

COMISION RESOLUTIVA  
DECRETO LEY N° 211, 1973  
LEY ANTIMONOPOLIOS  
BANDERA N° 236, PISO 2°

RESOLUCION N° 41.

Santiago, once de Enero de mil novecientos setenta y ocho

VISTOS:

1.- El requerimiento del señor Fiscal de la Defensa de la Libre Competencia, formulado el 21 de Diciembre último, por el cual solicita que esta Comisión Resolutiva, en ejercicio de las facultades que le confiere el artículo 17, letra a) N° 1, del Decreto Ley N° 211, de 1973, acoja la solicitud formulada por la Empresa Nacional del Carbón S. A. en orden a dejar sin efecto los contratos que constan de las escrituras públicas de fechas 16 y 30 de Septiembre de 1969, otorgadas ante el Notario Público de Santiago don Sergio Rodríguez Garcés, por la Compañía Carbonífera Lota Schwager S. A., hoy empresa Nacional del Carbón S. A., y la Empresa Marítima del Estado, toda vez que dichos contratos contienen cláusulas de exclusividad que contravienen las normas sobre libre competencia contenidas en el Decreto Ley N° 211, citado.

2.- El requerimiento se funda en las presentaciones hechas por don José Luis Federici Rojas, Gerente General de la Empresa Nacional del Carbón S. A. y en su representación, domiciliados ambos en esta ciudad, calle Moneda N° 1025, 6° piso y por don Mario Macchiavello Vásquez, en su carácter de Director y en representación de la Empresa Marítima del Estado, ambos domiciliados en Valparaíso, calle Prat N° 772, 5° piso.

3.- El señor Federici Rojas expresa que por escrituras públicas de 16 y 30 de Septiembre de 1969, otorgadas ante el Notario de Santiago don Sergio Rodríguez Garcés, la Empresa Marítima del Estado, representada por el Director de esa época don Pedro Serrano del Río, celebró con Carbonífera Lota Schwager S. A., hoy Empresa Nacional del Carbón S. A., representada por el Gerente General en funciones a esa fecha, don Oscar Ruiz Tagle Humeres, dos contratos.

En virtud del primero de ellos, denominado "Promesa de Fletamento", Lota Schwager S. A. se comprometió a entregar a la Empresa Marítima del Estado, por un período de diez años, a con-

tar del 1° de Octubre de 1969, la totalidad del transporte marítimo de cabotaje del carbón que tenga que ser enviado al mercado Nacional. Por su parte, la mencionada Empresa se comprometió a proporcionar el transporte marítimo antes indicado, por el plazo señalado.

El segundo contrato, llamado "Convenio de Exclusividad", complementa al anterior y, en su virtud, Lota Schwager entrega a la Empresa Marítima del Estado, la que acepta, la exclusividad total del transporte marítimo de carbón que tenga que ser enviado a los diferentes mercados, por el plazo antes señalado de diez años, a contar del 1° de Octubre de 1969, en los términos indicados en dicho Convenio de Exclusividad y en el de "Promesa de Fletamento" cuya vigencia se mantiene en todo lo que <sup>no</sup> sea contrario al primero. De acuerdo con las cláusulas de este Convenio de Exclusividad, la Empresa Marítima del Estado tiene la exclusividad total de dicho transporte marítimo desde el 1° de Octubre de 1969, salvo los casos expresamente exceptuados en este contrato o en el de Promesa de Fletamento y Lota Schwager estará impedida de contratar fletes de cabotaje de carbón con terceros.

En la cláusula tercera del "Convenio de Exclusividad" se pactó lo siguiente: "Para los efectos del cumplimiento de lo expresado en la cláusula tercera del contrato de Promesa de Fletamento, suscrito con fecha 16 de Septiembre de 1969, entre las mismas partes, Lota Schwager se compromete a establecer como cláusula en los contratos que celebre con los consumidores y/o clientes o en las ventas que efectúe a los mismos, que el transporte marítimo se efectuará por la Empresa Marítima del Estado, sea que <sup>el</sup> contrato, venta, transferencia o entrega a cualquier título, se especifiquen las condiciones CIF. C y F. FOB, FAS o cualquiera otra.

