

BALMACEDA Y LA NITRATE RAILWAYS COMPANY: LA PRIMERA GRAN CONTROVERSIAS REGULATORIA EN CHILE Y SU IMPACTO EN LA GUERRA CIVIL DE 1891*

SANTIAGO MONTT OYARZÚN¹

“Lo que ha sucedido tiene una explicación natural, que salta a la vista y que no es posible disimularse. Esa explicación la da íntegra y elocuente una sola palabra: ¡el monopolio! Sí; es preciso reconocerlo y decirlo en alta voz: aunque los privilegios sean esencialmente derechos perfectos y dignos de todo respeto, aunque los privilegios sean necesarios y existan en la legislación de casi todos los países civilizados, los privilegios son odiosos”

Julio Zegers, Abogado de la Nitrate Railways Company.

Remitido a *El Ferrocarril*, 16 de febrero de 1898.

“Si aceptamos por un momento que nuestros enemigos hayan sostenido también por su parte con entera buena fe los principios que nos dividían, cumple preguntar: ¿Hay en esto fundamento para una revolución? ¿Es concebible una guerra civil llena de sangre y horrores, aniquiladora del país, por una contienda meramente académica?”

José Miguel Valdés Carrera, *La Condenación del Ministerio Vicuña*.

RESUMEN: Este trabajo pretende constituir un breve aporte a la extensa literatura histórica sobre el conflicto político que desembocó en la Guerra Civil de 1891. Para ello, se estudia aquí con detención uno de los conflictos económicos medulares en el proceso de descomposición del panorama político en Chile entre 1886 y 1891: la Nitrate Railways Company y la defensa de sus privilegios monopólicos de transporte ferroviario en la Provincia de Tarapacá frente a la declaración de caducidad por parte del Ejecutivo. Esta controversia, situada aquí en el contexto de las regulaciones de ferrocarriles privados en el siglo XIX, puede ser considerada como la primera desregulación en la historia nacional, esto es, una desregulación avant-la-lettre. Se combinan aquí elementos de dogmática jurídica, ciencia política y economía, todo ello para poner a prueba algunas de las teorías económicas de las regulaciones (Chicago y Public Choice). La historia del derecho administrativo y las regulaciones económicas en Chile es aún una tarea pendiente y este trabajo pretende avanzar en la comprensión de este pasado desconocido.

* Esta investigación sobre la Nitrate Railways Company y la política económica de la primera gran controversia regulatoria en la historia de Chile fue realizada bajo el apoyo económico del programa John M. Olin, Law & Economics, Centro de Estudios de Derecho, Economía y Políticas Públicas, de Yale University Law School. Agradezco los comentarios proporcionados por los profesores Susan Rose-Ackermann, Michael Levine, Eduardo Engel, Carlos Carmona, Ricardo Couyoumdjian, René Millar y Pablo Ruiz-Tagle. Agradezco también a mis ayudantes María José Bowen y María Geraldine Aguirre, y a las asistentes de la Biblioteca del Congreso Sras. Delia Bravo, Rosario Valenzuela y Carmen Ponce. Lo que en este estudio se expresa corresponde únicamente a las opiniones del autor.

¹ Profesor de Derecho Administrativo, Universidad de Chile, Candidato a Doctor en Derecho, Yale University.

ABSTRACT ENGLISH: This work pretends to contribute to the large historic literature that studies the political conflict that ended giving place to the Civil War of 1891. It centers the attention on one particular economic conflict that was highly important in the process of political decomposition in Chile between 1886 and 1891: the Nitrate Railways Company and the defense of its railroad monopoly privileges after their revocation by the Executive Branch. This controversy, presented here in the context of private railroad regulations in the 19th century, may be considered as the first deregulation in the history of Chile, this is, as a deregulation avant-la-lettre. In order to test some of the economic theories of regulations, mainly Chicago and Public Choice theories, we combine here elements of legal science, political science and economics. In Chile, the history of administrative law and regulations is still a pending task. This work pretends, therefore, to move forward and contribute to achieve a deeper understanding of this unknown past.

