

Santiago, veintinueve de septiembre de mil novecientos ochenta y siete.

V I S T O S:

1.- Por requerimiento de 15 de Diciembre de 1986, que rola a fojas 59 de estos autos, el señor Fiscal Nacional Económico solicitó de esta Comisión que se dejaran sin efecto las cláusulas tercera y quinta del contrato de transporte celebrado el 30 de Agosto de 1984, entre la empresa Transbordadora Austral Broom Limitada, en adelante BROOM, y la Empresa Nacional del Petróleo, en adelante ENAP, que corre a fojas 40 y que se les aplicara sendas multas de 300 Unidades Tributarias a cada una, por estimar que las referidas cláusulas atentaban contra la libre competencia, en conformidad con lo prevenido en las letras b) y f) del artículo 2° del Decreto Ley N° 211, de 1973.

El atentado contra la libre competencia se producía, a juicio del señor Fiscal, por la circunstancia de que en las cláusulas mencionadas, especialmente en la tercera de ellas, se establecía una preferencia para los vehículos de ENAP en los diferentes cruces servidos por BROOM en la Primera Angostura del Estrecho de Magallanes, con los ferries y barcazas de propiedad de esta última empresa, preferencia que se extendía no sólo a los vehículos de propiedad de ENAP sino a todos los que ésta señalare, incluyendo, también, a los vehículos de contratistas que trabajaran para ella.

Por otra parte, agrega, la preferencia otorgada a ENAP no sólo se refería al transporte mismo sino que también al costo de dicho transporte, ya que comparando los valores establecidos en el Anexo N° 1 del contrato en cuestión, debidamente reajustados de acuerdo con lo establecido en la cláusula quinta del mismo, con los valores cobrados a los demás usuarios del servicio resultan ser inferiores casi en un 40% a los cobrados a terceros.

A las preferencias reseñadas, manifiesta el señor Fiscal, se agrega la circunstancia de que BROOM es la única empresa prestadora del servicio de transporte en cuestión, por lo que cualquier perjuicio que su actuación irrogue al usuario no puede ser corregido por la vía de que éste deje de usarlo.

Del requerimiento del señor Fiscal se dio traslado a ENAP y a BROOM a fin de que formularan sus observaciones.

2.- En respuesta al traslado conferido, BROOM expresa lo siguiente:

2.1. El problema que supuestamente dio origen al requerimiento del señor Fiscal se relaciona con reclamos recibidos por intermedio del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones y la Dirección de Fronteras y Límites, de algunos usuarios argentinos que habrían sufrido demoras en espera de que se produjera espacio en el ferry "Patagonia", que hasta el mes de Agosto de 1986 era el barco que atendía en forma permanente el servicio de cruce marítimo en la Primera Angostura del Estrecho de Magallanes, con apoyo de la barcaza "Cruz Australis". Junto con esto se habría hecho mención de la existencia de una preferencia pactada en favor de ENAP.

2.2. A comienzos de 1986, después de resuelto el conflicto con la República Argentina, se notó un fuerte incremento en el uso del balseo en la referida Primera Angostura, el que alcanzó hasta un 70% de aumento durante la temporada alta. Por este motivo, BROOM decidió la colocación de un segundo ferry -el "Gobernador Figueroa"- cuya incorporación fue programada para Mayo de 1986; pero, por diversas razones ajenas al control de la empresa, debió postergarse para Septiembre del mismo año, por lo que a contar desde el 13 de ese mes se dispuso, en forma permanente, de dos ferries en dicho cruce, con lo que se normalizó el referido servicio, como consta de los informes emitidos por el Gobernador Marítimo de Punta Arenas, de 5 de Octubre de 1986 y por el Presidente de la H. Comisión Preventiva Regional de 23 de ese mismo mes, que rolan a fojas 54 y 56, respectivamente.

