

C.P.C. N°

917/858

ANT: Consulta de la Empresa de Ferrocarriles del Estado. Licitación del 51% de las acciones de Ferrocarril del Pacífico S.A.

MAT: Dictamen de la Comisión.

SANTIAGO, 22 SEP 1984

1.- Don Enrique Méndez Velasco, Gerente General y representante legal de la Empresa de los Ferrocarriles del Estado, en adelante EFE, se ha dirigido a esta Comisión Preventiva Central expresando que en virtud de lo dispuesto en el artículo 11 transitorio de la Ley Orgánica de esa Empresa, N° 19.170, de 1992, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado se fijó por el Decreto con Fuerza de Ley N° 1, del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, de 30 de Junio de 1993, constituyó con el Fisco de Chile una sociedad anónima denominada Ferrocarril del Pacífico S.A., en adelante FEPASA, cuyo objeto es establecer, desarrollar, impulsar, mantener y explotar servicios de transporte de carga por medio de vías férreas o sistemas similares y servicios de transportes complementarios, cualquiera sea su modo, incluyendo todas las actividades anexas necesarias para el debido cumplimiento de esta finalidad y la explotación directa de sus activos.

Agrega que para realizar su objeto social, abrió un proceso de licitación pública del 51% de las acciones de su propiedad en FEPASA, equivalentes al 99% del total accionario de dicha Sociedad.

2.- Parte integrante de la licitación, es el "Contrato Principal" a celebrarse entre EFE y FEPASA en forma previa a la licitación del 51% de las acciones de FEPASA, que tiene por objeto otorgar a ésta última el derecho de usar la red ferroviaria de EFE y demás infraestructura requerida para la circulación de trenes, excluida la del Ferrocarril de Arica a la Paz y toda aquella que se encuentre ubicada al norte de la Estación La Calera y que EFE adquiera en el futuro a cualquier título. Igualmente, este contrato tiene por objeto regular el conjunto de relaciones que nacen de la existencia de múltiples usuarios independientes en una misma red, estableciendo los derechos, obligaciones y condiciones en materia de tránsito, transporte y conservación de líneas.

De acuerdo a lo establecido en las Bases, expresa la consultante, los adquirentes de las mismas dispusieron de un plazo que venció el 15 de Julio del presente año para formular por escrito sus observaciones y sugerencias respecto del borrador de contrato que deberán suscribir EFE y FEPASA a lo menos 30 días

antes de la presentación de las ofertas.

3.- En relación con el contrato principal que EFE se propone celebrar con FEPASA, Celulosa Arauco y Constitución S.A., adquirente de las Bases de la Licitación, ha formulado las siguientes observaciones, que EFE somete al conocimiento de esta H. Comisión Preventiva Central:

PRIMERA OBSERVACION.

Se señala por Celulosa Arauco y Constitución S.A. que la cláusula primera transitoria podría afectar la libre competencia, pues al hacer referencia al Primer Plan Trienal de Desarrollo (1994-1996) de EFE, se establece que en virtud del Plan no se autorizará el ingreso de otros porteadores hasta el término de la ejecución de aquéllos componentes del mismo que están vinculados a la seguridad del tráfico, fecha que se estima no anterior al 1º de Enero de 1997.

Se eliminaría, por tanto, agrega, toda competencia, puesto que por el período señalado se le está otorgando exclusividad a FEPASA para la actividad económica del servicio de transporte de carga ferroviaria por la vía de mayor flujo del país, infringiéndose con ello no sólo la normativa del Decreto Ley N° 211, de 1973, sobre libre competencia, sino también las garantías establecidas en los N°s 21 y 22 del artículo 19 de la Constitución Política de la República.

SEGUNDA OBSERVACION:

La cláusula 7.2. del contrato señalado, que regula el procedimiento operativo para la programación de los itinerarios de los trenes en general, establece que los trenes regulares de FEPASA tendrán preferencia en los sectores y ramales señalados en el Anexo A, sobre aquéllos que operen porteadores de carga que hubieren adquirido el derecho de uso de las líneas férreas con posterioridad a FEPASA.

En opinión de Celulosa Arauco y Constitución S.A., esta preferencia en favor de FEPASA puede de hecho restringir y, eventualmente, hacer inviable, el derecho de otros porteadores, con lo que se estaría infringiendo el inciso 4to. del artículo 2º del D.F.L. N° 1, de 1993, del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley Orgánica de la Empresa de los Ferrocarriles del Estado, que exige como condición esencial de este tipo de contratos, que se permita a terceros el uso de la vía sobre la base de un sistema no discriminatorio.

Agrega que esta preferencia, otorga una posición dominante de mercado a FEPASA e infringe, además, lo dispuesto en el Decreto Ley N° 211, de 1973, que establece normas en defensa de la libre competencia y, el N° 22 del artículo 19 de la Constitución Política de la República que prohíbe al Estado y a sus Organismos discriminar en materia económica.

TERCERA OBSERVACION:

En virtud de la cláusula 5.2. del contrato observado, EFE se obliga a no explotar comercialmente el giro del servicio de transporte de carga en la misma red que FEPASA, ya sea por sí misma, por medio de concesiones u otros contratos con terceros, o por medio de nuevas sociedades constituidas en conformidad con lo

establecido en los artículos 2º permanente y 11º transitorio del D.F.L. N° 1, de 1993, ya citado.

Según Celulosa Arauco y Constitución S.A., en virtud de esta cláusula, EFE está renunciando, en favor de FEPASA, salvo situaciones excepcionales, a su objeto de explotar comercialmente la actividad del transporte ferroviario de carga en la principal vía del país, ya sea por sí misma, o a través de otros contratos o por medio de nuevas sociedades filiales.

Se agrega que EFE no tiene facultades para hacer esta renuncia atendida su naturaleza de persona jurídica de derecho público y, por ende, sujeta a las disposiciones de los artículos 6 y 7 de la Constitución Política de la República, sin perjuicio que dicha renuncia no se ajustaría a las disposiciones contenidas en el Decreto Ley N° 211, de 1973, sobre libre competencia.

CUARTA OBSERVACION.