En cuanto a la tarifa del flete, la cláusula 14a. del contrato de "Promesa de Fletamento" estipula que: "Al entrar en funciones el transporte por medio de barcasas remolcadoras u otro más moderno y adecuado que el actual, la Empresa Marítima del Estado otorgará a Lota Sachwager S. A. una rebaja en las tarifas de transporte que se convendrá oportunamente y que no podrá ser inferior a un 5% de la tarifa oficial vigente en dicho momento,..."

4.- A juicio de la Empresa Nacional del Carbón S. A. los contratos aludidos en el número precedente, atentan en contra de las normas sobre libre competencia contenidas en el Decreto Ley N° 211, de 1973, en especial en su artículo 2°, que previene que se consideraran, entre otros, como hechos, actos o convenciones que tienden a impedir la libre competencia los que se refieren al transporte y, en general, cualquier otro arbitrio

que tenga por finalidad eliminar, restringir o entorpecer la libre competencia.

En efecto, mediante los contratos aludidos se tiende a impedir la libre competencia dentro del país, al entregar la totalidad del transporte marítimo de una empresa, como la Empresa Nacional del Carbón S. A., que transporta por esa vía un volumen del orden de 400.000 toneladas de carbón y carboncillo al año, a una sola Empresa transportadora, la Empresa Marítima del Estado, impidiendo, de esta forma que la primera pueda contratar fletes de cabotaje con terceros, salvo que cuente con la autorización expresa de la segunda. La circunstancia de que, en algunas oportunidades la Empresa transportadora haya concedido esta autorización para la contratación parcial de algunos fletes, no le quita al contrato su carácter de monopolístico, porque la correspondiente autorización queda entregada al arbitrio del transportista.

Agrega la Empresa Nacional del Carbón que los convenios denunciados han comprometido el interés de los terceros usuarios del carbón quienes, sin ser parte en los contratos, resultan obligados a efectuar el transporte marítimo por medio de la Empresa Marítima del Estado, ya que, como lo estipula la cláusula tercera del Convenio de Exclusividad, Lota Schwager debe establecer en los contratos que celebre con los consumidores y/o clientes, que el transporte se efectuará por la Empresa Marítima del Estado, cualquiera que sean los términos o condiciones en que se celebren los contratos pertinentes, lo que coloca a la primera en la obligación de condicionar las ventas de sus productos, lo que, inclusive, puede hacerla incurrir en el delito tipificado por el artículo 3° del Decreto Ley N° 280, de 1974.

Indica, la Empresa Nacional del Carbón S. A. que la circunstancia de que ella y/o los usuarios no estén impedidos de contratar con terceros el transporte del carbón, por otro medio que no sea el marítimo (Ferrocarriles, o camiones, por ejemplo) no libera a los contratos celebrados con la Empresa Marítima del Estado del carácter de monopolísticos, ya que el atentado se produce respecto a la libre competencia en el transporte marítimo.

En concepto de la Empresa Nacional del Carbón, confirma: el carácter monopolístico de los contratos de "Promesa de Fletamento" y "Convenio de Exclusividad" el hecho de que, en la actualidad, no existe tarifa oficial para el flete del carbón, quedando ella entregada a la libre negociación de las partes, de acuerdo con lo dispuesto en el Decreto Supremo de la Subsecretaría de Transportes N° 322, de fecha 9 de Noviembre de 1973, publicado en el Diario Oficial de 12 del mismo mes y año. En

estas circunstancias, a su juicio, la cláusula tarifaria contenida en los contratos de fletamento ha perdido toda actualidad y, en esta virtud, ENACAR ha quedado sujeta, en cierta medida, a la tarifa que la Empresa Marítima del Estado quiera fijarle, sin mayor posibilidad de negociación, por cuanto, en todo caso, está obligada a efectuar el transporte por su intermedio.

Agrega, ENACAR, que los contratos aludidos vulneran, también, el artículo 4° del Decreto Ley N° 211, de 1973, que dispone que sólo por ley podrá reservarse a las instituciones del sector público el monopolio de determinadas actividades económicas tales como extractivas, industriales, comerciales o de servicios, atendido que la Ley Orgánica de la Empresa Marítima del Estado, aprobada por el Decreto con Fuerza de Ley N° 327, de 1960, en ninguna de sus disposiciones le reserva el monopolio de la actividad naviera y, por el contrario, la deja sujeta a la Ley N° 12.041 que tiende a producir una competencia leal en el tráfico marítimo. Esta apreciación se ve corroborada por la circunstancia que el artículo 2° de la Ley N° 14.999 que, en su época, le otorgó a EMPREMAR un monopolio legal sobre el transporte marítimo que deben realizar las empresas estatales o asimiladas, se encuentra expresamente derogado por el artículo 6° del Decreto Ley N° 466, de 1974.

