

Estudio de Caso N° 7

LA PRIVATIZACION DEL AREA DE CARGA DE LA EMPRESA DE FERROCARRILES DEL ESTADO EN CHILE: ¿UNA NEGOCIACION ATIPICA?

Cristian Saieh Mena

Este Estudio de Caso fue realizado por el profesor Cristian Saieh, quien forma parte del plantel académico del Magíster en Gestión y Políticas Públicas de la Universidad de Chile.

Agradecemos el apoyo proporcionado por la Fundación Andrew W. Mellon de Estados Unidos.

Agosto 1996



Universidad de Chile

Facultad de Ciencias Físicas y Matemáticas
Departamento de Ingeniería Industrial

Av. República 701 • Fono: (562) 678 4067 • Fax: (562) 689 4987

E-mail: mgpp@dii.uchile.cl

Sitio web: <http://www.dii.uchile.cl/mgpp/>

Santiago - Chile

RESUMEN EJECUTIVO

Las políticas públicas, al igual que otros aspectos del desarrollo de sociedades e individuos, se enmarcan en un entorno transaccional donde es necesario contar con elementos e instrumentos básicos y complejos de negociación, que tiendan a incorporar soluciones que impacten en el desarrollo y progreso de esos individuos y de la sociedad como un todo.

En este contexto, el desarrollo de la privatización del área de carga de la Empresa de Ferrocarriles del Estado de Chile (FEPASA), entre 1992 y 1994, exhibió ciertos elementos de negociación que este estudio pretende desvelar, para determinar si dicha enajenación constituye un caso atípico de venta de activos del Estado o si, por el contrario, se enmarca en un proceso reglado donde los elementos de creación de valor fueron sólo secundarios y no exportables a procesos análogos.

Para responder a esta inquietud se analizan fundamentos que informan homogéneamente procesos negociadores, se identifican las etapas críticas de la privatización de FEPASA y se enuncian los compromisos y efectos resultantes en el contexto económico y legal de la época.

I. INTRODUCCION

¿Fue la privatización de la Sociedad Ferrocarril del Pacífico S.A., FEPASA, una negociación atípica para el Estado chileno? ¿Existen elementos que indiquen que dicha privatización responde a lo que hoy en día identificamos como negociación?

La pregunta puede llamar a confusión, toda vez que las principales etapas de dicho proceso privatizador se establecieron en procedimientos estrictamente reglados de enajenación de activos del Estado, enmarcados en la Ley Orgánica de Ferrocarriles del Estado.

Sin embargo, dicho proceso podría contar, desde un punto de vista teórico y tal vez práctico, con importantes elementos propios de un proceso negociador. Son éstos los que intentaremos esclarecer, con la idea de elaborar pautas que puedan incidir en estudios de futuros procesos similares.

Para ello revisaremos los fundamentos que informan los procesos negociadores, identificaremos las etapas críticas de la privatización de FEPASA y concluiremos determinando los elementos de un proceso negociador especial. Por último, delinearemos algunas consideraciones relevantes para futuros procesos privatizadores chilenos.

Las conclusiones que arroje el estudio deberán necesariamente estar precedidas por el análisis de la necesidad estatal de modernizar la Empresa de Ferrocarriles del Estado, EFE, de las modificaciones a su legislación, del manejo de la imagen de la empresa y de la búsqueda de mecanismos de beneficio en la asociación con el Estado.

II. LA NEGOCIACION¹

El concepto de negociación implica un proceso de comunicaciones por el cual las partes expresan intereses y objetivos fundados en principios. Su finalidad es persuadir para obtener un acuerdo basado en criterios idóneos, medibles e independientes de la voluntad de las partes.

Conocer los elementos de un modelo negociador nos permite identificar pautas de acción para abordar futuros procesos en los cuales se manifiesten escenarios coincidentes. Dichos elementos han sido abordados por numerosos autores; aquí resaltaremos algunos que suelen hallarse en el trasfondo de nuestra acción diaria:

- La comunicación y el lenguaje, en la medida en que sin ellos no existe posibilidad de obtener acuerdos ni compromisos, objetivos inherentes a todo proceso negociador.
- Las necesidades e intereses de las partes involucradas que se pretenden resolver.
- Las alternativas al acuerdo o compromiso que establecen los límites de nuestra propia acción negociadora.
- La generación de distintas opciones de solución a través de un diagnóstico libre de la problemática surgida.
- La búsqueda de la legitimidad a través de un discernimiento basado en criterios justos, equitativos, idóneos e independientes de la voluntad de las partes.
- El cumplimiento y la ejecución de los compromisos resultantes de la satisfacción de los intereses de las partes.
- La generación de relaciones de cooperación entre los agentes, que serán el fundamento de futuras negociaciones exitosas.

No ahondaremos en otros conceptos de modelos de negociación, al menos en forma teórica, ya que nuestro objetivo es solamente establecer conexiones entre los elementos descritos y la privatización de FEPASA.

¹ *La descripción de la mayoría de los elementos de negociación del presente trabajo corresponden al Proyecto de Negociación de Harvard.*

III. ANTECEDENTES RELATIVOS A PRIVATIZACIONES

La privatización de empresas estatales es una problemática compleja. Ha atravesado el cuerpo social de diversas regiones del globo y más en países -como Chile- que han sufrido transformaciones políticas, económicas y sociales de la envergadura de las que objetivamente podemos observar en las últimas tres décadas.

No es el caso analizar, desde un punto de vista académico, procesos traumáticos o exitosos como la nacionalización y chilenización del cobre, la privatización de empresas de telecomunicaciones o la reforma agraria. Simplemente se trata de situar al lector en un problema que ha provocado grandes controversias.

