

REPUBLICA DE CHILE
COMISIÓN PREVENTIVA CENTRAL
Agustinas 853, piso 12
SANTIAGO

CPC N° : 1172

ANT. : Denuncia de "SOMARCO
Ltda.", Rol N° 340- 01
F.N.E.

MAT.: Dictamen de la Comisión.

SANTIAGO, 17 AGO 2001

1.- A fs. 2, don MARIANO ANDRADE BARRIENTOS, en representación de "SOCIEDAD MARITIMA Y COMERCIAL SOMARCO LIMITADA", en adelante "SOMARCO LTDA.", ha interpuesto ante la Fiscalía Nacional Económica una denuncia en contra de "TRANSPORTES MARITIMOS CHILOE Y AYSEN TRANSMARCHILAY S.A.", en adelante "TRANSMARCHILAY S.A.", y de la DIRECCION DE VIALIDAD, organismo dependiente del Ministerio de Obras Públicas, que son partes en un contrato de comodato que tendería a impedir la libre competencia.

2.- Funda su denuncia en que en el año 1998, "TRANSMARCHILAY S.A.", a la sazón empresa filial de la Corporación de Fomento de la Producción (CORFO), suscribió con la Dirección de Vialidad un contrato de comodato, en virtud del cual esta Dirección le entregó en explotación las barcas Mailén y Tehuelche, de su propiedad, con sus correspondientes accesorios, stock de repuestos y manuales. El comodato tuvo por objeto que ambas naves fuesen empleadas en el servicio de transporte de personas, vehículos, maquinarias y otros enseres en el tramo que une a Puerto Montt con Chaitén, los sectores del Seno de Reloncaví, la Península de Huequi y el Fiordo Reñihue de la carretera Austral, todos ellos en la Décima Región. Para cumplir dicho objeto, la comodataria se obligó a mantener servicios regulares de transporte marítimo en el Estuario de Reloncaví, en la ruta Puerto Montt o Pargua – Chaitén, con recaladas en Ayacara, y en la ruta Hornopirén – Chaitén, con recaladas en Caleta Gonzalo y Ayacara.

3.- Sin embargo, expresa el denunciante que desde el mes de diciembre de 1999, la CORFO, a través del Sistema Administrador de Empresas (SAE), procedió a vender al consorcio "CPT AGENCIA MARITIMA S.A.", más conocido como "Compañía Portuaria Talcahuano (CPT)", el 99,9 % del capital accionario de "TRANSMARCHILAY S.A.", con lo que a partir de esa fecha la empresa pasó al sector privado.

4.- Esta circunstancia y el hecho de que, "TRANSMARCHILAY S.A.", siendo empresa privada continúe haciendo uso de las naves Tehuelche y Mailén, de propiedad de la Dirección de Vialidad, le otorga una clara ventaja respecto a las

empresas competidoras que prestan servicios en las mismas rutas, como es el caso de la barcaza Quellonina, del armador Rigoberto Paredes, y de "NAVIMAG S.A.". Tal ventaja fundamentalmente consiste en que la denunciada tiene a su disposición dos naves por las cuales nada ha pagado, en circunstancia de que las empresas competidoras no cuentan con similar aporte del Estado.

Además, "TRANSMARCHILAY S.A.", que sólo debiera usar las naves de que es comodataria en las rutas señaladas, específicamente para fines de integración, está operando con la barcaza Tehuelche en el Canal de Chacao, ruta que es servida por las empresas privadas "SOMARCO LTDA." y "CRUZ DEL SUR S.A.", pues, desde el 28 de agosto de 2000 ingresó la barcaza a esa ruta, pretendiendo que sería por corto tiempo y con el objeto de reemplazar al transbordador Cai Cai, paralizado por carena normal. Sin embargo, hasta la fecha, la barcaza continúa en ese Canal, pese a que el Cai Cai ya se reintegró a la misma ruta. Similar situación ocurre en la ruta Caleta La Arena - Puerto Montt- Chaitén, que es servida por la barcaza Quellonina, de propiedad del armador privado Rigoberto Paredes, y por "NAVIMAG S.A.", donde la denunciada opera con la barcaza Mailén.

5.- La incorporación de la Tehuelche en la ruta del Canal de Chacao perjudica directamente a las empresas navieras "SOMARCO LTDA." y "CRUZ DEL SUR S.A.", por cuanto, a diferencia de la denunciada, no tienen a su disposición, en forma gratuita, una nave de propiedad del Estado, con lo que, a su entender, se introduce una distorsión en la libre competencia y con lo cual la denunciada obtiene beneficios ilegítimos, abusando de aquella ventaja, en desmedro de las empresas competidoras.