Por último, Celulosa Arauco y Constitución S.A. estima que en lo referente a los peajes y canon anual que se cobrarán a los porteadores de carga, es fundamental permitir a todos los interesados acceder al uso de la línea puesto que, si dichos montos se fijan por sobre los parámetros de mercado, de hecho quedarán fuera los que tengan volúmenes de carga inferiores a FEPASA.

Así, el sistema de cobros no se ajustaría al artículo 2º inciso 46 del D.F.L. N° 1, de 1993, que exige un sistema tarifario igualitario y no discriminatorio; al Decreto Ley N° 211, de 1973, sobre libre competencia; al artículo 19 N° 22, de la Constitución Política, que prohíbe al Estado y sus Organismos discriminar en las actividades económicas.

4.- En relación con las observaciones formuladas al contrato principal por Celulosa Arauco y Constitución S.A., EFE expresa en su consulta, lo siguiente:

a) La cláusula primera transitoria no restringe la competencia, sea que otorgue o no derechos de uso de la línea férrea a nuevos porteadores, por cuanto:

- en el mercado relevante del transporte de carga terrestre de la V Región a la X Región, es porcentualmente superior el que se realiza por la vía caminera. La circunstancia de que el transporte de carga por vía férrea lo realice FEPASA o EFE, únicamente, en nada altera esa realidad.

- la Ley General de Ferrocarriles vigente, cuyo texto definitivo se fijó por D.S. N° 1157, del 16 de Septiembre de 1931, del ex Ministerio de Fomento, contempla el otorgamiento de concesiones para el establecimiento de vías férreas destinadas al servicio público por parte de los particulares, por lo que el transporte de carga ferroviaria que realizará EFE por intermedio de FEPASA constituye una actividad que puede ser desarrollada también por los privados por sus propios medios y no necesariamente en las líneas de EFE, si así lo desean.

- la limitación de plazo que se objeta está establecida solamente respecto de los porteadores ferroviarios de carga, en las líneas de EFE. Según la cláusula 2a. del Contrato es porteador el empresario público de transportes que habiendo adquirido el derecho a usar las líneas férreas de EFE contra el pago de un canon periódico, en virtud de un contrato celebrado con ésta,

conduce mercancías ajenas de un lugar a otro en tramos que opera bajo su propia y total responsabilidad, y emite la Carta de Porte correspondiente.

Es decir, la limitación sólo afecta a eventuales nuevos porteadores a quienes EFE, en el futuro, pudiera otorgar el derecho a usar sus líneas férreas para el transporte público, lo que no se sabe si ocurrirá. Esta posibilidad demuestra que FEPASA no tiene derechos exclusivos en las líneas de EFE.

El inciso cuarto del artículo 2º del D.F.L. N° 1 permite a EFE otorgar el derecho exclusivo de la línea férrea, por lo cual, aún si éste fuere el caso, se trataría de una exclusividad permitida expresamente por la Ley.

En todo caso, la limitación al ingreso se plantea solamente durante la ejecución del Primer Plan Trienal, por razones operativas y de seguridad del tráfico.

b) En relación con la segunda observación, la cláusula 7.2. del contrato responde a la obligación ineludible de EFE de organizar el buen orden del tráfico y no tiene nada que ver con la libre competencia.

Expresa a este respecto que, a diferencia de lo que sucede con el transporte caminero, la programación de los trenes es consustancial a la naturaleza de una red ferroviaria y para ello es preciso establecer algún sistema de prioridades.

Por ello, se establece que los trenes regulares de FEPASA tendrán preferencia en la confección del programa sobre los porteadores de carga que hubieren adquirido el derecho de uso de las líneas férreas con posterioridad a FEPASA.

c) Respecto de la tercera observación, EFE sostiene que de acuerdo con su Ley Orgánica puede ejercer la actividad directamente o a través de una sociedad especialmente formada para el efecto, como FEPASA. No se vislumbra como EFE al ejercer esta prerrogativa expresamente contemplada en la ley y acorde con el propósito tenido en vista por ella, pueda afectar la libre competencia.

Si EFE resuelve asignar el giro de transporte de carga a FEPASA, no corresponde que EFE lo ejerza directamente. Se trata justamente de lo contrario, pues no se concibe que EFE, que pretende incorporar a un socio mayoritario a través de una licitación pública compita individualmente con la sociedad que ha formado con aquél.

d) La cuarta observación, al igual que en el caso anterior, descansa en el supuesto inexacto de que la Ley Orgánica de los Ferrocarriles del Estado, en su artículo 2º, ha creado un mercado del uso de las vías férreas de propiedad de EFE por parte de cualquier porteador que desee utilizarlas, lo que se ha demostrado no es así.

Además, agrega, cabe destacar que en el Contrato EFE asegura el mismo tratamiento a todos los porteadores a través de cobros igualitarios por concepto de uso de las vías de su propiedad.

Por último, los cobros a los usuarios de las vías se han estructurado con el objeto de permitir una rentabilidad

mínima aceptable para los activos de EFE, promocionar el uso racional de las vías y potenciar el desarrollo del transporte de carga por vía férrea.

5.- Por resolución de 11 de Agosto del presente año, esta H. Comisión Preventiva Central, solicitó informe previo al señor Fiscal Nacional Económico sobre la materia consultada por EFE.

6.- Por presentación de 17 de Agosto último, a petición del señor Fiscal Nacional, EFE acompañó minutas explicativas relativas a los medios de seguridad que justificarían, en su concepto, la no admisión de nuevos porteadores durante un período que llama de "transición" y sobre el régimen de preferencias para la asignación de canales de circulación.

En síntesis, expresa que en virtud de la cláusula tercera transitoria EFE podrá prestar servicios comerciales de carga si, durante el período de ejecución de las inversiones vinculadas a la seguridad del tráfico, FEPASA se negare injustificadamente a hacerlo o formulare ofertas tarifarias en condiciones que infrinjan la cláusula 5.3. del Contrato Principal.

Por otra parte, agrega, la introducción de nuevos sistemas de movilización del tráfico basados en la tecnología de la fibra óptica requiere un período de transición durante el cual es preciso modificar las normas y procedimientos contemplados en el Reglamento de Tráfico y capacitar a movilizadores, controladores y tripulaciones.

En consecuencia, manifiesta que durante el período señalado no estima conveniente autorizar la entrada de un segundo porteador, ya que aumentaría la inseguridad del tráfico durante el período de ejecución del Plan Trienal de Desarrollo.