Un elemento importante del análisis de este proceso privatizador y negociador es la percepción de los chilenos acerca de la función que debe cumplir el transporte ferroviario. Ferrocarriles del Estado se identifica con la historia de Chile; su desarrollo está íntimamente ligado al desarrollo del país. Como en otros lugares del mundo, los ferrocarriles fueron durante decenios el único medio de transporte que acompañó la actividad productiva del país y el transporte físico de las personas, lo que explica su arraigo en la conciencia nacional y su identificación con el patrimonio chileno. Ello se traduce en una imagen añosa y romántica, de una institución con un papel más de caridad pública que de actividad comercial.

IV. LA BUSQUEDA DEL INTERES ESTATAL

1. EL CONTEXTO PRIVATIZADOR

Patricio Aylwin llegó al poder en Chile en 1990, en un momento extremadamente delicado de la historia nacional. Después de 17 años de gobierno militar, Chile era testigo de controvertidas transformaciones económicas y sociales. Los objetivos del nuevo gobierno eran la normalización democrática, la reconciliación nacional y la continuación de la senda de éxito macroeconómico, con los necesarios ajustes sociales que era necesario emprender.

En este contexto surge un amplio debate respecto del destino de las actividades productivas en manos del Estado, considerando las numerosas privatizaciones de los últimos años del régimen militar. Puertos, ferrocarriles, empresas sanitarias, eléctricas y la gran minería del cobre, entre otros, se hallaban muy cuestionados, en algunos casos por su complicada situación económica y financiera y en otros por erradas políticas de gestión e inversión, que afectaban la credibilidad pública en un «Estado empresario».

2. LASITUACIÓN DE FERROCARRILES DEL ESTADO Y EL DEBATE DE LA ÉPOCA

La situación de la Empresa de Ferrocarriles del Estado (EFE) era lastimosa. Ello se reflejaba no sólo en los estados financieros de la empresa², sino en el creciente desprestigio por su ineficiencia en el cumplimiento de sus objetivos de desarrollo, tanto en el transporte de carga como en el de pasajeros. Innumerables razones avalan esta afirmación y, no siendo el caso analizarlas en detalle, podríamos responsablemente señalar que a comienzos de los 90 EFE asistía impávida y sin capacidad de reacción a los preparativos de su funeral económico.

² En 1992 la empresa había movilizado 9,5 millones de pasajeros y transportado 5,8 millones de toneladas de carga, con un personal en servicio activo de 6.629 personas y un material rodante de 22 locomotoras a vapor, 134 locomotoras diesel, 104 locomotoras eléctricas, 383 coches, 5.601 carros y otros de menor relevancia. Las pérdidas de la empresa durante el primer semestre de 1993 ascendieron a unos US\$ 30 millones. La causa de este desequilibrio radicaba principalmente en sus elevados costos de explotación en relación con sus ingresos operacionales. En el período citado los primeros sobrepasaron los US\$ 55 millones y los segundos alcanzaron sólo a US\$ 31 millones; el margen resultante es de US\$ 24 millones. Fuentes: diario *Estrategia*, 30 de julio de 1993 y *Anuario Estadístico de EFE*, 1992.

Existía consenso en que había que reestructurar la empresa para obtener servicios competitivos y eficientes; el modelo para conseguir este objetivo era motivo de discusión.

Un sector de opinión sostenía que el modelo debía ser de propiedad, control y gestión absolutamente privados, incluyendo las vías férreas. En él la empresa debía resolver en forma autónoma sobre las inversiones en mejoramiento, sin someterse a autorizaciones ni exigencias técnicas por parte del Estado. Otro sector sostenía que, por su carácter estratégico, la única alternativa para un desarrollo ferroviario exitoso era la empresa monolítica y citaban como ejemplo la situación de los ferrocarriles en España, Italia y Alemania.

Independientemente de las posiciones transitorias, los intereses comunes quedaron de manifiesto en el debate público de aquella época y en la discusión de la ley orgánica constitucional de EFE : la inyección de dinero y de capacidad de gestión que necesitaba la empresa para cumplir eficazmente sus objetivos escapaba a las posibilidades de un gobierno con una marcada inclinación social y que debía guardar celosamente los equilibrios macroeconómicos. Paralelamente, el Fisco debía resguardar sus intereses en la empresa, so pena de incurrir en excesos liberalizadores que lo comprometieran política y socialmente.

La pregunta que debía hacerse la autoridad del momento, obvia tal vez, era: ¿qué mecanismos de asociación con particulares garantizan el éxito de la empresa y resguardan los legítimos intereses de sus trabajadores, del Estado y de los particulares?

La respuesta se reflejó en la nueva Ley Orgánica Constitucional (LOC) para EFE , publicada en el Diario Oficial el 3 de octubre de 1992. En ella, entre otras cosas, se facultaba a la empresa a desarrollar su objeto social mediante contratos, concesiones o la constitución de sociedades pactadas con terceros.

He aquí el primer elemento del modelo negociador enunciado: el estudio de los intereses propios que permiten elaborar objetivos, y que se podrían sintetizar en la necesidad de contar con servicios de transporte de carga eficientes y competitivos, en especial de productos mineros y forestales, motores del desarrollo exportador.

V. EL MEJORAMIENTO DE LA POSICION NEGOCIADORA DE EFE

El primer objetivo que se debía alcanzar para mejorar la posición negociadora de EFE era ofrecer el mejor «producto» al sector privado, lo que en la práctica significaba privatizar exclusivamente el transporte de carga y dejar la modernización del transporte de pasajeros para etapas posteriores, ya que se trata de dos negocios totalmente distintos en materia de gestión, utilidades y competencia. En el transporte de carga pueden determinarse tramos rentables en función de volúmenes altos y concentrados, mientras que en el de pasajeros la magnitud de las inversiones en mejoramiento de infraestructura las hace difícilmente rentables en términos financieros, salvo que se ofrezca una subvención³.