Expresa, ENACAR, que, si bien, la presente solicitud importa un cambio de criterio en relación con lo sostenido por dicha Empresa en el mes de Marzo de 1970, con motivo de la denuncia que en aquella oportunidad formulara la Compañía Naviera del Pacífico S. A., tal actitud se justifica atendidas las razones siguientes: a) En el año 1970, el transporte marítimo del carbón tenía tarifa fijada por el Gobierno, lo que le restaba, en cierta medida, el carácter monopólico a los contratos de fletamento suscritos con EMPREMAR, hecho que no sucede en la actualidad en que la tarifa es convencional; b) La política económica vigente en 1970 difiere sustancialmente de la actual que se basa en la libre competencia; c) Carbonífera Lota Schwager S. A., en el año 1970, era una empresa privada que no respondía sino a la voluntad de sus accionistas, también particulares; ENACAR tiene, hoy día una participación mayoritaria estatal (CORFO es dueña del 99,9% de su capital social), razón por la cual debe enmarcarse dentro de la política oficial del Gobierno; c) Lota Schwager, en el año 1970, podía o no autofinanciarse según la voluntad de sus accionistas; ENACAR, actualmente, debe tender al autofinanciamiento para lo cual debe optimizar los medios para que sus productos lleguen al mercado al precio más competitivo posible.

Por todas las consideraciones precedentes, en el mes de Abril de 1976, la Empresa Nacional del Carbón planteó a la Empresa Marítima del Estado la caducidad de los contratos de fletamento, lo que no fué aceptado por esta última.

Subsidiariamente a su petición principal de obtener la abrogación de los contratos de fletamento ya aludidos, la Empresa Nacional del Carbón pide su modificación para que se elimine de ellos las cláusulas de exclusividad contrarias del Decreto Ley N° 211, de 1973 y se permita a ENACAR disponer libremente de, a lo menos, la mitad de la producción de carbón que transporta por vía marítima. Solicita, asimismo, se traiga a la vista el expediente rol N° 120-d caratulado "Naviera Chilena del Pacífico S. A., denuncia en contra de EMPREMAR y Carbonífera Lota Schwager S. A.", en el cual se encuentran acompañados los contratos de fletamento, materia de su reclamo.

5.- Don Mario Macchiavello Vásquez, en su carácter de Director y en representación de la Empresa Marítima del Estado, expresa lo siguiente, al tenor de la solicitud presentada por la Empresa Nacional del Carbón S. A.:

a) Que la Empresa Marítima del Estado y la Compañía Carbonífera Lota Schwager S. A. celebraron los contratos de Promesa de Fletamento y de Exclusividad, según consta de las escrituras individualizadas en el N° 1 de esta Resolución.

b) Que los referidos contratos aseguraron a Empremar el transporte marítimo de Carbón de la mencionada compañía, el que sería servido por las naves "Doña Isidora" y "Matías Cousiño", que la Empresa adquirió, única y exclusivamente, con esa finalidad. En los mismos contratos se estableció que la Empresa debía adquirir, además, otros medios de transporte que racionalizaran definitivamente el tráfico marítimo del carbón, lo que se efectuó al poco tiempo con la adquisición de tres barcasas, de 7.300 toneladas de capacidad de carga, remolcadas por sendos remolcadores de 1.500 HP, en lo que la Empresa invirtió varios millones de dólares.

c) Que toda esta situación se materializó a pedido expreso de la Compañía Carbonífera Lota Schwager S. A., hoy Empresa Nacional del Carbón, a fin de obtener una racionalización del tráfico marítimo y una baja en los costos del transporte, resultados que se obtuvieron en su integridad, aún a costa de pérdidas que sufrió EMPREMAR por el cumplimiento de las disposiciones de los respectivos contratos, que se encuentran vigentes en la actualidad hasta el año 1979.

d) Que la Empresa, antes de adoptar la determinación de invertir una suma cuantiosa en la adquisición del "tren Naval", inversión que se continúa amortizando hasta la fecha, debió asegurarse un nivel determinado de fletes en la forma estipulada en los contratos referidos. Todo lo anterior consta, fehacientemente, en las cláusulas 10a., 13a., 14a., y 15a. del Contra-

to de Promesa de Fletamento, las que fundamentan, por sí solas, el origen de los contratos suscritos con la Compañía Carbonífera Lota Schwager.