En el intertanto, la cláusula tercera transitoria dará las garantías necesarias a los clientes que deseen utilizar el transporte ferroviario de carga.

Agrega a continuación, en relación con el régimen de preferencias para la asignación de canales de circulación, que el modo de transporte ferroviario, impone la necesidad de un sistema ordenado, seguro y eficiente de todos los trenes que circulan en una misma red, denominado "canal de circulación", con mayor razón cuando éstos pertenecen a dos, tres o más empresas independientes de transporte de pasajeros, carga o ambos a la vez.

Se llega así a la cuestión de determinar en qué orden o con qué preferencia se programarán y fijarán los itinerarios que propongan y soliciten para sí los diferentes porteadores ferroviarios de pasajeros y carga, que EFE ha resuelto aplicando el siguiente criterio en cuanto a los trenes de carga:

a) En cada período de confección de un Programa de Trenes, y solo en él, las preferencias para los trenes "regulares" de los diferentes porteadores de carga se otorgan en función del "orden de ingreso de ellos al sistema ferroviario de EFE". (cláusula 7.2).

A su turno, los trenes "regulares" de un segundo porteador de carga tendrán preferencia en la asignación de canales de circulación por sobre los trenes "regulares" de las demás empresas porteadoras de carga que ingresen al sistema con posterioridad, y así sucesivamente.

b) Una vez confeccionado el Programa de Trenes para un determinado período, los nuevos trenes de los distintos porteadores de carga no tienen preferencia alguna entre sí para el mismo período, cualquiera sea su categoría. Esto significa que:

- Si un tren "regular" de carga de FEPASA u otro porteador de carga cualquiera se sale durante su circulación del canal que se la ha asignado en el Programa de Trenes, ese tren pierde toda preferencia. De este modo, ese tren solo podrá continuar su recorrido en la medida que no entorpezca la circulación de ninguno de los demás trenes de pasajeros o carga que vayan cumpliendo su itinerario, aún cuando éstos, en la confección del Programa de Trenes, no hubieren tenido preferencia respecto de aquél.

- Si luego de confeccionado el Programa de Trenes del período, FEPASA u otro porteador de carga cualquiera solicita un canal de circulación para el itinerario de un nuevo tren regular o especial, el canal solicitado se otorgará solo si no afecta de manera alguna a los ya existentes, cualquiera sea la naturaleza de los trenes, pasajeros o carga, y cualquiera sea su categoría, regular, facultativo o especial de pasajeros; regular o especial de carga. (cláusulas 7.6, 7.7, 7.8, 7.10).

c) Para evitar la especulación que puede suscitarse por la aplicación del sistema de preferencias, que en el transporte de carga solo puede tener cabida en relación con los trenes regulares, EFE ha tomado un doble resguardo en el contrato, restringiendo la calidad de tren regular a aquéllos que tienen una frecuencia mínima en un período también mínimo: una vez por semana durante 60 días corridos y, para el caso que los trenes que gozan de preferencias no corran con la frecuencia que justifica el otorgamiento de las mismas, se dispone que el incumplimiento del 50% de la frecuencia de un tren regular trae aparejado como sanción la eliminación del correspondiente itinerario y su canal del Programa de Trenes. En este caso, el espacio físico temporal correspondiente al canal eliminado queda a disposición de todos lo demás porteadores de pasajeros o carga, ya sea para solicitar el mismo canal eliminado, o para confeccionar un nuevo itinerario que, de no haber sido eliminado el del porteador sancionado, habría sido inotorgable por incompatible.

7.- Por oficio ordinario N° 821, de 1 de Septiembre en curso, el señor Fiscal Nacional Económico informó a esta Comisión sobre la materia consultada por EFE expresando que, de conformidad con los antecedentes reunidos, las siguientes materias normadas en el "Contrato Principal" a celebrarse entre EFE y FEPASA contravienen, a su juicio, la legislación sobre defensa de la libre competencia regulada por el Decreto Ley N° 211, de 1973, de la manera que a continuación se señala:

a) En cuanto a la no autorización del ingreso de otros porteadores sino hasta el término de la ejecución de aquellos componentes del Primer Plan de Desarrollo vinculados a la seguridad del tráfico, dicha prohibición constituye una barrera a la entrada asegurando a FEPASA la exclusividad del transporte de carga por vía férrea entre la V y X Región a lo menos hasta el 31 de Diciembre de 1996.

Estima el señor Fiscal que, aún cuando las consideraciones impuestas por EFE y FEPASA en el contrato principal que se proponen celebrar sean efectivas, la negativa de ingreso de nuevos porteadores deberá ser siempre fundada por parte de EFE

para cada caso específico de que se trate, sin perjuicio de las facultades de los Organismos Antimonopolios para calificar la negativa.

b) Tampoco resulta lícito, en opinión del señor Fiscal Nacional, la obligación que contraerá EFE de no explotar comercialmente la actividad del transporte ferroviario en la misma red que FEPASA, ya sea por sí misma, por medio de concesiones u otros contratos con terceros, o por medio de nuevas sociedades constituidas en conformidad con lo establecido en los artículos 2 y 11 transitorio del D.F.L. N° 1, del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, de 30 de Junio de 1993, pues ello implica una renuncia a su objeto de explotar comercialmente la actividad del transporte ferroviario de carga en la principal vía del país a través de las formas o medios que el franquea la ley, hasta el 30 de Septiembre del año 2014, permitiendo a terceros, a través de esos medios, participar en el uso de la vía sobre la base de un sistema tarifario, igualitario y no discriminatorio.

Esta renuncia, agrega, altera y entorpece la libre competencia, no estando facultada EFE para hacerlo, atendida su naturaleza de persona jurídica de derecho público;

c) Finalmente, informa el señor Fiscal Nacional que, la preferencia de FEPASA para utilizar los canales de circulación corresponde a una indispensable planificación y ordenamiento del tráfico ferroviarios en la medida que las rutas y tiempos de vinculación de los trenes deben siempre programarse en sus tiempos previamente a su tránsito real, preferencias que, en su opinión, EFE debe comunicar a FEPASA a lo menos con una anticipación de 18 meses al término del plazo original del contrato, en caso de otorgarse nuevas preferencias en la asignación de canales de circulación al extinguirse dicho plazo.

