

A: H. Lopez

Empresa
de los Ferrocarriles
del Estado



Santiago, 6 de Enero de 2003

Señor

ALVARO CLARKE DE LA CERDA

Superintendente de Valores y Seguros

Presente



Ref.: Consulta que indica

De mi consideración:

Sr. Superintendente

En representación de Empresa de Ferrocarriles del Estado ("EFE") vengo en consultar sobre la participación de esa sociedad en el proceso de oferta pública de adquisición de acciones de Ferrocarril del Pacífico S.A. ("FEPASA") presentada por Puerto Ventanas S.A.- Sigdo Koppers S.A.(la "OPA").

1.- Antecedentes sobre EFE.

EFE es una persona jurídica de derecho público, que constituye una empresa autónoma del Estado, de acuerdo a lo establecido en su Ley Orgánica, cuyo texto fue fijado por el D.F.L. N° 1, del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, (D.O. del 03.08.1993), de manera que las siguientes referencias de artículos sin otra indicación en contrario se harán a este cuerpo legal ("L.O. de EFE"). EFE es denominada en este texto como la Empresa, del cual se transcriben algunas disposiciones legales

EFE puede realizar su objeto social directamente o *"mediante la constitución, con personas naturales o jurídicas, chilenas o extranjeras, de sociedades anónimas que para todos los efectos legales posteriores a su constitución, se registrarán por las normas aplicables a las sociedades anónimas abiertas"* (art. 2 inciso segundo).

06 - I
Av. Libertador Bernardo O'Higgins 3322,
Estación Central, Santiago / Chile

Teléfono: (56 2) 376 9500
Fax: (56 2) 776 2609
www.efe.cl

2003010006201



“La participación de terceros, en las sociedades que forme la Empresa para el cumplimiento de sus fines y el otorgamiento de concesiones, deberán realizarse mediante licitación pública, en cuyas bases se establecerá clara y precisamente los elementos de la esencia del pacto social o del contrato de concesión. Se excluyen de este requisito las sociedades y concesiones cuyo objeto recaiga en la prestación de servicios menores (art. 2 inciso tercero).”

“Los actos y contratos que realice la Empresa en el desarrollo de su giro se regirán exclusivamente por las normas de derecho privado, en todo aquello que no sea contrario a las normas del presente decreto con fuerza de ley” (art. 2 inciso final).

“La Empresa en sus actividades estará sujeta a las mismas normas financieras, contables y tributarias que rigen para las sociedades anónimas abiertas y sus balances y estados de situación deberán ser sometido a auditorías externas de reconocido prestigio” (art.30).

“La Empresa se regirá por las normas de este decreto con fuerza de ley y, en lo no contemplado por él, por las normas que rigen a las sociedades anónimas abiertas. En consecuencia, no le serán aplicables, para efecto legal alguno, las disposiciones generales o especiales que rigen o rijan en el futuro a las empresas del Estado, a menos que la nueva legislación expresamente se extienda a la Empresa” (art. 45).

Finalmente, el art. 11 transitorio dispuso: *“Autorízase al Fisco, para que dentro del plazo de tres años, constituya con la Empresa de Ferrocarriles del Estado una o más sociedades para los fines establecidos en el artículo 2º de este decreto con fuerza de ley y para suscribir hasta un máximo de un 1% del capital de dichas sociedades, el que estará obligado a enajenar en un plazo máximo de dos años, a contar de la fecha de constitución de las respectivas sociedades. Estas sociedades se constituirán como*

sociedades anónimas y se les aplicarán todas las disposiciones relativas a las sociedades anónimas abiertas. La constitución de sociedades entre la Empresa y el Fisco estará exenta del trámite de licitación pública establecido en el artículo 2º de este decreto con fuerza de ley. Ello no obstante, toda enajenación, venta, cesión o traspaso de acciones de la Empresa o del Fisco, en cualquiera de estas sociedades, deberá ajustarse estrictamente a las normas del artículo segundo de este decreto ley”.

2.- Antecedentes sobre FEPASA.

De conformidad con lo establecido en los artículos 11 transitorio, y 2º y 36 permanentes de la L.O. de EFE, se constituyó esta sociedad por escritura pública de 15.09.1993 de la Notaría de Santiago de doña Nancy de la Fuente, que fue repactada por escritura pública de 25.05.1994, de la Notaría de Santiago de don Eduardo Pinto. En las citadas escrituras se estipuló que FEPASA se sujetará a las normas aplicables a las sociedades anónimas abiertas, en razón de lo cual se inscribió a ésta y a sus acciones en el Registro de Valores.