2.3. La preferencia en favor de ENAP, contenida en el inciso segundo de la cláusula tercera del contrato de transporte suscrito entre dicha empresa y BROOM, se estableció teniendo en cuenta la naturaleza del trabajo que desarrolla dicha empresa estatal, ya que, como es sabido, las labores que se ejecutan en faenas petroleras exigen siempre una atención prioritaria y de urgencia. En el caso de ENAP se transporta diariamente personal técnico que labora en Tierra del Fuego, junto con materiales y equipos que se necesitan con prontitud en pozos o en otras instalaciones. A ello habría que agregar que ENAP es considerada una empresa estratégica, situación que procede ponderar en relación con el momento histórico a la fecha en que se celebró el contrato de transporte referido.

2.4. Con todo, en atención al requerimiento del señor Fiscal, se ha procedido, de acuerdo con ENAP, a suprimir el inciso segundo de la cláusula tercera del contrato de transporte, según la modificación del mismo efectuada el 13 de Enero de 1987. De esta forma ha quedado subsanado el primer reproche del señor Fiscal y demostrada la ninguna intención de las partes de infringir las normas sobre libre competencia.

2.5. En relación con la otra objeción contenida en el requerimiento cabe hacer presente que el cálculo matemático efectuado por la Fiscalía es erróneo, ya que ésta procedió a dividir las respectivas tarifas cobradas a los usuarios por los valores correspondientes que se cobran a ENAP por la misma carga transportada, lo que da una diferencia porcentual inexistente del 40%, aproximadamente, en circunstancias que lo que debió haberse hecho para determinar el menor cobro que se hace a ENAP es restar a las tarifas cobradas a los usuarios los valores aplicados a dicha empresa por esa misma carga y esa diferencia dividirla por la tarifa correspondiente que se cobra a los usuarios, que en relación con los valores del Anexo I del contrato de transporte arrojan descuentos que fluctúan, a Marzo de 1986, entre el 27% y el 28%.

2.6. Las razones que justifican los descuentos de los cobros efectuados a ENAP consisten básicamente en las siguientes:

a) Volumen. ENAP mueve volúmenes importantes de carga y vehículos transportados: 60% del tráfico de los usuarios nacionales y 25% del tráfico total transportado.

b) Pronto pago y seguridad en el pago. Según la cláusula séptima del contrato de transporte, BROOM factura quincenalmente a ENAP, la que paga las correspondientes facturas dentro de los 10 días hábiles de su presentación. Otros usuarios pagan en plazos muy superiores y es frecuente tener problemas de cobranza.

c) Permanencia y duración. ENAP celebra contratos por plazos largos -un año renovable por periodos iguales- y asegura una permanencia de transporte diario durante todo el año.

2.7. No sólo ENAP goza de descuentos. Para los usuarios en general están vigentes los siguientes descuentos aplicables sobre la tarifa general: 5% para clientes con antigüedad, seriedad y cumplimiento oportuno de sus obligaciones; 7% para clientes que hayan aumentado su volumen por lo menos un 50% en relación con el período anterior, y 10% a 12% cuando el usuario ha duplicado su volumen de movimiento.

2.8. En relación siempre con las tarifas y los descuentos aplicables por BROOM, cabe hacer presente que hasta la fecha no se ha presentado ningún reclamo por los valores cobrados a los usuarios, los que nadie ha discutido ni se ha alegado discriminación alguna con respecto a ellos.

2.9. La circunstancia de que BROOM sea la única empresa prestadora del servicio de transporte en cuestión no le da el carácter de un monopolio ni le hace infringir las normas del Decreto Ley N° 211, de 1973, debiendo tenerse en consideración, como ya se expresara, que incluso antes de que se produjera la reclamación de los usuarios argentinos BROOM detectó el problema y tomó las providencias que permitieron la incorporación de un segundo ferry que solucionó de inmediato y definitivamente el problema de demora que se suscitaba.

2.10. Por las razones expresadas se solicita que no se de lugar al requerimiento, ya que se ha eliminado la preferencia establecida en favor de ENAP y se ha demostrado que el sistema de tarifas aplicados por BROOM a ENAP y a otros usuarios de sus servicios en el Estrecho de Magallanes no resulta abusivo ni discriminatorio en favor de la empresa es tatal.