6.- A fs. 33, don Raul Mera Zirotti, en representación de la empresa "CPT AGENCIA MARITIMA S.A.", dueña del 99,99% de las acciones de "TRANSMARCHILAY S.A.", contesta señalando que la adquisición de esta empresa fue efectuada en un proceso de licitación pública que fue convocado por la CORFO. En las bases de la licitación se contempló que el traspaso de la propiedad de la empresa incluiría todos sus activos, entre ellos el comodato por el que se hace cuestión, de modo que el precio pagado incluyó el uso de estas naves, en los términos previstos en este contrato, que impone distintas cargas al comodatario, entre ellas servir determinadas rutas y efectuar el mantenimiento periódico de ambas naves.

7.- En tal contexto, el día 7 de agosto de 2000, en ejercicio de un derecho establecido en el convenio de comodato, "TRANSMARCHILAY S.A." informó a la Dirección de Vialidad que utilizaría la barcaza Tehuelche en la ruta del Canal de Chacao, designando en su reemplazo a la Mailén para cubrir la ruta del Estuario de Reloncaví, ocupada anteriormente por la barcaza reemplazada. Por su parte, la ruta que cubría la Mailén fue cubierta por la barcaza Pincoya, en cumplimiento de lo establecido en el numeral 5 de ese mismo convenio, que permite a la denunciada cumplir sus obligaciones con "otras naves de igual o mayor capacidad de carga y pasajeros", decisiones que no fueron objetadas por la Dirección de Vialidad.

8.- Agrega, por otro lado, que la operación con las barcasas entregadas en comodato ha significado, en los últimos dos ejercicios, pérdidas para la denunciada, a raíz de que aquéllas deben ser sometidas a un permanente y oneroso mantenimiento, que es de cargo de "TRANSMARCHILAY S.A." y cuyo costo se eleva a alrededor de 40 millones de pesos por barcaza, al año, sosteniendo, al mismo tiempo que la razón por la cual no existe mayor competencia en los tramos en que la denunciada se ha obligado a prestar servicios de transporte, es porque allí se cumple una finalidad social, que es el objetivo del convenio. Además, las tarifas establecidas por la empresa, para esa

rutas se ajustan plenamente a las del mercado, por lo cual no trabaja en condiciones económicamente ventajosas ni practica una competencia desleal en perjuicio de sus competidoras.

9.- Finalmente, sostiene que si "TRANSMARCHILAY S.A." decidió trasladar la Tehuelche a la ruta del Canal de Chacao fue con el solo objeto de aminorar las pérdidas de la empresa y de optimizar sus recursos, y, en ningún caso, para eliminar la competencia.

10.- Por su parte, don MARIO FERNANDEZ RODRIGUEZ, Director Nacional de Vialidad, contestando expresa que el contrato de comodato que originó la denuncia fue suscrito por un lapso de cinco años renovables, salvo que una de las partes manifestare su voluntad de poner término anticipado al mismo, y tiene por finalidad mantener unido al territorio insular con el continental. Agrega que entre las condiciones que se impusieron a la comodataria, sobresalen las de prestar servicios permanentes de transporte de pasajeros y de carga en ciertas rutas sociales, con determinadas frecuencias mínimas que se especifican, y la de mantener y conservar las naves en perfectas condiciones de funcionamiento.

11.- Por otro lado, el convenio autorizó a "TRANSMARCHILAY S.A." para ocupar las naves fiscales en rutas distintas, siempre y cuando destinara otras naves – de igual o mayor capacidad- a aquellas que obligatoriamente debe servir, con las mismas frecuencias previamente establecidas. En la actualidad, sostiene la Dirección de Vialidad, "TRANSMARCHILAY S.A." se encuentra dando estricto cumplimiento a los términos del convenio, específicamente en cuanto a la atención de las rutas marítimas señaladas, las cuales están siendo servidas con estricto apego a lo establecido por las partes, empleado, cuando las circunstancias lo ha requerido, naves de igual o mayor calado que las entregadas en comodato y sirviendo las rutas establecidas con apego al espíritu del convenio.

