 G de la Ley de Servicios de Gas (Juez de Letras, oyendo a un Perito), artículo 9° de la Ley General de Servicios Sanitarios, que se remite a las normas del Código de Aguas (artículo 71: Juez de Letras, oyendo a un Perito).

⁸⁸ TDLC, *Sentencia Sanitarias*, Resuelvo 7°, b).

los parámetros que determinarán la tarifa que deberá pagar por cada atravesio⁸⁹.

100. En consecuencia, de desconocerse estas decisiones ya adoptadas por las autoridades de la competencia, exigir a EFE la determinación de una tarifa que *ex post* sea justa y responda totalmente a costos es una conducta ilegal y arbitraria de la autoridad, que vulnera las expectativas legítimas de EFE. Esta última ha invertido tiempo, dinero y dedicación al proyecto de generar una estructura que sea objetiva, transparente, no discrecional y conocida *ex ante*, y en ausencia de discriminación entre competidores, la FNE no debe ni puede objetarla como contraria a la libre competencia. Dado el *trade off* en cuestión, la FNE no puede pedir a EFE lo imposible.

V. Conclusiones

101. En síntesis, consideramos, respetuosamente, que la FNE debe abstenerse de la tentación de convertirse en este caso en un regulador de precios –tentación que el TDLC ya ha rechazado–, y remitirse a verificar si el PRA da cuenta de alguno de los riesgos anticompetitivos considerados en la sentencia 76/2010 del TDLC, esto es, precios discriminatorios. No sólo la FNE no está institucionalmente preparada para ser un regulador de precios, sino que además no hay obligación legal alguna a que el derecho de paso esté únicamente basado en la consideración de costos marginales o incrementales. Mientras no haya un impacto negativo en el bienestar y en los consumidores, nada impide que EFE obtenga rentas por el cobro del derecho de paso.

102. En nuestra opinión, los polinomios utilizados por el PRA se estructuran sobre la base de tres criterios legítimos de que dispone el dueño de un terreno ante el Derecho de la Competencia, a saber: valor de los terrenos, daño potencial o riesgo sobre la propiedad restante, y utilidad de la empresa. Los referidos elementos y su combinación relativa específica dentro de los polinomios constituye una decisión de negocios no revisable en sede de competencia en ausencia de un efecto discriminatorio de línea secundaria entre usuarios competidores. No existiendo evidencia de tal efecto discriminatorio, los polinomios no pueden ser objetados.

103. El cobro por concepto de derecho de paso ha sido fijado de manera transparente, objetiva, no discrecional y completamente determinable *ex ante* por cualquier interesado en obtener un atravesio. Si cualquiera de ellos no estuviese conforme con el funcionamiento de la fórmula, puede *ex post* hacer

⁸⁹ FNE, Ordinario 999 de 10 de junio de 2010, ¶ 3.

uso del procedimiento pericial contemplado en el PRA, lo que asegura que EFE no tenga la última palabra en lo que respecta a la fijación de la tarifa de derecho de paso. No pudiendo EFE imponer tarifas a los usuarios, el poder de abusar discriminatoriamente que castigó el TDLC desaparece por completo.

104. Finalmente, en nuestra opinión, el presente caso es uno que no parece involucrar el Derecho de la Competencia, y menos aún generar efectos que afecten a consumidores finales. No debe olvidarse que el DL 211 protege a la competencia y no a los competidores. La posibilidad de un daño anticompetitivo de parte de EFE en el cobro de derecho de paso es más bien marginal, por lo que la FNE no debiera fiscalizar más allá de lo razonable. Y ciertamente que el PRA es un esfuerzo más que serio y apropiado de EFE por superar los problemas generados por su actuación arbitraria y discrecional anterior. Con el PRA, la posibilidad de un daño anticompetitivo es prácticamente nula.

Es cuanto podemos informar. Quedamos a su disposición para aclarar y ampliar cualquier aspecto relacionado con el presente Informe.

Atentamente,

Francisco Agüero Vargas

**Mg. Cs. Regulación Económica y
Competencia
The City University, London
Investigador Senior, Centro de
Regulación y Competencia,
Facultad de Derecho,
Universidad de Chile**

Santiago Montt Oyarzún

**Doctor en Derecho (JSD),
Yale University
Master en Políticas Públicas,
Princeton University
Director del Centro de Regulación y
Competencia, Facultad de Derecho,
Universidad de Chile**

Santiago, 30 de noviembre de 2010 