Así, el objetivo de privatizar el transporte de carga estaba íntimamente relacionado con la atracción de ese «producto» para el sector privado en cuanto a rentabilidad del negocio y seguridad de las inversiones.

EFE comprendió que la satisfacción de los intereses básicos del sector privado pasaba por acciones concretas, y no por declaraciones de intención o novedosas disposiciones legales que pudiesen quedar en letra muerta. Su respuesta fue el plan trienal de desarrollo. Dada su importancia reproducimos el artículo 47^o de la ley orgánica que es su fuente legal:

Artículo 47^o: La Empresa deberá formular planes trienales de desarrollo. En caso que el plan formulado requiera, en todo o parte, de financiamiento fiscal, deberá ser presentado al Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones para su aprobación, la que deberá prestarse mediante Decreto Supremo de este Ministerio, el cual llevará la firma del Ministro de Hacienda. En este Decreto se definirán las obligaciones que Gobierno y Empresa contraen recíprocamente. El Ministerio deberá aprobar, modificar o rechazar el plan dentro de los sesenta días siguientes a la fecha de su presentación.

La Ley de Presupuesto podrá autorizar transferencias a la Empresa de Ferrocarriles del Estado, cuyo monto no excederá las necesidades de aporte contempladas en el plan de desarrollo, las que única y exclusivamente podrán destinarse a: compensar los subsidios explícitos o implícitos que perciban otros modos de transporte terrestre, financiar inversiones en infraestructuras y equipos, y solventar el endeudamiento de arrastre vigente al publicarse esta ley.

³ *Ian Thomson, economista e historiador del transporte. Editorial diario El Mercurio, 24 de junio de 1994.*

El plan trienal 1993-1996 establecía un acuerdo entre el gobierno y la empresa. El primero se comprometía a financiar los requerimientos derivados del plan de rehabilitación, reestructuración de la deuda de arrastre y egresos del personal. La segunda se obligaba a privatizar los transportes de carga, aportar los excedentes para cancelar pasivos y racionalizar el transporte de pasajeros y el personal.

Estamos ante un acuerdo satisfactorio en el que ambas partes armonizaban sus intereses en la búsqueda de un objetivo común: eficacia y eficiencia en la prestación de los servicios de ferrocarriles. Asimismo, ese plan suponía una señal clara al sector privado del interés para el desarrollo de negocios.

Uno de los elementos más contundentes del plan era el mejoramiento de la deteriorada infraestructura de EFE , pues así la comunidad en general y las empresas en particular percibirían una voluntad explícita de generar oportunidades de negociación. Ello se tradujo en una acción concreta que entregó garantías de seguridad y velocidad respecto de la vía férrea.

Otro de los componentes del plan fue el tema de los subsidios al transporte terrestre. Los ejecutivos de EFE consideraron fundamental para el éxito de la privatización la aprobación de una «tarifa compensatoria» por parte del Estado a la empresa de carga, equivalente a un porcentaje fijo de lo que el Fisco invierte anualmente en obras viales. Así la empresa podría competir con el transporte terrestre de carga, ya que los usuarios de dicha red vial no pagan el verdadero costo que significa su utilización y, por tanto, la competencia con el transporte ferroviario no se daba en condiciones de igualdad ⁴. El gobierno otorgó a EFE dicha compensación por el subsidio implícito al transporte terrestre.

El proceso marchaba acertadamente en el aumento de las posibilidades de negocio para el transporte de carga. Sin embargo, persistía otro problema pendiente, y de vital importancia: la sobredotación de personal de la empresa.

Su solución era imperiosa puesto que ningún proyecto serio de inversión podría materializarse con las características de recursos humanos de EFE . A su vez era

⁴ *En este contexto son ilustrativas las declaraciones del presidente de EFE a El Mercurio: "Si no hay compensación, no hay privatización, porque el peaje que tendríamos que cobrar sería altísimo". 30 de junio de 1993.*

indispensable conjugar esta variable con los intereses de los trabajadores, los que en ningún caso eran responsables de la ineficiencia de la gestión estratégica y económica de la empresa. El «plan de egresos» estipulado en la LOC se convirtió en una eficiente herramienta para ello, reduciendo el personal en cerca de 1.500 trabajadores en un año y medio, mediante un atractivo sistema de indemnizaciones compensatorias ⁵.

Los elementos prácticos enunciados, que mejoraban ostensiblemente la capacidad negociadora de EFE, debían complementarse con lo era quizá uno de los puntos críticos de la problemática general: la modalidad de privatización.

Así las cosas, el directorio de EFE evaluó distintas opciones para un modelo privatizador, entre las que destacaban la privatización de los servicios de carga como un todo, y la privatización por tipo de servicio o región.

Tras los análisis técnicos y económicos de rigor, se optó por la primera de las alternativas, dadas las economías de escala inherentes al transporte ferroviario y las inconveniencias de un fraccionamiento de los servicios entre muchos proveedores. Además, con esta modalidad se entregaba al sector privado la plena autonomía de las decisiones en relación a los servicios a prestar y a la administración y gestión del negocio, lo que ciertamente mejoraba la «calidad del producto ofrecido».

Se decidió entonces formar una sociedad anónima entre EFE y el Fisco, para luego licitar la incorporación de terceros con la venta del 51% de las acciones de dicha sociedad. Se trataba de una decisión estratégica muy importante, pues favorecía -antes de la incorporación de terceros- una relación entre EFE, propietario de las vías férreas, y la sociedad, lo que permitía la continuidad del giro y de la prestación de los servicios.