3.- Por su parte y en cumplimiento del mismo trámite procesal, ENAP expone, sustancialmente, las mismas razones que diera BROOM. Destaca, además, que la celebración del contrato en cuestión fue una de las alternativas que tenía ENAP para solucionar sus necesidades de transporte, en el cruce de la Primera Angostura del Estrecho de Magallanes, ya que de no ser conveniente para ella el servicio y su costo siempre tiene la posibilidad de interesar a otra compañía naviera para que se establezca con el servicio, o incluso incorporar una barcaza propia para el cruce de sus vehículos y de los de sus contratistas.

4.- Habiéndose recibido la causa a prueba, BROOM acompañó los siguientes documentos:

a) Certificado expedido por el Gobernador Marítimo de Punta Arenas, de 16 de Marzo de 1987, que rola a fojas 125, según la cual la autoridad marítima ha comprobado que el servicio prestado por BROOM, en la Primera Angostura del Estrecho de Magallanes, es oportuno, rápido y eficiente para los usuarios.

b) Certificado del Secretario Regional Ministerial de Transportes y Telecomunicaciones de la XIIa. Región, de 16 de Marzo de 1987, que rola a fojas 126, con arreglo al cual durante el presente año no se ha recibido ningún reclamo en relación con los servicios prestados por BROOM en dicha Primera Angostura.

c) Comunicación de Langton Clarke y Cia.Ltda.dirigida a BROOM, de 16 de Marzo de 1987, que corre a fs.128, en que se afirma que revisada la documentación sustentatoria correspondiente se ha comprobado, en el lapso comprendido entre Septiembre de 1985 y Febrero de 1987, que en el caso de ENAP el período que media entre la fecha de facturación y la oportunidad de pago fluctúa entre

17 y 23 días aproximadamente, en tanto que en el caso de los otros clientes distintos de esa empresa dicho período fluctúa entre 16 y 110 días aproximadamente.

d) Comunicación de la misma firma auditora, también dirigida a BROOM con la misma fecha anterior, corriente a fojas 129, en que se sostiene que revisada la documentación sustentatoria correspondiente se ha comprobado, en el mismo período anteriormente señalado, el siguiente movimiento por rubros:

Vehículos transportados: ENAP 14.074; otros 68.053;

Volumen de carga sobre vehículos (toneladas): ENAP 27.435; otros 266.364, y

Volumen de carga maquinaria (toneladas): ENAP 2.602; otros 6.562.

5.- La vista de la causa se celebró el 9 de Junio de 1987. Como medida para mejor resolver se pidió a BROOM que acreditara la justificación económica de los porcentajes de cada uno de los descuentos que otorga a sus usuarios, especialmente a ENAP.

En cumplimiento de dicho trámite BROOM alude a las comunicaciones de Langton Clarke y Cía. Ltda., a que se ha hecho referencia, que demuestran la diferencia del volumen de carga transportada perteneciente a ENAP en relación con los otros usuarios, como igualmente la mayor prontitud en el pago de las facturas correspondientes.

Agrega que ENAP no sólo importa permanencia en el tiempo sino también previsibilidad en volúmenes de ocupación de los servicios de BROOM, amén de que cumple estrictamente sus pagos y da certeza en el flujo o balseo de vehículos y cargas, hechos todos que por su relevancia económica y su carácter objetivo justifican la existencia de un descuento o diferencia de tarifa en favor de ENAP, que ha variado de un semestre a otro entre el 15 y el 28% aproximadamente y que actualmente es del 20%, aproximadamente también.

Recuerda lo sostenido por ENAP en su contestación, en el sentido que si el costo no le resulta conveniente puede recurrir a otras alternativas, debiendo considerarse que si esto llegara a producirse BROOM tendría que alzar los precios de la tarifa general para poder financiar su sistema de transporte, lo cual redundaría en perjuicio de los demás usuarios.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que el requerimiento del señor Fiscal estimó antentatorio a la libre competencia el hecho de que en virtud de un contrato BROOM concediera a ENAP un trato preferente para el transporte de los vehículos de esta última empresa en el cruce de la Primera Angostura del Estrecho de Magallanes, con perjuicio para los demás usuarios, como igualmente que le cobrara por dicho servicio tarifas o valores inferiores casi en un 40% de lo cobrado al resto de los usuarios.