12.- Respecto a la clara ventaja que, según la denuncia, "TRANSMARCHILAY S.A." obtendría a raíz del uso de las naves entregadas en comodato, a juicio de la Dirección de Vialidad no existe. Las rutas marítimas que, en virtud del convenio, "TRANSMARCHILAY S.A." se obliga a servir durante todo el año poseen la característica común de ser necesarias para mantener unidas diversas comunidades de la Décima Región y, por lo mismo, se requiere contar en ellas con servicios permanentes, en todas las épocas del año. No obstante esta necesidad, no consta a esa Dirección la existencia de empresas privadas que presten servicios en forma periódica durante todo el año en estas rutas, razón por la cual la ejecución del convenio de comodato actualmente vigente resulta indispensable. Más aun, la falta de servicios permanentes demuestra por sí sola el poco atractivo económico que esta actividad representa para las empresas particulares.

13.- Finalmente, señala esta denunciada, TRANSMARCHILAY S.A., no está libre de cumplir determinadas contraprestaciones, puesto que además de estar obligada a mantener, durante todo el año, servicios permanentes en rutas que no serían atractivas comercialmente, adquirió la obligación de asumir todos los gastos de cuidado, aseo, conservación, manutención periódica, reparación y otros que le deparen las naves.

14.- De lo expuesto por las partes y del análisis de los antecedentes, se desprende y queda establecido que el contrato de comodato suscrito entre la denunciada y la Dirección de Vialidad del Ministerio de Obras Públicas tuvo por finalidad asegurar servicios permanentes de transporte de pasajeros y de carga en

ciertas rutas sociales, para, de este modo, mantener unido el territorio insular con el continental y no hay antecedentes que demuestren que tal contrato no esté cumpliéndose en los términos establecidos, en especial en lo relativo a las obligaciones adquiridas por la comodataria.

15.- En cuanto a lo relacionado con la utilización de las naves entregadas en comodato en rutas diferentes a las establecidas, se comparte el criterio sostenido en su informe por el Fiscal Nacional Económico de que ello no es relevante desde el punto de vista de la libre competencia y de las normas que la resguardan, toda vez que no altera la competencia la sola circunstancia de que una nave entregada en comodato sirva dicha ruta en reemplazo de otra nave de igual o menor capacidad, toda vez que no se ha contradicho lo sostenido por la denunciada, en el sentido de que ésta operaría en el Canal de Chacao con tres naves, mientras las demás empresas lo hacen con nueve naves más nuevas que aquéllas y con menores costos de operación.

16.- Refuerza lo anterior, la circunstancia que la ltima. Corte de Apelaciones de Puerto Montt, al resolver el recurso de amparo económico interpuesto por "SOMARCO LTDA.", sostuvo que la oferta de servicios en el Canal de Chacao no es excesiva y que, por el contrario, las necesidades de los usuarios se muestran en constante crecimiento, a tal punto que se podría presentar un aumento en los números de las embarcaciones.

17.- A mayor abundamiento, si se toma en consideración la conducta de "TRANSMARCHILAY S.A.", no existen antecedentes, aportados por los denunciados y comprobados en la investigación, de que esta empresa se haya aprovechado de su condición de comodataria de dos naves de propiedad del Estado, para eliminar o dañar a sus competidores. En particular, no ha aplicado la principal medida que haría posible dicha eliminación o daño, como es la de bajar significativamente los precios de los servicios que prestan las barcas recibidas en comodato u otras de su propiedad. Por el contrario, los antecedentes indican que tanto en la temporada baja como en la alta, la relación de precios entre las empresas que operan ese mercado no es significativa ni se traduce en ventajas de una respecto de otras

18.- Por otro lado, es dable concluir que la principal causa por la cual sólo naves de la denunciada realizan viajes en la ruta Hornopirén – Chaitén y recalcan en Ayacara y Caleta Gonzalo, es la renuencia de las demás empresas a cubrir dichas rutas, aun en temporada alta, por razones económicas que no dicen relación con la conducta de "TRANSMARCHILAY S.A." y que no se deben a la vigencia del convenio impugnado o a la existencia de determinadas barreras a la entrada. Al contrario, fueron tales razones económicas las que condujeron a la celebración del comodato, el cual no es causa sino consecuencia de aquella ausencia real de oferta de servicios de transporte a las comunidades que habitan en dichas localidades, lo cual se traduce en una carga para la denunciada que morigeraría cualquier ventaja competitiva que pudiera existir, proveniente de este comodato .