No se trataba de concentrarse en un precio mínimo sobre el cual enajenar los activos, o de poner exageradas salvaguardas que hicieran el proyecto inviable para el sector privado. Al contrario, EFE utilizó al máximo sus ventajas legales, económicas y estratégicas para obtener un acuerdo que satisficiera lo mejor posible sus intereses y los del futuro comprador. Así pues, con estas medidas EFE desarrollaba exitosamente un elemento trascendental en todo proceso negociador -el mejoramiento de las alternativas y de la capacidad negociadora- y se enmarcaba en los supuestos del modelo privatizador:

⁵ Ver artículo 4º transitorio de la LOC.

- La certeza de la existencia de capacidad gestora y económica en el sector privado y del interés por desarrollar el negocio ⁶.
- El beneficio actual y futuro de EFE. El primero, en lo relativo a la concentración de sus esfuerzos económicos y estratégicos en la lastimosa situación del transporte de pasajeros. El beneficio futuro, como consecuencia de inversiones y de las utilidades que se esperaban de la asociación con el sector privado, aunque hubiese una disminución relativa de la participación de EFE en el capital de FEPASA.
- La clara separación entre la propiedad de la infraestructura y la prestación de los servicios de carga, a través de un sistema de asignación de costos por el uso de la vía, lo que permitía que coexistiesen distintos portadores operando sobre una misma vía.

⁶ Ya en 1992, y como consecuencia de las acciones emprendidas por EFE, el transporte de carga generaba excedentes operacionales.

VI. LA TRANSPARENCIA EN LAS NEGOCIACIONES PARA LA ADQUISICION DE LA PROPIEDAD DE LA EMPRESA

Indispensable a todo proceso negociador es la búsqueda de opciones que propendan al mutuo beneficio y a la creación de valor. Se trata de ampliar el espacio de la negociación a opciones libremente diseñadas por las partes, de permitir la conciliación de intereses opuestos y de potenciar aquellos que son complementarios y equivalentes.

¿Cómo puede materializarse ese elemento de negociación en un proceso estrictamente reglado por una ley orgánica constitucional? Más aún, no conociendo EFE los resultados de la enajenación ni los futuros interesados, ¿era posible explorar opciones de satisfacción de intereses y necesidades? Aunque a esas alturas se trataba de actos unilaterales de creación de opciones, existían ciertas acciones concretas para explorar beneficios mutuos. Podemos resumirlas en dos:

1. LA PUBLICIDAD Y TRANSPARENCIA DEL PROCESO

La profusa difusión del proceso privatizador en los ambientes políticos, sociales y académicos, unida a la larga discusión de la LOC, permitió a las distintas corrientes expresarse abiertamente respecto del modelo privatizador más adecuado. Con ello se pretendió dar seguridad a los observadores privados del proceso de constitución de la empresa, como también preparar estrategias económico-financieras acordes con las modalidades que EFE diseñaba para la adquisición del control de la empresa.

Además, EFE contrató expertos externos, ajenos a intereses transitorios partidistas o doctrinarios y altamente calificados en el aspecto técnico. Dicho equipo dio confianza al sector privado, que lo aceptó como interlocutor válido, elemento indispensable en todo proceso negociador a la hora de generar confianza y construir relaciones de cooperación entre las partes en la búsqueda de opciones técnicas competentes.

2. LA ESTRUCTURA JURÍDICA DE FEPASA Y EL APORTE DE CAPITAL DE EFE

La estructura jurídica no podía incurrir en vicios de procedimiento o de fondo que posteriormente hicieran inviable la enajenación de activos de la empresa. También debía considerar en forma transparente el aporte de bienes de EFE a FEPASA.

El Fisco y EFE constituyeron la sociedad denominada Ferrocarril del Pacífico S.A. (FEPASA), empresa que se regía íntegramente por las disposiciones propias de las sociedades anónimas. Ello garantizaba la claridad y transparencia del modelo jurídico empleado, pues la constitución y funcionamiento de ese tipo de sociedades está profusamente reglado en la legislación chilena, así como su fiscalización a cargo del organismo independiente Superintendencia de Valores y Seguros. De esta forma se conciliaban los intereses estratégicos del sector privado.

Después, la Ley 19.170 de 1992 facultó al Presidente de la República a establecer mediante decretos los nuevos valores de los activos de EFE, los cuales fueron determinados por una auditora independiente de gran prestigio.

Valorados sus activos, y tras diversos análisis jurídicos y económicos, de una consulta a la Contraloría General de la República y de las indicaciones de la Superintendencia de Valores y Seguros, EFE suscribió un aporte de capital mediante la emisión de acciones por un valor de \$ 35.249 millones, traspasando el dominio del equipo ferroviario, carros, locomotoras y otros bienes muebles a FEPASA.

VII. LAS DEFINICIONES PREVIAS A LA LICITACION

El tema más complejo y relevante de las condiciones que debían establecerse para atraer el interés del sector privado y dar certidumbre al proceso era el contrato que regiría la relación entre EFE, propietario de las vías férreas, y FEPASA, prestador de los servicios de carga. Si no quedaba bien esclarecido se corría el riesgo de que el sector privado no quisiera participar en la propiedad de la empresa, pues el cobro por el uso de las líneas y los demás antecedentes ligados a esta especial relación eran puntos claves para determinar la futura factibilidad y rentabilidad del negocio.

No existía experiencia previa en este sentido, como tampoco ningún modelo extranjero o situación coincidente en otros servicios productivos nacionales en los cuales inspirarse. Este hecho, unido a la complejidad propia de una situación en la que hay que asegurar el resguardo del legítimo interés de muchos operadores sobre una infraestructura común, constituía una incógnita en cuanto a sus alcances técnicos, económicos y financieros.