La referida inscripción voluntaria de sus acciones le confiere a FEPASA la calidad de sociedad anónima abierta y según lo dictaminado por esa Superintendencia en su Oficio Ord. Nº 6867 de 13.09.2002 de una que hace oferta pública de sus acciones, calificación, en cuanto interesa a esta consulta, que implica que la enajenación de éstas si acaso esa operación tiene como efecto que su adquirente asuma la calidad de controlador deba de sujetarse al procedimiento establecido en el Título XXV de la ley Nº 18.045 (“L.M.V”).

3.- Participación accionaria de EFE en FEPASA.

A la fecha EFE es titular de 1.765.912.044 acciones serie A emitidas por FEPASA que representa una participación accionaria equivalente al 43,56%, habiendo celebrado con fecha 28 de junio de 2001 un pacto de accionistas con Transportes del Pacífico S.A.

("T. del P.") propietaria de 1.991.240.221 acciones de la misma serie A, que a su vez corresponden al 49,12% sobre el total de las acciones en que se divide el capital social.

Entre las diversas cláusulas del pacto de accionistas se contempla algunas que versan sobre acuerdos de actuación conjunta en los términos del artículo 98 de la L.M.V. de manera que se ha formado un Grupo Controlador, del cual son miembros EFE y T. del P., según lo establece el penúltimo inciso del art. 97 de la citada ley.

4.- La OPA y sus consecuencias en relación a EFE.

Limitándonos siempre a lo que interesa a la consulta, de la OPA destacamos que el oferente se propone adquirir el control de FEPASA mediante la adquisición de hasta 2.014.035.537 acciones de la serie A, cantidad que corresponde al 50,5% del total de acciones de esa serie. Del Plan de Negocios expuesto en el Prospecto, llamamos la atención a que en el punto 5.2 se expresa que el Oferente pretende "*realizar nuevos aportes de capital a FEPASA mediante emisión de nuevas acciones de pago*".

Lo anterior plantea que si como resultado de la OPA ella es declarada exitosa, - para lo cual no se requiere que EFE enajene, total o parcialmente, sus acciones en el curso de este procedimiento -, la vigente participación de esta Empresa puede experimentar a continuación un serio deterioro como consecuencia de primeramente perder su condición de miembro del actual Grupo Controlador y luego de materializarse los aumentos de capital anunciado, si acaso no los suscribe, ver disminuida notoriamente su posición hasta pasar constituirse en un simple inversionista como accionista minoritario de FEPASA, sin ninguna influencia en la marcha de la compañía.

Si bien es presumible que ninguna OPA es enteramente indiferente para los accionistas a quienes se dirige, los efectos de la presente son particularmente importantes por sus indudables consecuencias económicas para EFE.



5.- Otras consideraciones sobre EFE, FEPASA y la OPA.

Recalco que EFE no ha iniciado este proceso, sino que es un sujeto pasivo de él, que eso sí le exige adoptar una oportuna decisión. Tal resolución debe tener en cuenta que a la época de la L.O. de EFE como también de la constitución de FEPASA no regían las disposiciones legales que hoy día hacen obligatorio el procedimiento de OPA (agregado como nuevo Título XXV de la L.M.V, por la ley N° 19.601 de 18.01.1999). De esta manera, el indicado D.F.L. N° 1, no pudo prever esta situación especial introducida por una ley posterior.

Con todo, sin perjuicio de lo que adicionalmente se expresará, es evidente, porque así se expresa con claridad, la intencionalidad del legislador de aplicar tanto a EFE como a las sociedades formadas de acuerdo con esa legislación, lo que comprende también a sus acciones y a sus accionistas – uno de los cuales es la propia EFE -, todas las normas que regulan, en su caso a las sociedades anónimas abiertas.

6.- Posible participación de EFE en la OPA para los cual se requiere la consulta. El problema o materia que se consulta.

En ningún caso lo que sigue puede interpretarse en el sentido que EFE haya adoptado una decisión definitiva al respecto, pues ella en primer lugar y esencialmente, depende de lo que se resuelva al tenor de esta consulta.