e) Que el objetivo fundamental del Decreto Ley N° 211, de 1973, es impedir el perjuicio del interés general y, en especial, de los consumidores, mediante la celebración de actos o contratos que distorsionen los precios, sin que la exclusividad en este caso, sea un monopolio porque se trata de un solo productor que designa un distribuidor exclusivo y no de varios productores que encargan la distribución de sus productos similares a una sola persona o entidad.

f) Que en la actualidad una sola de las partes contratantes, la Empresa Nacional del Carbón, desea poner término a los contratos, en forma unilateral, porque los estima contrarios a la legislación antimonopólica, lo que no ha sido aceptado por la Empresa Marítima del Estado. No obstante, esta última Empresa ha resuelto adoptar una posición ecuánime, que estima que concuerda con los intereses de ambas partes, cual es, someter al criterio de esta Comisión Resolutiva una modificación de los contratos celebrados, que asegure a la Empresa Marítima el transporte de 450.000 toneladas anuales de carbón y con ello el pleno empleo de los trenes navales que se adquirieron, en su oportunidad, con el preciso objeto de efectuar el transporte marítimo de ese producto.

Esta solución, a juicio de la Empresa Marítima del Estado, elimina el factor de exclusividad en el transporte marítimo, respeta las intenciones de los contratantes, que se mantienen en plena vigencia y que no han sido desconocidas en momento alguno por la Empresa Nacional del Carbón y considera, asimismo, la circunstancia de que sólo restan dos años para la expiración de los contratos.

6.- La Fiscalía ha informado, además, en relación con la causa seguida ante la Comisión del Título V de la Ley N° 13.305, cuya materia fué, precisamente, el estudio de los mismos contratos de autos. En su oportunidad se dispuso ~~preliminar~~ el archivo de la causa, por la circunstancia, sobreviniente de haber comprado la Corporación de Fomento de la Producción más del 50% del capital social de la Compañía Carbonífera Lota Schwager S. A. y, en esta situación, quedó dicha sociedad obligada a transportar toda su carga por las empresas de transporte del Estado, de acuerdo con el artículo 2° de la Ley N° 14.999.

CON LO RELACIONADO Y CONSIDERANDO:

1° Que el examen de los contratos denominados de "Promesa de Fletamento" y "Convenio de Exclusividad" que constan de las

escrituras públicas de fechas 16 y 30 de Septiembre de 1969, otorgadas ante el Notario Público de Santiago don Sergio Rodríguez Garcés, que se han tenido a la vista, lleva a la conclusión que los referidos contratos atentan contra la libre competencia en el ramo del transporte marítimo del carbón, toda vez que se impone a la Compañía Carbonífera Lota Schwager S. A., hoy Empresa Nacional del Carbón S. A., la obligación de efectuar todo el transporte marítimo de sus productos a través de la Empresa Marítima del Estado, y aún más, los términos que consagran la exclusividad permiten imponerla a terceros que contraten con la Empresa Nacional del Carbón, ya sea que ella venda el carbón mediante ventas al embarque, como son las ventas CIF, C y F, FOB y FAS.

2° Que los artículos 1° y 2°, letra b), del Decreto Ley N° 211, de 1973, prevén que los actos o convenciones relacionados con el transporte que impidan o tiendan a impedir la libre competencia serán considerados atentatorios de sus normas y que quedan comprendidos en la figura del inciso 1° del artículo 1° citado. Asimismo, el artículo 4° del mismo Decreto Ley dispone que sólo por ley podrá reservarse a instituciones fiscales, públicas, de administración autónoma o municipales el monopolio de determinadas actividades económicas, tales como extractivas, industriales, comerciales o de servicios.

3° En la especie, no existe disposición legal alguna que conceda a la Empresa Marítima del Estado el monopolio en el ejercicio de la actividad naviera, sobretodo, luego que el artículo 6° del Decreto Ley N° 466, de 1974, derogara expresamente el artículo 2° de la Ley N° 14.999, que otorgara a la Empresa Marítima del Estado el monopolio legal del Transporte realizado por las empresas estatales o asimiladas.

La Ley N° 12.041, por su parte, si bien reserva el cabotaje nacional a las naves chilenas sobre las naves extranjeras, no autoriza ningún monopolio en favor de determinados navieros o armadores de naves chilenas.