SEGUNDO: Que oídas las explicaciones tanto de BROOM como de ENAP en cuanto a las razones que justificaban la preferencia de que ésta gozaba para el transporte de sus vehículos esta Comisión estima innecesario entrar a pronunciarse sobre ellas, en atención a que ambas empresas han procedido a dejarla sin efecto, modificando el contrato de transporte correspondiente, según consta en el documento que rola a fojas 78, salvando de este modo la objeción del señor Fiscal en este aspecto.

TERCERO: Que de acuerdo con los informes que rolan a fojas 54 y 56, aludidos por BROOM en su contestación al requerimiento y con los certificados mencionados en el N° 4.- de la parte expositiva, que rolan a fojas 125 y 126, el servicio de transporte servido por BROOM en la Primera Angostura del Estrecho de Magallanes se encuentra normalizado a contar desde el 19 de Agosto de 1986, fecha en que se integró al servicio de balseo el ferry "Gobernador Figueroa", de propiedad de BROOM, según se expresa en el primero de los citados informes.

CUARTO: Que al margen de la normalización del servicio de transporte en la Primera Angostura del Estrecho de Magallanes cabe tener presente que en esa actividad existe libre entrada para cualquiera que se interese en realizarla si estimare conveniente hacerlo.

A este respecto es pertinente recordar que en conformidad con el dictamen N° 409/165, de 22 de Febrero de 1984, de la H. Comisión Preventiva Central, se precisó que la adjudicación por parte de BROOM de dos naves licitadas por la Corporación de Fomento de la Producción -entre ellas la denominada "Gobernador Figueroa"- que efectuaban el tráfico del Estrecho de Magallanes, no infringía las normas del Decreto Ley N° 211, de 1973, no obstante ser la única prestadora de ese servicio, entre otras razones, por que en conformidad con la legislación vigente en materia de autorizaciones para efectuar tráficos marítimos como los de la especie, no existen barreras a la entrada, esto es, cualquiera persona puede solicitar la respectiva autorización para efectuar los mismos tráficos.

QUINTO: Que en relación con las tarifas y al margen de la forma de determinar porcentualmente la diferencia entre las cobradas por BROOM a ENAP y a los demás usuarios, del examen de los antecedentes que esta Comisión ha tenido a la vista para resolver, surgen, a lo menos, dos modalidades de comercialización adoptadas por BROOM, a las que ésta debe poner remedio de inmediato para adecuarlas a las normas del Decreto Ley N° 211, de 1973 y a la jurisprudencia establecida por las Comisiones Antimonopolios.

En efecto, de las explicaciones dadas por BROOM para justificar las cláusulas del contrato objetadas por el señor Fiscal Nacional, se advierte que esa empresa no tiene un sistema de tarifas generales, públicas y objetivas en las que se contemple un precio de contado respecto del transporte que efectúa, de descuentos por volumen o por frecuencia de carga y por pronto pago, ni de recargos por otorgamiento de crédito, sistema que debe conocer cualquiera que se interese por ocupar los servicios que ella ofrece. Lo anterior no obsta a la suscripción de contratos con algunos de sus usuarios; pero éstos, en todo caso, deben ajustarse a las pautas generales arriba indicadas.

SEXTO: Que, según explica BROOM en su escrito de fojas 97, aludido en el N° 2.7. de la parte expositiva de este fallo, ella tiene un sistema de descuentos a los demás usuarios que, a juicio de esta Comisión, debe ser corregido, pues también facilita la discriminación arbitraria, desde que priman elemen-

tos subjetivos como los de clientes con antigüedad, seriedad y cumplimiento de sus obligaciones, los que serían acreedores a un descuento del 5%, y otros, que aumenten su volumen por lo menos un 50% o un 100% respecto del período anterior, que gozan de un descuento de 7% y de un 10' a un 12%, respectivamente. También se considera un 10% de descuento para los que BROOM llama sus clientes especiales, sin indicar en qué consiste lo que los distingue del resto ni si los descuentos mencionados son únicos o acumulativos, ni si el aumento del volumen respecto del período anterior debe ser permanente para no perder el descuento alcanzado, o lo que ocurriría si el aumento fuera tal que BROOM no dispusiera de transporte adecuado para efectuarlo.