El problema suscitado deriva de que del artículo 11° transitorio que se remite al 2° permanente, ambos de la L. O. de EFE, puede interpretarse que esta Empresa debe enajenar sus acciones en FEPASA mediante una licitación pública, sin distinguir la causa o razón de la operación. Pero, de otra parte, se ha establecido que como esta sociedad hace oferta pública de sus acciones, a lo que se agrega que EFE es miembro

del actual grupo controlador de la misma, le es aplicable a esas acciones en forma legalmente obligatoria el procedimiento de enajenación contemplado en el ya citado Título XXV de la L.MV. Ello constituye la materia o cuestión que se consulta a la Superintendencia de Valores y Seguros.

7.- Algunas consideraciones y fundamentos de orden jurídico en relación a la consulta.

Sin perjuicio de que conforme a sus atribuciones corresponde a esa Superintendencia emitir una respuesta, haré presente lo siguiente.

Primeramente, anotamos que, de la remisión que el artículo 11° hace al artículo 2° permanente, no se desprende en forma absolutamente clara y precisa del tenor literal de éste último que la enajenación de las acciones deba realizarse siempre por el sistema de licitación pública. Un punto relevante es que debe diferenciarse si es EFE quien toma la iniciativa de vender sus acciones, del evento en que a raíz de una OPA, prácticamente EFE es “arrastrada” a intervenir en ese procedimiento, so pena de experimentar un daño en sus intereses.

Pero, bajo el supuesto que lo fuere, resulta que esa regla entra en colisión con todas aquellas normas de la L.O. de EFE que establecen que al quedar regida FEPASA por la disposiciones aplicables a la sociedad anónima abierta y no sólo eso sino que ser calificada como una sociedad anónima abierta propiamente tal que además hace oferta pública de sus acciones, estos valores mobiliarios, en su caso, quedan sometidos al procedimiento de OPA previsto en la ley sobre Mercado de Valores.

De esta manera, si acaso EFE pretendiera enajenar sus acciones en condiciones que implicara que el adquirente -como en el caso de la OPA que da lugar a la consulta- asuma el control de FEPASA por el sistema de licitación pública y no por el procedimiento establecido para estos efectos en el Título XXV de la ley N° 18.045, ello

significaría la comisión de una ostensible infracción a esta legislación, que sería sancionada.

Se sigue que EFE al participar como accionista en FEPASA está obligada a respetar y dar cumplimiento a toda la normativa aplicable a esta sociedad, a sus accionistas y a sus acciones, de manera similar a los demás socios. Correlativamente, similar respeto y cumplimiento deben tener los derechos que corresponden a EFE como accionista.

Por eso, si EFE se encuentra impedido de participar en la OPA y en cambio sí puede enajenar sus acciones mediante una licitación pública, ello rompe un principio rector de la sociedad anónima consistente en la sustancial igualdad de todos los accionistas, pues tal impedimento y consecuente autorización impondría una arbitraria discriminación, que dependiendo de las circunstancias, podría interpretarse como particularmente beneficiosa o perjudicial para sus legítimos intereses. Sobre las negativas, es preocupante que si la OPA es declarada exitosa, sería muy difícil enajenar en el futuro inmediato la participación accionaria de EFE en un precio que reflejara su real valor económico, toda vez que la persona que tomó el control de FEPASA estaría sujeta a las restricciones del artículo 200 de la ley N° 18.045 y no es razonable estimar que pueda aparecer un interesado distinto.

Finalmente, es posible homologar en cierta medida que las finalidades de transparencia, seriedad y competencia que se atribuyen a la licitación pública, se obtienen de igual forma y posiblemente incluso de manera más certera con una OPA. En efecto, los requisitos de la transparencia y seriedad se cumple cabalmente a través de las exigencias de una OPA y el de la competencia se logra en plenitud desde el momento que el artículo 206 de la ley N° 18.045 reconoce la posibilidad de la OPA competitiva.



8. La consulta.

Esta, en síntesis, se refiere a si sujeto a que así lo estime conveniente su órgano de administración, EFE puede participar en la OPA. Ruego tener presente que atendido que el plazo de este procedimiento expira el muy próximo día viernes 17 de enero en curso, es de nuestro interés sumo que la Superintendencia se pronuncie a la mayor brevedad.

Si se necesitare de mayores antecedentes u otra informaciones no dude en ponerse en contacto con la Empresa, para facilitar lo cual se ha designado al abogado don Jean Pierre Warnier, quien se desempeña como Fiscal de EFE.

Sin otro particular, saluda atentamente a Ud.

JAIME CONTRERAS LUENGO
GERENTE GENERAL (i)