Por último, en relación con el canon anual y peajes fijo y variable, concluye el señor Fiscal que la creación de barreras a la entrada por estos cobros o tarifas tendría efectos nocivos sobre el mercado, al presentarse situaciones de discriminación de precios a otras figuras restrictivas a la libre competencia.

8.- Con fecha uno de Septiembre en curso, esta Comisión Preventiva Central tuvo por evacuado el informe del señor Fiscal Nacional y ordenó dar traslado del mismo hasta el día 7 de Septiembre a la empresa de los Ferrocarriles del Estado y a Celulosa Arauco Constitución S.A. quienes expresaron lo siguiente en relación con cada una de las materias objeto de la consulta:

1.- Cláusula 1 del Capítulo VI sobre Disposiciones Transitorias que no permite el ingreso de otros porteadores sino hasta el término de la ejecución de ciertas obras mínimas de seguridad.

EFE estima que la conclusión del señor Fiscal Nacional de constituir esta prohibición una barrera a la entrada, es contradictoria con su propia afirmación de que el mercado relevante del transporte en la V a X Región es el transporte de carga carretero.

Es decir, existiendo este medio alternativo, el efecto de la cláusula objetada en el mercado relevante es nulo.

Agrega que las condiciones de manejo y seguridad de trenes operados por diferentes empresarios y las condiciones

físicas y de infraestructura de las líneas, es una cuestión que le corresponde ejercer soberanamente a ella. Sin embargo, expresa, está dispuesta a enmendar la cláusula observada y establecer como plazo máximo para no permitir el acceso a sus vías a otros empresarios de transporte de carga, el 31 de Diciembre de 1996, aún cuando a esa fecha no se hubiere ejecutado íntegramente el Plan Trienal de Desarrollo.

La nueva cláusula propuesta es del siguiente tenor:

"Dichas inversiones han sido programadas para efectuarse durante el período 1994-1996. En virtud de ello, EFE no autorizará el ingreso de otros porteadores sino hasta que haya terminado la ejecución de aquellos componentes de su primer Plan Trienal de Desarrollo que estén vinculados a la seguridad del tráfico. No obstante, la prohibición de ingreso a nuevos porteadores regirá sólo hasta el 31 de Diciembre de 1996, aún cuando a esa fecha no se hubiere ejecutado íntegramente el Plan Trienal de Desarrollo".

En opinión de Celulosa Arauco y Constitución S.A., ésta cláusula constituye una barrera a la entrada, pues asegura a FEPASA la exclusividad del transporte de carga por vía férrea de la V y a X Región: es decir hace descansar la seguridad del tráfico en un sólo porteador. Según Celulosa Arauco y Constitución S.A., la seguridad del tráfico no depende del número de porteadores sino de la cantidad de toneladas-kilómetros que circulan por las vías.

En consecuencia, agrega, las normas y decisiones técnicas que se adopten deben ser obligatorias para todos y EFE, que es el dueño de la vía, debe ser un ente normativo y regulador, así existan uno o más porteadores.

2.- Cláusula 7.2. referente a la preferencia que se otorga a Fepasa para utilizar los canales de circulación.

EFE concuerda con la conclusión del señor Fiscal, en orden a que esta preferencia no vulnera el Decreto Ley N° 211, de 1973, sobre libre competencia.

Para Celulosa Arauco y Constitución en cambio, se trata de un "privilegio" para Fepasa, que consolida al estar facultada para proponer un proyecto conjunto de circulación de trenes de carga, (cláusula 7.4,) pues lo estaría "distribuyendo" entre el resto de los usuarios.

Agrega que hay diferentes categorías de trenes de carga que pueden tener distintos requerimientos de horarios y canales de circulación, por lo que otorgar esta preferencia por 20 años implica una discriminación, ya que un tráfico nuevo puede tener requerimientos de horario contrapuestos a Fepasa, impidiendo o encareciendo su ejecución.

En un sistema con múltiples operadores, EFE debe actuar como coordinador y árbitro, conciliando los intereses de los porteadores y optimizando las condiciones de la vía, lo que se contrapone con el privilegio otorgado a FEPASA, quien reconoce que sólo al término del plazo inicial del contrato aplicará un nuevo procedimiento para el otorgamiento de preferencias en canales de circulación, es decir, el 30 de Septiembre del año 2014.

Según Celulosa Arauco y Constitución S.A. para el caso

de existir varios interesados en un mismo canal de circulación, debería asignársele éste a quien haga la mayor oferta de precio para su uso.

3.- Cláusula 5.2, relativa a la renuncia de EFE a la explotación comercial de la actividad del transporte ferroviario de carga.

EFE sostiene que la afirmación del señor Fiscal de que esta renuncia altera y entorpece la libre competencia y que, atendida la naturaleza jurídica de EFE, no estaría facultada para renunciar a las modalidades que la ley le ha señalado para cumplir sus objetivos, se debería a una redacción incompleta o defectuosa de la cláusula contractual respectiva, ya que no es su propósito asegurar a Fepasa que no se permitiera el ingreso a sus vías de otros porteadores, sino que EFE no se asociará con otros porteadores, respetando al principio consagrado en el artículo 404 N° 4 del Código de Comercio.

Agrega que, en todo caso, el alcance de las facultades de EFE debe resolverse en las instancias judiciales correspondientes.

EFE propone reemplazar ésta cláusula, por la siguiente:

"5.2. EFE se obliga para con FEPASA a no explotar comercialmente la actividad de porteador ferroviario de carga ajena en la misma red en la que se le ha concedido derecho de uso a FEPASA ya sea por sí o por medio de otras sociedades en las que tenga participación propietaria o accionaria directa o indirecta, excluidas aquellas sociedades que tengan, respecto de FEPASA, la calidad de matriz, coligante, filial o coligada. Esta obligación sólo regirá por el tiempo en que FEPASA conserve la titularidad del derecho a usar del todo o parte de la red ferroviaria de EFE.

FEPASA declara reconocer y aceptar que la obligación estipulada en el inciso anterior no impide ni restringe en modo alguno el ejercicio de la facultad de EFE de explotar comercialmente los bienes de que es dueña para desarrollar e impulsar la actividad ferroviaria, en especial mediante el otorgamiento a nuevos porteadores del derecho de usar sus líneas y demás infraestructura requerida para el transporte de pasajeros y/o carga.