4° Que las explicaciones que da la Empresa Marítima del Estado en el sentido que el interés público habría inspirado aquellos contratos y que razones de conveniencia le impusieron la adquisición de nuevos elementos para el transporte del carbón, inversión que no habría podido efectuarse si no se hubiera contado con la seguridad de un flete por un tiempo suficiente para esos fines, no tienen valor frente a las disposiciones de una ley vigente, como lo es el Decreto Ley N° 211, de 1973. Dichas explicaciones, muy atendibles como motivación de los contratos objetados y que, afirmadas por una autoridad responsable, deben ser admitidas como ciertas y efectivas, no pueden justifi-

car los contratos ilegítimos a la luz de las normas sobre libre competencia.

5° Que las alegaciones de la Empresa Marítima del Estado en cuanto sostiene que para que exista una trasgresión al Decreto Ley N° 211, de 1973, es necesario que se produzca o pueda producir un perjuicio para el consumidor, tampoco pueden ser atendidas. En efecto, si bien es cierto que el fin último del mencionado decreto ley es la protección de los intereses del consumidor, cabe presumir que en todos los actos descritos por dichas normas como atentados a la libre competencia, el legislador advierte un peligro real o potencial para dichos intereses y, por ello, los sanciona.

6° La alegación de la misma Empresa Marítima del Estado en cuanto a que los contratos serían lícitos porque establecen la exclusividad en el transporte de un solo productor, invocando cierto paralelismo con las distribuciones exclusivas respecto de un solo productor, tampoco, a juicio de esta Comisión, debe ser admitida. Si bien se trata, en el caso de autos, de una Empresa que se obliga a entregar exclusivamente a una Empresa Naviera todo el flete marítimo del carbón que extrae de sus minas, debe considerarse que dicho flete constituye prácticamente el total del flete marítimo del carbón, toda vez que, actualmente, la Empresa Nacional del Carbón está en posesión de las acciones de todas las compañías carboníferas más significativas del país, en virtud de lo dispuesto por el Decreto Ley N° 931, de 1975.

7° En estas circunstancias, sólo cabe concluir que las cláusulas de exclusividad contenidas en los contratos, materia de autos, importan un verdadero monopolio en el transporte marítimo del carbón que infringe las disposiciones del Decreto Ley N° 211, de 1973, pues reservan a una sola empresa la totalidad del flete marítimo del carbón.

8° En cuanto a la petición de la Empresa Marítima del Estado para que esta Comisión modifique los contratos, asegurando a dicha Empresa el transporte marítimo de 450.000 toneladas anuales de carbón en las condiciones pactadas, porque dicho tonelaje asegura el pleno empleo de los "trenes navales" que se adquirieron, en su oportunidad, con ese preciso objeto, cabe desecharla porque importa dejar subsistentes, aunque sea por un lapso inferior a dos años, contratos que son ilegítimos a la luz del Decreto Ley N° 211, de 1973, y porque la modificación



sugerida, por sí sola, no es bastante para obviar tal ilicitud, más aún, si se tiene presente que el tonelaje anual indicado por la Empresa Marítima del Estado corresponde, en todo caso, a una cantidad que influye significativamente en el tonelaje movilizado.

Y VISTO, además, lo dispuesto por el artículo 17, letra a) N° 1, del Decreto Ley N°211, de 1973,

S E D E C L A R A : que se dejan sin efectos los contratos de "Promesa de Fletamento" y de " Convenio de Exclusividad", de que dan cuenta las escrituras públicas de 16 y 30 de Septiembre de 1969, ante el Notario de Santiago don Sergio Rodríguez Garcés, suscritos entre Carbonífera Lota Schwager S. A. y la Empresa Marítima del Estado.

Transcribábase al señor Ministro de Economía, Fomento y Reconstrucción, al señor Ministro de Transportes, al señor Director de la Empresa Marítima del Estado y al señor Gerente General de la Empresa Nacional del Carbón S. A.

Notifíquese al señor Fiscal de la Defensa de la Libre Competencia.

*Victor Manuel Rivas del Canto*

*[Signature]*

*[Signature]*

*[Signature]*

*[Signature]*

*[Signature]*

Pronunciada por los señores don Víctor Manuel Rivas del Canto, Ministro de la Excm. Corte Suprema y Presidente de la Comisión, don Mario Ebner Pinochet, Director