Los elementos imprescindibles a definir en el contrato eran:

- el canon anual y el precio de los peajes.
- el suministro de la energía eléctrica para la tracción y los servicios de telecomunicaciones privadas.
- la conservación de las líneas y de la infraestructura.
- la interoperabilidad de los trenes de pasajeros y de carga.
- las obligaciones y derechos de los usuarios de las líneas.

Otro elemento que debía establecerse -y al cual fue necesario prestar especial atención- era el uso de la vía por terceros, pues de la LOC no se desprendía con exactitud ni una sola interpretación⁷. Finalmente se optó por un sistema de acceso abierto, con lo cual se evitaban elementos de incertidumbre en el proceso.

El modelo propuesto de contrato, después de establecer los antecedentes jurídicos que justificaban el uso de las vías por parte de FEPASA, regulaba el régimen de esta empresa para la conservación y uso de las líneas, la operación de los trenes de carga y

⁷ El inciso 4º del artículo 2º establece: "De igual modo, en todo contrato, concesión y aporte que implique dar uso exclusivo de la línea férrea, en todo o parte, será condición esencial del contrato, o de la concesión, o del aporte de sociedad, que se permita a terceros el uso de la vía, sobre la base de un sistema tarifario igualitario y no discriminatorio".

pasajeros, los derechos y obligaciones de los usuarios y demás tópicos relevantes a una futura operación de distintos prestadores de servicios sobre las mismas vías.

Sin embargo, era necesario retroalimentar las definiciones de ese modelo de contrato con los aportes de los interesados, pues tales definiciones determinaban de modo crucial la rentabilidad y viabilidad del negocio.

VIII. LA PRECALIFICACION DE LOS INTERESADOS Y EL INICIO DE LA COMUNICACION

Entre los objetivos de las bases para la precalificación estaba la necesidad de EFE de sondear con mayor exactitud el interés concreto del sector privado y la fuerza de la propuesta privatizadora. Era ésta la primera comunicación formal con el sector privado, y debía ser totalmente exitosa para dar pie a un proceso negociador.

Pero este objetivo debía armonizarse con la conveniencia de que en las bases de precalificación hubiera elementos de incertidumbre, bien por la falta de definiciones en ciertas materias por parte de EFE o por el interés de mantener dichos elementos en reserva. De esta forma se creaba un «muro de contención» que detenía las expectativas del sector privado y evitaba exponer el modelo y los elementos esenciales de la privatización a un debate de consecuencias impredecibles.

Las bases de precalificación señalaron que los criterios de evaluación de las ofertas y los requisitos formales de presentación serían especificados en las bases de licitación. En las mismas se solicitaban los «Términos de referencia» para calificar, los cuales exigían, entre otras cosas, una definición del enfoque estratégico del postulante. Por último, un prospecto adjunto señalaba que el contrato principal entre EFE y FEPASA estaría perfeccionado antes de adjudicarse la licitación, así como los contratos de arrendamiento a FEPASA de las instalaciones, patios, oficinas y otros bienes necesarios para la prestación del servicio.

Como hemos mencionado, uno de los elementos de mayor incertidumbre -el uso por terceros de las vías férreas- fue despejado en estas bases de precalificación con la descripción de un sistema de preferencias que no le aseguraba a FEPASA el uso exclusivo de las vías, pero le otorgaba preferencia para la programación de los servicios (después del de pasajeros), estableciendo definitivamente que terceros operadores interesados también podrían operar en condiciones similares a FEPASA.

Las nueve empresas que resultaron calificadas⁸ fueron notificadas de que en 30 días se daría comienzo a la licitación propiamente tal.

⁸ RENFE, Red Nacional de Ferrocarriles Españoles; CAP.; Compañía Sudamericana de Vapores; Compañía de Transportes Ferroviarios; Empresas Marítimas Cosmos; Railroad Development Corporation; RAILTEX, CELARAUCO y un consorcio integrado por siete empresas entre las que destacan Puerto Ventanas y Chilgener.

En esta fase se aprecia un nuevo elemento de negociación, el inicio de la comunicación formal entre EFE y el sector privado. La comunicación, como proceso con el cual se busca respaldar el propósito de obtener una decisión conjunta, se basa en escuchar atentamente a la contraparte para reconocer con precisión lo que expresa en cuanto a sus necesidades, intereses, percepciones y emociones.

A estas alturas del proceso negociador, y con la definición de las empresas calificadas, encontramos los primeros elementos de este proceso de conversaciones formales que significa para EFE el comienzo del descubrimiento de la calidad de la contraparte, de sus intereses inmediatos y los de alcance futuro. Asimismo, EFE revela formalmente sus primeras fortalezas y debilidades para la futura negociación, dando un importante paso en función de la credibilidad del modelo para el sector privado, ya que éste comienza a hacerse una visión más global del modelo y cuenta con la posibilidad formal de participar en las conversaciones que estructurarán el negocio.

IX. LAS BASES DE LA LICITACION

1. LOS ELEMENTOS DE CREACIÓN DE VALOR Y DE LEGITIMIDAD DEL PROCESO

Excluyendo la ley orgánica constitucional de EFE, el instrumento jurídico que debía garantizar el éxito del proceso negociador eran las bases de licitación. A través de ellas se debían expresar claramente los requisitos formales y de fondo -tanto técnicos como jurídicos y económicos- para la participación efectiva en el proceso del sector privado y para el desarrollo futuro del negocio.

Por consiguiente, EFE invirtió una cantidad significativa de tiempo y recursos en la discusión y redacción de las mismas, pues no debían quedar puntos oscuros o dudosos en materia formal, y de algún modo se debía permitir la iniciativa del sector privado ante ciertas definiciones relevantes de dicha relación.