Ambas partes de común acuerdo declaran y aceptan que la obligación de EFE de no explotar comercialmente la actividad de porteador ferroviario de carga ajena en la misma red que FEPASA tiene las siguientes excepciones:

a) El transporte de vehículos en Carros Porteadores de Vehículos traccionados por trenes de pasajeros;

b) El transporte de equipaje, encomiendas, tesoro y efectos postales que realice EFE en sus trenes de pasajeros, sea directamente o por medio de contratos u otorgamiento de concesiones o mediante la constitución de sociedades anónimas con terceros;

c) La prestación de servicios de arrastre de trenes o equipos de carga de FEPASA u otro porteador ferroviario de carga;
y

d) Las demás convenidas en el presente instrumento, sus anexos y demás documentos que conforme al mismo hacen parte de

él".

Celulosa Arauco y Constitución S.A. concuerda plenamente con el informe del señor Fiscal Nacional en esta materia.

4.- Cobros por concepto de canon anual y peajes.

En relación con esta materia, EFE sostiene que el peaje fijo corresponde a la recuperación de los costos fijos proyectados, de conservación de las líneas e infraestructura, de carácter igualitario, y por lo tanto no constituye un cobro discriminatorio ni implica una barrera a la entrada.

Para Celulosa Arauco y Constitución S.A., es el sistema de cobros y no los cobros mismos los que deben ser igualitarios y no discriminatorios, como lo es el propuesto por EFE. En efecto, expresa, el sistema puede conducir a que no haya otros interesados distintos a Fepasa debido a que en la práctica los costos fijos del ingreso son muy altos; el canon cobrado a Fepasa es de 60.000 UF. anuales repartidos entre 1.400 millones de ton-km, actualmente, valor que al ingresar un tercero, será de 40.000 UF anuales para cada porteador, por lo que el volumen transportado para el nuevo porteador debería ser igual al que transporte FEPASA, lo que es imposible, constituyéndose, en consecuencia, una barrera a la entrada.

En cuanto al peaje fijo, no depende del volumen movilizado sino de la extensión del sector utilizado, al que se fija un mínimo de 22.500 UF. al año y un máximo de 150.000 UF. al año.

Para el caso de un tercero, este cobro deberá distribuirse por completo en su tráfico para volúmenes inferiores a los que transporta FEPASA, por lo que resulta discriminatorio.

Propone, finalmente, se establezcan tarifas en base a un sistema de peaje que sólo tenga un componente variable para cada tipo de línea, cuyo rendimiento permita a EFE absorber los costos de operación más un margen de contribución a las utilidades, considerando la competencia que existe en el mercado relevante.

9.- En respuesta a las consultas que le han sido formuladas relativas al "Contrato principal" a suscribirse entre EFE y FEPASA, observado en cuatro puntos por Celulosa Arauco y Constitución S.A., esta Comisión Preventiva Central cumple con expresar que, efectivamente, como lo expresa el señor Fiscal Nacional Económico, en su informe de 1 de Septiembre en curso, la cláusula N° 1 del Capítulo VI, sobre "Disposiciones Transitorias" contraviene la legislación aprobada por el Decreto Ley N° 211, de 1973, sobre libre competencia, al entabrar el libre acceso de terceros porteadores al servicio de transporte de carga por vía férrea entre la V y X Región del país.

Se colige del texto del D.F.L. N° 1, de 1993, del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley Orgánica de la Empresa de los Ferrocarriles del Estado, tal como lo han expresado EFE y Celulosa Arauco y Constitución S.A., que la intención del legislador ha sido que puedan existir varios operadores en el sistema ferroviario, asegurándose el acceso a todos ellos en condiciones igualitarias y no discriminatorias.

Al respecto, EFE afirma que "el Contrato demuestra que

EFE espera, mediante el ingreso de otros porteadores a sus vías, contribuir al establecimiento de un mercado ampliamente competitivo en el servicio del transporte de carga terrestre".

En consecuencia, esta Comisión coincide con la apreciación del señor Fiscal Nacional en orden a que, aún cuando sean efectivas las consideraciones señaladas por EFE en cuanto a la necesidad de mejorar sustancialmente sus líneas férreas y otras infraestructuras vinculadas a la seguridad del tráfico contempladas en su Primer Plan Trienal de Desarrollo a ejecutarse en una fecha estimada no anterior al 1 de Enero de 1997, no corresponde por tal motivo crear una barrera a la entrada, impidiendo el uso de las vías férreas a terceros porteadores distintos de FEPASA; más aún, como lo recuerda el señor Fiscal Nacional en su citado informe, cuando la participación de EFE como porteador está limitada a servicios de carácter excepcional a prestarse durante el período de la ejecución de las inversiones vinculadas a la seguridad del tráfico o en el caso que FEPASA se negare injustificadamente a prestar dicho servicio o formulare ofertas de precios en condiciones que infrinjan la cláusula 5.3 del contrato principal.

En relación con la cláusula observada, N° 1 del Capítulo VI, sobre "Disposiciones Transitorias", toda negativa al acceso de nuevos porteadores por parte de EFE deberá ser siempre fundada, sin perjuicio de las facultades de los Organismos y Servicio Antimonopolios para investigar, corregir y reprimir todo atentado a la libre competencia o abusos en que incurra quien ocupe una situación monopólica.

10.- Por lo mismo, en opinión de esta Comisión Preventiva Central, no resulta procedente, como lo ha propuesto EFE, enmendar la cláusula observada por el señor Fiscal Nacional estableciendo un plazo máximo, con fecha de término, durante el cual no se permitirá el acceso a las vías de EFE a nuevos empresarios de transporte de carga, plazo que regiría sólo hasta el 31 de Diciembre de 1996, aún cuando no se hubiere ejecutado íntegramente el Plan Trienal de Desarrollo.

A mayor abundamiento, en virtud de lo dispuesto en el inciso 4to. del artículo segundo del D.F.L. N° 1, de 1993, ya citado, en el cumplimiento de su objeto social EFE deberá permitir el uso de sus vías férreas a terceros distintos de FEPASA, sean o no porteadores.