19.- Sin perjuicio de lo anterior, es, en principio, indiscutible que la entrega gratuita, a una empresa de transporte marítimo, de bienes de capital de importancia económica gravitante, como son, precisamente, dos naves, representa en el mercado correspondiente una clara ventaja económica inicial para esa empresa, respecto a competidores que debieron comprar sus naves y no contaron con ningún aporte estatal. Tal ventaja, originada en el momento de celebrarse ese contrato, no desaparece por el hecho de que, con posterioridad, se

traspase la propiedad de la empresa a un tercero y que el valor del traspaso incluya, como activo, aquel contrato; tampoco se compensa con la obligación, que asiste al comodatario, de cubrir los gastos de cuidado, aseo, conservación, manutención, reparación, operación y otros de administración de las naves, así como la de contratar, anualmente, una póliza de seguros, porque es evidente que sus competidores también deben hacerse cargo de similares gastos, respecto a sus propias naves.

20.- Por lo anterior, se estima que un convenio como el suscrito entre la denunciada y la Dirección de Vialidad justificaría su permanencia en el tiempo sólo y en la medida que ninguna empresa de transporte mantenga servicios permanentes en las rutas sociales que no son atractivas económicamente y deben ser cubiertas por justificadas razones de bien común, para dar cumplimiento al deber estatal, establecido en el artículo 1° de la Constitución Política del Estado, de promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación y que la ventaja que se depara a aquélla sea compensada con los costos que le irroguen otras obligaciones o cargas.

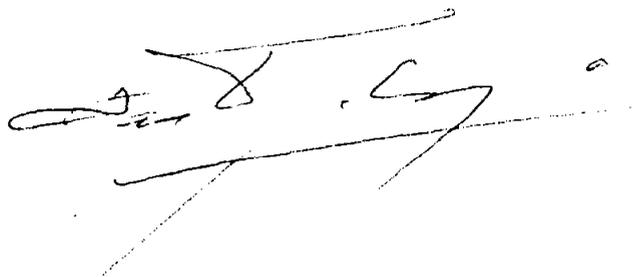
21.- De lo investigado por la Fiscalía y lo expuesto en su informe, se desprende que tanto el primero cuanto el segundo requisito se cumplen en la actualidad, puesto que, fuera de la carga que soporta la denunciada por efecto del contrato de comodato, se carece de otras ofertas de transporte marítimo a las comunidades que habitan determinadas localidades, circunstancia que justifica que el Estado, en cumplimiento de su deber constitucional, adopte las medidas necesarias para que las correspondientes rutas sean cubiertas, lo que determina que esta convención sea inocua para los efectos de la competencia. Lo mismo ocurre con el segundo de los requisitos estimados como necesarios para la subsistencia de este acuerdo, en tanto la ventaja obvia de que goza la empresa comodataria puede compensarse con los costos económicos adicionales que le irrogan las obligaciones de cubrir, a todo evento y en cualquier época del año, rutas no atractivas económicamente y de recalar en determinadas caletas, con entera independencia de cuál sea la demanda, así como la de suplir los servicios de una nave prestada con otra nave de su propiedad, en los casos de carena o reparaciones, aun cuando para ello deba retirar esta última de una ruta más rentable.

Por lo expuesto y atendidas las consideraciones precedentemente señaladas, se desestima la denuncia deducida por SOMARCO LIMITADA, puesto que a juicio de esta Comisión el contrato de comodato entre la Dirección de Vialidad y "TRANSMARCHILAY S.A.", y su ejecución, no tienden a impedir, eliminar, restringir ni entorpecer la libre competencia, en los términos de los artículos 1° y 2° del Decreto Ley N° 211, de 1973. Con todo, se previene a la Dirección de Vialidad que antes de optar por la renovación automática del contrato de comodato, efectúe una evaluación objetiva del mercado, a objeto de establecer el interés que podría despertar en otros operadores el hacerse cargo del servicio de transporte en las rutas sociales que se han determinado necesarias para asegurar la integración territorial de la zona, en las condiciones en que hoy las opera la empresa TRANSMARCHILAY S.A.

Notifíquese al Sr. Fiscal Nacional Económico y la denunciante y denunciadas de esta causa.

El presente dictamen se acordó en Sesión del día 3 de agosto de 2001, con el voto favorable de los señores Enrique Vergara Vial, Presidente subrogante, Claudio Juárez Muñoz, José Yáñez Henríquez y Juan Manuel Barahona Sainz. Se

previene que el comisionado señor Carlos Castro Zoloaga estuvo por impugnar la validez del comodato, pues en su concepto éste habría caducado desde que TRANSMARCHILAY S.A. varió su estatus jurídico al dejar de ser una empresa estatal y pasar al sector privado.



FRANCISCO VARAS FERNANDEZ
Secretario - Abogado
Comisión Preventiva Central