Todos estos vicios del actual sistema de tarifas y de descuentos, que afectan a un gran volumen de carga, bastante superior al 40% o al 75% del tráfico nacional o total transportado, según el informe de Langton Clarke acompañado a fojas 129, se evitarían con un sistema acorde con las normas de libre competencia que debiera tener la empresa afectada en cuanto a las tarifas que cobra por el servicio que presta.

Y Visto lo dispuesto en los artículos 17 y 18 del Decreto Ley N° 211, de 1973,

SE DECLARA:

- I.- Que debe entenderse subsanado el reproche formulado por el señor Fiscal Nacional Económico en relación con la cláusula tercera del contrato suscrito el 30 de Agosto de 1984, entre Empresa Nacional del Petróleo y Empresa Transbordadora Austral Broom Limitada, por haber sido eliminada la preferencia allí establecida en favor de ENAP.
- II.- Que la Empresa Transbordadora Austral Broom Limitada debe establecer un sistema de tarifas del servicio de transporte que presta en el Estrecho de Magallanes que sea público, general y objetivo, en los términos previstos en el Considerando sexto de este fallo.

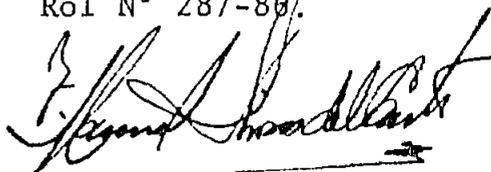
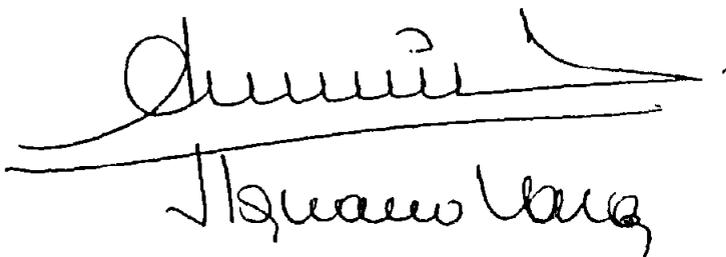
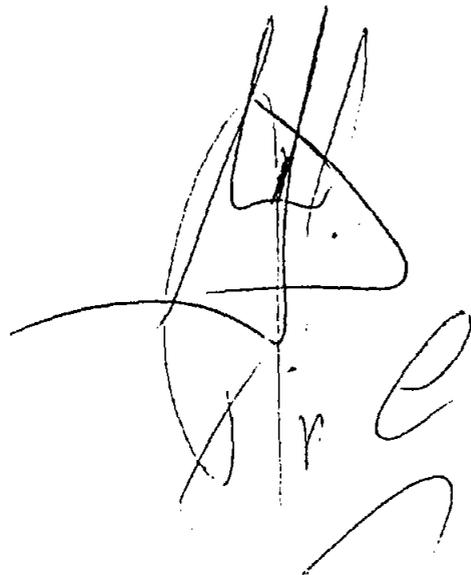
El sistema que establezca la mencionada empresa, en cumplimiento de este fallo, deberá ser enviado al señor Fiscal Na

cional Económico a fin de que éste lo someta a consideración de esta Comisión.

Transcribese a la H. Comisión Preventiva de la XII Región, al señor Ministro de Transportes y Telecomunicaciones y al señor Director de Fronteras y Límites del Ministerio de Relaciones Exteriores.

Notifíquese al señor Fiscal Nacional Económico y a los apoderados de la Empresa Nacional de Petróleo y de la Empresa Transbordadora Austral Broom Limitada.

Rol N° 287-86.

Pronunciada por los señores Víctor Manuel Rivas del Canto, Ministro de la Excma. Corte Suprema y Presidente de la Comisión, Gabriel Larroulet Ganderats, Tesorero General de la República, Alvaro Vial Gaete, Director del Instituto Nacional de Estadísticas, Juan Ignacio Varas Castellón, Decano de la Facultad de Ciencias Económicas y Administrativas de la Universidad Católica de Chile y Jaime Náquira Riveros, Subrogando al señor Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

RUBEN MERA MANZANO  
Secretario Abogado Subrogante  
de la H. Comisión Resolutiva