11.- Cabe, también, expresar aquí que, como lo establece el citado D.F.L. N° 1, de 1993, la Empresa de los Ferrocarriles del Estado tiene por objeto establecer, desarrollar, impulsar 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 necesarias para el debido cumplimiento de esta finalidad. Asimismo, explotar comercialmente los bienes de que es dueña, objeto que puede ser realizado directamente por EFE o por medio de terceros a través de:

- a) suscripción de contratos;
- b) otorgamiento de concesiones;
- c) constitución de sociedades anónimas abiertas, con personas naturales o jurídicas.

A este respecto, Celulosa Arauco y Constitución S.A., ha objetado la cláusula 5.2., referente a la renuncia de EFE a la

explotación comercial por sí misma del transporte ferroviario de carga o por medio de concesiones u otros contratos con terceros o constituyendo nuevas Sociedades, de conformidad con lo establecido en los artículos segundo permanente y 11 transitorio del D.F.L. N° 1, de 1993, del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones.

De conformidad con el inciso tercero de la cláusula objetada, la obligación de no hacer de EFE sólo regirá por el tiempo en que FEPASA conserve la titularidad del derecho a usar el todo o parte de la red ferroviaria de EFE y no impide en modo alguno el que EFE otorgue el derecho de usar el todo o parte de su red ferroviaria a nuevos porteadores de carga; o la prestación directa o indirecta de esos servicios por EFE que, como ya se expresó, son de carácter excepcional.

12.- Establecido, como ha quedado, en el párrafo N° 9 del presente dictamen, que EFE no podrá entorpecer el acceso al transporte ferroviario de carga, en la misma red que FEPASA, a nuevos porteadores, resta por determinar la licitud de la renuncia de EFE por el período señalado, esto es, hasta el 30 de Septiembre del año 2014, materia que en opinión de EFE, no le correspondería resolver a esta Comisión Preventiva Central sino a las instancias judiciales correspondientes.

De todo lo dicho se concluye que, como lo expresa la propia consultante EFE, tratándose de una empresa pública resulta obligatorio para Ferrocarriles del Estado ejercer su objeto, ya sea directa o indirectamente en alguna de las formas establecidas por la ley, por lo que una vez consumada la licitación del 51% de las acciones de EFE en FEPASA, el giro del transporte de carga ferroviario, que por disposición legal le corresponde realizar a EFE, continuará constituyendo su objeto social al que no le es dable renunciar en el marco de la normativa de derecho público económico que constituye el D.F.L. N° 1, de 1993, ya citado, en relación con los artículos 5° y 7° de la Constitución Política de la República.

13.- Finalmente, por expresa disposición del artículo segundo, letra b), del Decreto Ley N° 211, de 1973, los Organismos y Servicio Antimonopolios tienen expresa competencia en el conocimiento y resolución de todo hecho, acto o convención que, referido a las actividades del transporte, tienda a impedir la libre competencia.

Por lo tanto, no puede ser indiferente a las facultades de los Organismos y Servicio Antimonopolios la renuncia que hace EFE de no explotar comercialmente la actividad de porteador ferroviario de carga ajena en la misma red que FEPASA, ya sea por sí o por medio de otras sociedades en las que tenga participación propietaria o accionaria directa o indirecta, excluidas aquellas sociedades que tengan, respecto de FEPASA, la calidad de matriz, coligante, filial o coligada.

Todo lo anterior, en concepto de esta Comisión Preventiva Central, deja de manifiesto que en la especie se constituye para un determinado porteador, FEPASA, la exclusividad del transporte de carga ferroviario entre la V y la X Región, entorpeciendo el libre acceso de terceros, en su carácter de porteadores independientes, a la explotación de esta actividad. Más aún, si se tiene en consideración, como se ha dicho, que paralelamente EFE se obliga a no explotar comercialmente la actividad de porteador ferroviario de carga.

14.- Otra de las observaciones planteadas por Celulosa Arauco Constitución S.A. dice relación con la preferencia de FEPASA, contenida en la cláusula 7.2. del Contrato Principal, para utilizar los canales de circulación, definidos éstos como el "espacio físico temporal predefinido que se programa para el tránsito de un tren sobre un tramo de línea férrea".

En relación con esta materia, esta Comisión Preventiva Central concuerda con la opinión del señor Fiscal Nacional, expresada en el párrafo 8 de su informe, entendiendo que el régimen de preferencias establecido en el contrato principal no puede sino corresponder a una indispensable planificación y ordenamiento del tráfico ferroviario, en la medida que las rutas y tiempos de circulación de los trenes deben siempre programarse en sus tiempos previamente a su tránsito real.

De esta forma, abordado como un sistema general de ordenamiento, toda empresa de transporte de ferrocarril debe determinar en qué orden o con qué preferencia se programaron o fijarán los itinerarios para los diferentes porteadores ferroviarios de pasajeros y carga.

15.- Se infiere del texto de la cláusula 7, sobre programa de trenes, lo siguiente:

a) los trenes regulares de FEPASA tendrán preferencia, en los sectores y ramales señalados en el Anexo A, en la asignación de los canales de circulación que conforman el Programa de Trenes sobre aquéllos que operen porteadores de carga que hubieren adquirido el derecho de uso de las líneas férreas con posterioridad a FEPASA;

b) la preferencia que EFE otorga a los trenes de FEPASA durará hasta el término de vigencia del plazo originalmente pactado para este contrato: 30 de Septiembre del año 2014;

c) extinguido este plazo, EFE aplicará un procedimiento para el otorgamiento de preferencias en la asignación de canales de circulación;

d) a lo menos dos veces al año, verano y para el resto del año, EFE preparará sendos Programas de Trenes en los cuales constarán los canales de circulación asignados a los trenes de todos los usuarios de sus líneas férreas;

e) FEPASA podrá preparar un proyecto conjunto de circulación de trenes de carga con otros porteadores, si los hubiere y proponerlo a EFE para su inclusión en el Programa de Trenes;

f) Si no hubieren conflictos en la asignación propuesta y siempre que sea técnicamente factible, EFE las incorporará en el Programa de Trenes;

g) si hubieren conflictos entre las solicitudes de los distintos usuarios, EFE conciliará los conflictos suscitados, respetando las preferencias otorgadas.