Así, el elemento fundamental de creación de valor en esta etapa de la negociación fue la entrega de la versión preliminar del contrato principal entre FEPASA y EFE a los calificados que adquirieron las bases, solicitando comentarios y observaciones.

En este punto nos encontramos con el refuerzo del elemento de la comunicación y con la incorporación de un nuevo elemento de suma importancia: la posibilidad, dentro de este marco de acción sumamente reglado, de «crear valor» en el contrato principal a través de observaciones y comentarios a la redacción del mismo por parte del sector privado.

De esta manera EFE posibilitaba otras opciones a las empresas interesadas, que efectivamente pudieron participar en uno de los términos fundamentales de la futura relación. Se trataba de la posibilidad de descubrir y «discutir» los intereses de las partes, favoreciendo la creación de opciones de mutuo beneficio en un ambiente que podríamos definir como de mutua colaboración.

En este contexto -y pese a que la mayoría de los asesores de EFE propuso contemplar en el contrato principal la exclusividad para FEPASA del transporte de carga por la red férrea de propiedad de EFE- se consideró de mayor conveniencia establecer un sistema que permitiese el acceso de terceros, aunque con preferencias para FEPASA.

Aquí nos hallamos frente a uno de los aspectos más relevantes de la búsqueda de opciones y de legitimidad de que venimos hablando: el que los interesados pudieran estudiar el contrato. Ante las observaciones de uno de ellos, EFE consultó a la Comisión Preventiva Antimonopolio sobre la negativa de autorización para operar a otros porteadores hasta enero de 1997, sobre el sistema de preferencias propiamente tal, sobre la obligación de EFE de no explotar el servicio de carga y sobre el sistema de peajes fijos y cánones.

La citada Comisión dictaminó confirmando los intereses de EFE respecto del sistema de preferencias, cánones y peajes. Sin embargo, también estableció que la negativa a la entrada de nuevos operadores al negocio debía ser siempre fundada, y que a EFE no le correspondía privarse de la realización de su objeto social. Para adaptarse a esta nueva situación, el directorio de EFE decidió modificar una cláusula del borrador del contrato referente al sistema de preferencias, en los siguientes términos:

En el evento que un nuevo porteador adquiera el derecho de usar la misma red ferroviaria que FEPASA para realizar transporte de carga, EFE estará obligada a aplicarse un sistema de cobros por el uso y conservación de las líneas e infraestructura, y la administración del tráfico, cuyas condiciones no podrán ser más favorables para el nuevo porteador que las que hayan convenido con FEPASA y que se encuentren vigentes. FEPASA acepta desde ya que la aplicación a otro porteador de carga de las condiciones establecidas en el anexo C de este contrato no constituirá otorgamiento de condiciones más favorables.

En caso que EFE no dé cumplimiento a esta obligación, sea por su propia voluntad o por disposición legal, administrativa o judicial, FEPASA tendrá derecho a exigir para sí el mismo tratamiento de cobros que se aplique al nuevo porteador de carga. Si FEPASA ejerciere su derecho, EFE le aplicará el nuevo tratamiento, sin efecto retroactivo, a contar de la fecha en que hubiere recibido el correspondiente requerimiento de FEPASA.

Además, y sólo si el incumplimiento fuere consecuencia del arbitrio injustificado de EFE, declarado por sentencia arbitral, incurrirá en una pena en favor de FEPASA equivalente a cien mil Unidades de Fomento (100.000 U.F.) como estimación única, total, anticipada y convencional de los perjuicios compensatorios. Sin embargo, FEPASA podrá desentenderse de la pena estipulada y demandar los perjuicios directos y previstos, de

conformidad con lo estipulado en la cláusula 18. En caso alguno FEPASA tendrá derecho a reclamar la pena e intentar un cobro de perjuicios suplementarios.

Comprendidas la importancia y la validez de las consultas realizadas al organismo antimonopolio y las consiguientes modificaciones al contrato principal, podemos entender la relevancia de la decisión de EFE de consultarlo, desde la perspectiva del modelo negociador analizado.

A pesar de que el proceso se había llevado adelante en una atmósfera de comprensión de los intereses mutuos, priorizando la comunicación como elemento indispensable en la conciliación de los mismos y profundizando en la creación de opciones de mutuo beneficio, ahora los intereses comenzaban a entrar en conflicto. Como suele suceder en las negociaciones, EFE podría haber impuesto su voluntad y posición en un ambiente *win-lose*; es probable que ello hubiese supuesto la pérdida de los importantes avances obtenidos en el proceso. Sin embargo, mediante esa acción EFE evidenció su criterio de buscar criterios justos, idóneos e independientes que aseguraran una legitimidad basada en principios y no en posiciones para así concluir un acuerdo satisfactorio para las partes, lo que redundaría en beneficios no sólo para EFE, sino para el país en general.

De esta forma el proceso configuraba otro elemento indispensable de toda negociación, la búsqueda de la legitimidad referida, la cual ciertamente estaba representada por el dictamen independiente del organismo antimonopolio.

Posteriormente EFE adecuó el contrato principal, dando a conocer el borrador definitivo a los que adquirieran las bases e invitándolos a una sesión donde podrían requerir del directorio de la empresa las aclaraciones y justificaciones pertinentes. Algunas de éstas fueron introducidas al contrato definitivo, y con ello se dio por finalizado el proceso de comunicaciones formales de los intereses de las partes involucradas.

2. CERTEZA Y SEGURIDAD EN LA CREACIÓN DE RELACIONES FUTURAS DE COLABORACIÓN

Como representante de los intereses estatales, EFE debía cuidar que los elementos que garantizaran la seriedad de quien en el futuro adquiriera del paquete accionario fueran claramente establecidos en las bases y cumplidos rigurosamente después. Entre esos elementos se hallaba, como es obvio, la capacidad económica del licitante. Como requisito indispensable para participar en la licitación, EFE exigió una Carta Compromiso mediante la cual el oferente se obligaba a acreditar, a la fecha de la firma del contrato de cesión, un patrimonio propio igual o superior al 40% del valor presente de la oferta, descontado a una tasa anual del 8%. Con el mismo objeto se establecieron las siguientes garantías:

- Una boleta de garantía de seriedad de la oferta de un valor cercano a las cien mil UF.
- El compromiso de no traspasar la información proporcionada durante el proceso.
- La entrega de una escritura pública de promesa de constituir una sociedad anónima que tuviese como objeto la adquisición de acciones de FEPASA y la gestión de la misma.
- La celebración, al momento de comprar las acciones, de un pacto de accionistas con EFE para no enajenar el todo o parte del capital inicial de FEPASA antes de cinco años de la fecha de compra de las acciones.

Por otra parte, y desde un punto de vista técnico, el oferente debía asegurar mediante documentos fundados:

- Su experiencia en la gestión de servicios ferroviarios.
- Un plan de inversiones en equipos e instalaciones y una política general de financiamiento y de dividendos.
- Un diagnóstico del mercado de transporte de carga en el país y estrategias para su desarrollo.
- Un plan quinquenal operacional que debía incluir políticas comerciales, operacionales y de conservación de equipos.

- Un plan de transferencia de administración.

Por último, y para garantizar la efectividad y oportunidad del pago, cada inversionista debía especificar en la oferta económica la cantidad que pagaría por el 51% de FEPASA y la fecha de ese pago. Se exigía además un 40% del valor al contado y el resto en un plazo máximo de 5 años, garantizando este saldo por medio de una fianza bancaria.

Todos estos elementos, al contrario de lo que podría pensarse, no configuran una posición rígida de EFE en cuanto a sus exigencias para la negociación de la venta del paquete accionario: de hecho, aportaban los antecedentes necesarios para que la relación futura estuviera marcada por la certeza, la seguridad, la confianza y la responsabilidad en el cumplimiento de los objetivos comunes y de interés general que se perseguían con la privatización. De esta forma EFE aseguraba la creación de un marco legal y económico indispensable para la obtención de ventajas a través de una futura alianza, la que estaría marcada por relaciones de cooperación y de satisfacción mutua de intereses.

X. LA LICITACION PROPIAMENTE TAL Y EL CIERRE DE LA NEGOCIACION

1. LA PROPUESTA DE CRUZ BLANCA S.A.

El 31 de octubre de 1994 se efectuó la recepción de ofertas para la adquisición del 51% de las acciones de FEPASA licitadas por EFE. Los proponentes eran el Consorcio del Pacífico S.A., la Compañía de Transportes Ferroviarios S.A. y Cruz Blanca S.A. (asociada con las empresas San Pablo Bay Railway Company y la Administradora de Fondos de Inversión Estrella Americana S.A.).

Sólo una empresa presentó oferta -Cruz Blanca S.A.-; aunque no se había contemplado esa eventualidad, análisis posteriores determinaron que existía un riesgo importante de pérdida de imagen ante los accionistas por un eventual fracaso en el negocio, al incorporarse a un sector en el cual las otras empresas no tenían experiencia.

La conclusión de la Comisión de Evaluación fue que la propuesta de Cruz Blanca era seria y consistente, apreciación que fue avalada por los directorios de EFE y FEPASA. Después se conoció la oferta económica, que alcanzaba a 1.081.660,1 UF, equivalentes a esa fecha a unos US\$ 30 millones.

La decisión final quedaba en manos del gobierno. El 11 de noviembre de 1994 éste aprobó los resultados del proceso, considerando en especial la recomendación del directorio de EFE relativa al valor mínimo de la licitación acordado.

Desde un punto de vista económico, la propuesta contemplaba el pago de derechos por el uso de las líneas, los arriendos de bienes muebles de EFE, la contribución a los costos de conservación y gestión de la infraestructura y, lo que es de suma importancia, el pago a EFE de los dividendos correspondientes al 49% de la propiedad de los servicios de carga. Estos pagos representaban unos US\$ 14 millones anuales durante los primeros años, y subían a unos 21 millones después del 2000.

El detalle de la propuesta técnica rebasa los objetivos del presente estudio, pero cabe destacar que contemplaba una serie de medidas para mejorar las condiciones de las vías, del material rodante, de los talleres y de las comunicaciones y que en definitiva permitían, en armonía con la propuesta estratégica, incrementar en un 63% el transporte de carga y en un 10% las tarifas en un horizonte de 5 años.

Sin embargo, la fuerza real de la propuesta de Cruz Blanca S.A. emanaba del hecho de que contemplaba un cambio total en la gestión estratégica del negocio, así como un compromiso de modernización en la operación del servicio. Los aspectos más relevantes de dicha oferta eran:

- Un vuelco en la orientación de la prestación de los servicios hacia el mercado.
- Seguridad y versatilidad en la operación de los trenes.
- Mejoramiento constante en la calidad y capacidad de la infraestructura y del material rodante.
- Especialización y excelencia de los recursos humanos, en especial del nivel ejecutivo y de las asesorías.
- Incorporación de un sistema informático de gestión adecuado.

Los aspectos técnicos, económicos y estratégicos descritos confirmaban la seriedad, consistencia y oportunidad de la propuesta, lo que convertía a Cruz Blanca S.A. en un socio confiable en el desarrollo del futuro negocio. Así, EFE traspasaba el 51% de las acciones con el convencimiento de hacerlo a una empresa con un respaldo económico importante, con una alta capacidad de gestión y con la motivación estratégica adecuada para emprender una conveniente asociación futura, resguardando acertadamente sus intereses en FEPASA. También Cruz Blanca S.A. establecía con claridad su confianza en el futuro de esta asociación⁹.