Si bien es cierto que la asignación de canales de circulación no aparece reprochable en sí misma al otorgarse preferencia a los trenes regulares de FEPASA por sobre aquéllos que operen porteadores que hubieren adquirido el derecho de uso de la línea con posterioridad a FEPASA, no es menos efectivo que

siendo EFE quien califica y regula las preferencias otorgadas y solicitadas ya sea de común acuerdo o no, en la asignación de canales de circulación, dichas preferencias no deben significar privilegio ni discriminación alguna en la fijación de las rutas, horarios e itinerarios que conforman el denominado "canal de circulación".

16.- En relación con la cuarta y última observación hecha al denominado contrato principal, por Celulosa Arauco y Constitución S.A., referente a cobros por concepto de canon anual y peajes fijo y variable, el señor Fiscal Nacional ha señalado que la creación de barreras a la entrada por esta vía o de eventuales situaciones de discriminación de precios o de otras figuras restrictivas de la libre competencia, tendría efectos nocivos para el mercado, por lo que las tarifas calculadas por EFE han debido establecerse en base a la competencia que existe en el mercado relevante de carga terrestre.

El transporte ferroviario nacional es realizado en nuestro país por medio de cuatro empresas: tres de propiedad estatal, que son EFE, FEPASA y FERRONOR S.A. y una privada, que es Ferrocarriles de Antofagasta a Bolivia, FCAB.

De éstas, sólo EFE presta servicios regulares de pasajeros y únicamente en las Regiones V a X. Las restantes están dedicadas sólo al transporte de carga, siendo FEPASA la única transportadora de carga en las regiones señaladas.

Entre la V y X Región, el medio ferroviario transporta anualmente -año 1993-, 1.264.566.299 TON-KM, correspondiendo esta cifra al 18% del total del transporte terrestre en el mismo sector.

De acuerdo con los antecedentes proporcionados por EFE, el listado de clientes que efectúan transporte de carga a través del modo ferroviario entre la V y X Región comprende más de 110 empresas, los cuales utilizan, además, el modo carretero.

De todo lo anterior se desprende que el mercado relevante del transporte de carga está formado tanto por el transporte caminero como por el ferroviario, siendo el primero un sustituto del segundo, no obstante que éste último puede competir sólo donde existe línea férrea.

17.- Como lo expresa EFE, en el mercado del transporte terrestre tanto la oferta como la demanda se encuentran fraccionadas, siendo éste altamente competitivo, por lo que sería nula la posibilidad de que uno de los participantes en la oferta del transporte pueda por sí solo afectar el precio del mercado. (ANEXO G: "Análisis de la Industria del transporte de mercancías, mercado relevante en el que se desueltuve EFE").

Cita, en apoyo de su conclusión, que el concepto expresado se ha visto ratificado por el Decreto Supremo N° 146, de 1993, de Transportes, que aprobó el Plan Trienal de Desarrollo de esta empresa donde se establece que para permitir que EFE compita en igualdad de condiciones con el transporte camionero, el Gobierno asume el compromiso de incluir anualmente en la Ley de Presupuestos "una compensación fiscal por los subsidios que perciban otros modos de transporte terrestre...".

18.- Complementando lo dicho, según lo establece EFE en el Contrato Principal, el canon periódico representa el pago que

debe realizar todo porteador ferroviario de carga como contraprestación al otorgamiento por EFE del derecho de usar las líneas férreas e infraestructura ferroviaria de su propiedad, consideradas como una universalidad, empleando como criterio para su fijación el de una rentabilidad mínima sobre el valor de libro de la infraestructura de EFE, que al 31 de Diciembre de 1993 era de aproximadamente \$ 49.900 millones.

Al existir un solo porteador de carga, el canon representa una rentabilidad de 1,28% anual para EFE.

Al aplicar las cláusulas pertinentes del contrato, resulta la siguiente rentabilidad para EFE según el número de porteadores de carga que estén operando: 2 porteadores, 1,70%; 3 porteadores, 2,13%; 4 porteadores, 2,56%.

Es decir, existiendo múltiples porteadores ferroviarios, hay un aumento del monto total recaudado por canon y una disminución del monto individual a pagar.

En cambio, el peaje tiene por objeto que todos los usuarios de la vía contribuyan al financiamiento de los costos totales de conservación de la infraestructura y su operación.

Está compuesto por dos cargos: el primero de ellos, denominado peaje fijo, se distribuye sólo entre los porteadores de carga en proporción a la distancia máxima recorrida por cada uno de ellos en la red, sea que cada porteador haya corrido dicha distancia una o varias veces.

El segundo de los cargos, que se denomina peaje variable, se aplica a todo usuario de la línea -carga y pasajeros- y se determina en función directa de la intensidad del uso efectivo que haga de las líneas. Este cargo variable se determina en función de las toneladas kilómetro brutas completas movilizadas.

En concepto de EFE, la suma de los recursos recaudados por concepto de peajes y canon permitirán mantener en operaciones la actual red de EFE, independientemente de la existencia de un servicio de pasajeros, supuesto que según EFE lleva implícito que toda mejora sobre la red a partir de su estado actual, debe venir directamente del interesado en las mejoras.

En todo caso, EFE declara en el documento denominado "Cobros por concepto de canon y peajes", acompañado de esta Comisión Preventiva Central como anexo J de la Consulta, que "siempre podrá llegar a acuerdos con los porteadores de carga para la modificación de los peajes en caso justificados con el único fin de mantener la operación sobre la red".

Por todo lo expresado, en opinión de esta Comisión Preventiva Central, las tarifas establecidas por EFE, dueña de las vías férreas, por concepto de canon y peajes, no constituyen barreras arbitrarias a la entrada para quien desee participar en el mercado del transporte de carga ferroviario entre la V y la X Región del país, las que han debido establecerse, como lo señala el señor Fiscal, en base a la competencia que existe en el mercado relevante.