⁹ *El Mercurio*, 9 de noviembre de 1994, citando al gerente de finanzas de Cruz Blanca: "De todos modos, explicó que el valor ofertado corresponde a una cifra determinada luego de una concepción global del sistema de transportes en el país y considera el agudo déficit de infraestructura; el creciente grado de congestión y contaminación de la red vial y la puesta en marcha de una política global para el sector que tarifique a todos los medios según su costo real, política que se encuentra en un estado de avance importante. (...) el ejecutivo dijo que la propuesta de Cruz Blanca consulta un cambio radical en el modo de operación de los trenes de FEPASA, lo que trae aparejado un programa de entrenamiento intensivo de todo el personal que será contratado por la nueva administración y que provendrá de EFE en su mayor parte. (...) Entre otras innovaciones, se buscará operar trenes más largos, carros más pesados y enrielladura más resistente. Además se busca un sistema de despacho radial que permitiría una reducción de costo de alrededor del 30% en los próximos 18 meses. (...) se espera que FEPASA comience a generar ganancias a partir del segundo año de operaciones en manos del nuevo consorcio..."

2. LOS EFECTOS DEL COMPROMISO FINAL Y LAS RELACIONES DE COLABORACIÓN

Del análisis global de la propuesta de Cruz Blanca S.A. se desprende que los objetivos perseguidos por el Estado en la privatización de los servicios de carga -en los aspectos estratégico, económico y técnico- en términos generales se cumplieron.

El cierre de la negociación con la aceptación de la oferta presenta una situación que podemos catalogar de exitosa, pues en los términos de la misma se aprecia claramente la obtención de acuerdos de satisfacción de intereses para ambas partes, alcanzados por la búsqueda conjunta de mecanismos de asociación. Estos mecanismos, además, supusieron la adopción de criterios legítimos e idóneos de elección de opciones, en un ambiente de comunicaciones exitosas y de relaciones de colaboración y cooperación estables para el futuro.

XI. CONCLUSION

¿Fue la privatización de FEPASA una negociación atípica para el Estado chileno? ¿Qué nos puede indicar que dicha privatización responde a lo que hoy en día identificamos como negociación?

Pensamos que las preguntas que orientaron este estudio son importantes para extraer conclusiones, puesto que creemos haber determinado la existencia de elementos de negociación en la privatización de los transportes de carga en Chile, de acuerdo a la lógica tanto teórica como práctica que el proceso mismo tuvo.

Se ha pretendido describir con cierta precisión los principios relevantes de modelos negociadores que podrían expresar que el proceso analizado contó con elementos atípicos respecto de otros procesos privatizadores chilenos, caracterizados por la falta de comunicación y la ausencia de alternativas integradoras.

Por el contrario, la privatización de FEPASA se caracterizó, dentro de un marco eficaz y eficiente de solución de conflictos, por la búsqueda incesante de los intereses de las partes, la continua comunicación en el proceso de diseño del modelo, la generación de opciones integradoras y legítimas, un buen manejo de las alternativas y, por último, el surgimiento de relaciones de cooperación entre los sectores privado y público, relaciones que sin lugar a dudas podrán ocasionar nuevas experiencias, como la que hoy se está aplicando para el transporte de pasajeros.

Así, otros procesos negociadores en torno a privatizaciones pueden ser estructurados y diseñados de acuerdo a elementos de modelos de negociación específicos. Si bien éstos no garantizan el éxito total, sí pueden dar lugar a respuestas basadas en la búsqueda de beneficios comunes para el Estado y para la participación del sector privado en áreas relevantes y estratégicas de la economía nacional.

XII. BIBLIOGRAFIA

- EL DIARIO*: 5 y 30 de julio de 1993, 24 de enero de 1994 y 9 de noviembre de 1994.
EL MERCURIO: 30 de junio de 1993, 5 de julio de 1993, 6 y 12 de diciembre de 1993, 24 y 28 de junio de 1994 y 9 de noviembre de 1994.
ESTRATEGIA: 1 y 30 de julio de 1993.
FISHER, ROGER y WILLIAM URY (1994), *Sí...de acuerdo*. Editorial Norma.
KARRASS, CHESTER (1992), *The Negotiating Game*. HarperBusiness Publishers.
LAX, DAVID A. y JAMES K. SEBENIUS (1986), *The Manager as Negotiator*, The Free Press.
ESCUELA DE LEYES DE HARVARD (1993), *Negotiation. Strategies for mutual gain*. Seminario del programa de Negociación. Lavina Hall. 1993.
URY, WILIAM (1993), *¡Supere el no!*. Editorial Norma.

Entrevistas

- CARLOS GÁRATE, Asesor del Ministro de Transportes y Telecomunicaciones (16 de octubre de 1995 y 27 de febrero de 1996).
PABLO MIRANDA, Ingeniero de la Empresa de Ferrocarriles del Estado (22 de junio de 1995 y 13 de septiembre de 1996).

Otras Referencias

- EFE : Anuario Estadístico 1992.
- Bases de Licitación para la precalificación.
- Bases de Licitación propiamente tales.
- Consultas a las Bases de Licitación por los interesados y las respuestas de EFE .
- Contrato EFE-FEPASA.
- Documentos de observaciones al contrato por los interesados.
- Historia y discusión en el Congreso de la citada Ley.
- Documento «La privatización de los servicios de transporte de carga », sin autor ni fecha.
- Texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley Orgánica de la Empresa de los Ferrocarriles del Estado.