19.- Por las consideraciones expuestas, esta Comisión Preventiva Central es de opinión que la cláusula 5.2., del contrato principal a celebrarse entre FEPASA y EFE, en cuanto esta última se obliga a no explotar comercialmente la actividad

del transporte ferroviario de carga en la misma red que FEPASA, ya sea por sí misma, por medio de concesiones u otros contratos con terceros, o por medio de nuevas sociedades constituidas en conformidad con lo establecido en los artículos 2 permanente y 11 transitorio del D.F.L. N° 1, de 1993, del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, infringe el Decreto N° 211, de 1973, sobre libre competencia, al entorpecer el libre acceso de EFE, por sí misma, al servicio de transporte de carga en sus propias vías, entre la V y X Región del país; del mismo modo, la aclaración de dicha cláusula propuesta por EFE, no satisface la objeción hecha por el señor Fiscal Nacional Económico en su informe de 1 de Septiembre del presente año, en el mismo sentido, motivo por el cual correspondería excluir del contrato dicha cláusula en todos sus incisos, estipulaciones y anexos que tengan relación directa con el sentido expresado. En relación con la cláusula 1 del Capítulo VI sobre "Disposiciones Transitorias", referente al no ingreso de otros porteadores, igualmente, como se ha dicho, constituye una barrera a la entrada, asegurando a un determinado porteador la exclusividad del transporte de carga por vía férrea entre la V y X Región, por lo que tampoco resulta admisible la alternativa de limitar la prohibición de ingreso hasta el 31 de Diciembre de 1996, aún cuando a esa fecha no se hubiere ejecutado íntegramente el Plan Trienal de Desarrollo, como lo ha propuesto EFE.

En opinión de esta Comisión, la mencionada cláusula debe excluirse o aclararse en el sentido indicado en el párrafo 9 del presente dictamen, pues toda negativa por parte de EFE al acceso de nuevos porteadores deberá ser siempre fundada.

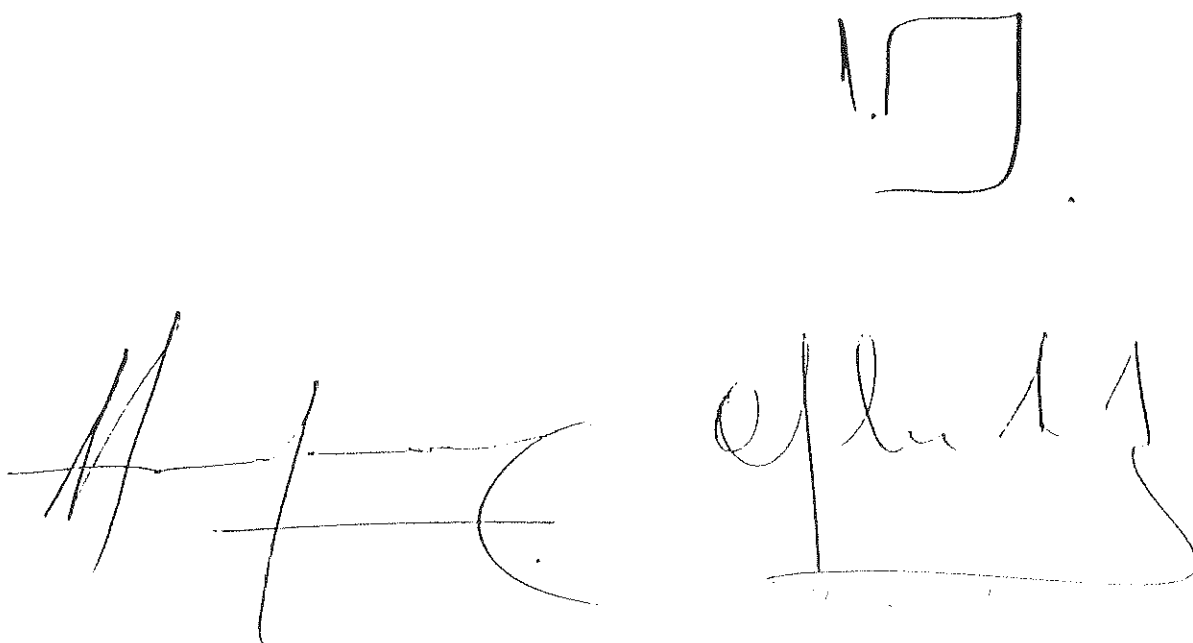
Por último, cabe precisar que con el propósito de que no se entorpezca por medios indirectos el ingreso de nuevos porteadores a la red ferroviaria de carga o respecto de usuarios que no puedan utilizar otro medio de transporte, se previene a EFE que en la asignación de canales de circulación que efectúe, deberá cuidar que las preferencias a que se refiere la cláusula 7.2. del contrato principal, para utilizar los canales de circulación, no constituyan privilegios o discriminación alguna en la fijación de las rutas, horarios e itinerarios que los conforman.

Finalmente, esta Comisión Preventiva Central comparte la opinión del señor Fiscal Nacional Económico, en orden a que los cobros por canon anual y peajes no deberán constituir una barrera arbitraria al acceso al sistema ferroviario de carga. Los porteadores de carga no deben tener más limitaciones que las que emanen de las condiciones objetivas del mercado mismo, los que deberán ser siempre fijadas de acuerdo a pautas generales y razonables.

Corresponde a los Organismos Antimonopolios no sólo la corrección y castigo de las infracciones a la libre competencia, sino la prevención de su ocurrencia, por lo que esta Comisión encomienda al señor Fiscal Nacional Económico la observación atenta y permanente del mercado del transporte terrestre de carga como, así mismo, el cumplimiento de este dictamen.

Transcribese al señor Ministro de Transportes y Telecomunicaciones y notifíquese al señor Fiscal Nacional Económico; a la Empresa de los Ferrocarriles del Estado y a Celulosa Arauco y Constitución S.A.

El presente dictamen fué acordado en sesión de 15 de Septiembre de 1994, por la unanimidad de sus miembros presentes, señores Juan Manuel Cruz Sánchez, Presidente; Alvaro Clarke de la Cerda; Emanuel Friedman Corvalán y Jorge Seleme Zapata.

The image shows three handwritten marks. At the top right is a square box with a vertical line on the left side, possibly a stamp or a specific signature. Below it, on the left, is a signature that appears to be 'J. M. Cruz Sánchez'. To the right of that is another signature, which appears to be 'Alvaro Clarke de la Cerda'.

No firma don Jorge Seleme Zapata, no obstante haber concurrido al acuerdo, por encontrarse ausente.

GASTON MECKLENBURG VASQUEZ
Secretario Abogado Subrogante
Comisión Preventiva Central