PALABRAS CLAVE: Ferrocarriles - Regulaciones económicas- Historia del Derecho Administrativo Chileno- Guerra Civil de 1891

INTRODUCCIÓN

A pesar de los esfuerzos historiográficos realizados en los últimos años, la Guerra Civil de 1891 sigue siendo objeto de una profunda divergencia entre quienes se han detenido a estudiarla. El por qué de la falta de un acuerdo mínimo sobre el significado de este hito de nuestra historia es difícil de determinar. Pero en todo caso podemos aventurar dos causas. Por una parte, todavía existe entre nosotros un profundo desconocimiento de la época parlamentaria que se inicia poco antes de 1891, la que juzgada de acuerdo a los patrones *sociales* y

económicos post-1930 termina sufriendo un efecto como el que tuvo por siglos la Edad Media frente a la mirada del Renacimiento y sus valores. Por otra parte, la visión de algunos historiadores del siglo XX imprimió tal carga valórica e ideológica sobre la figura de Balmaceda y su plan de políticas públicas, que no resulta fácil mirar hoy los hechos desprovistos de los andamiajes con los que se los ha asociado.

Esta investigación pretende constituir un breve aporte a la extensa literatura histórica sobre el conflicto político que desembocó en la Guerra Civil de 1891². Para ello, hemos es-

2 Para una revisión general de la bibliografía tradicional sobre Balmaceda y la Guerra Civil hasta 1965, *Vid.* HAROLD BLAKEMORE, "The Chilean Revolution of 1891 and Its Historiography", en *The Hispanic American Historical Review* N° 45, pp. 393 y ss. (1965) (en adelante BLAKEMORE I). Estudios posteriores, no considerados en el análisis de Blakemore en 1965, *vid. principalmente* HAROLD BLAKEMORE, *British Nitrates and Chilean Politics 1886-1896*, The Athlone Press, Londres, Gran Bretaña, 1974, traducido al español como *Gobierno Chileno y Salitre Inglés 1886-1896: Balmaceda y North*, Editorial Andrés Bello, Santiago, Chile, 1977 (en adelante BLAKEMORE II, las citas corresponden a la edición en español); THOMAS F. O'BRIEN, *The Nitrate Industry and Chile's Crucial Transition: 1870-1891*, New York University Press, New York, New York, 1982; MAURICE ZEITLIN, *The Civil Wars in Chile (or the Bourgeois revolutions that never were)*, Princeton University Press, Princeton, New Jersey, 1984; BERNARDO SUBERCASEUAX, *Fin de Siglo. La época de Balmaceda. Modernización y Cultura en Chile*, Editorial Aconcagua, Santiago, Chile, 1988; FERNANDO BRAVO VALDIVIESO, *Balmaceda y la Guerra Civil*, Editorial Fundación, Santiago, Chile, 1991; LUIS ORTEGA (Ed.), *La Guerra Civil de 1891. 100 años hoy*, Universidad de Santiago de Chile, Santiago, Chile, 1991; FERNANDO PINTO LAGARRIGUE, *Balmaceda y los gobiernos pseudo-parlamentarios*, Editorial Andrés Bello, Santiago, Chile, 1991; CECILIA GARCÍA-HUIDOBRO, *José Manuel Balmaceda: idealista y realizador*, Editorial Zig-Zag, Santiago, Chile, 1995; RAFAEL SAGREDO BAEZA, *La gira del presidente Balmaceda al norte. El inicio del "crudo y riguroso invierno de su quinquenio" (verano de 1889)*, LOM Ediciones, Santiago, Chile, 2001; JORGE NUÑEZ P., *1891 Crónica de la Guerra Civil*, LOM Ediciones, Santiago, Chile, 2003.

tudiado con detención uno de los conflictos económicos medulares del proceso de descomposición del panorama político en Chile entre 1886 y 1891: la Nitrate Railways Company y la defensa de sus privilegios monopólicos de transporte ferroviario en la Provincia de Tarapacá frente a la declaración de caducidad por parte del Ejecutivo³. Esta controversia, situada aquí en el contexto de la regulación de ferrocarriles privados en el siglo XIX, puede ser considerada como la primera derregulación en la historia nacional, esto es, una derregulación *avant la lettre*. El monopolio de hecho y de derecho ejercido por la Nitrate Railways vio su término gracias al ingreso de competencia en el sector.

Prácticamente todos los que han analizado la Guerra Civil de 1891 se han detenido en esta controversia. Pero lo han hecho en forma no exhaustiva y, más importante, sin basarse en modelos que expliquen los conflictos regulatorios en forma más general. Por ello, la contribución que intentamos efectuar se funda en la aplicación de las teorías modernas de las regulaciones económicas y del derecho administrativo, bajo un enfoque multidisciplinario que incorpora elementos de economía, ciencia política *positiva* y Derecho.

Mirado desde la teoría de las regulaciones y del derecho administrativo, el conflicto de 1891 aparece situado en el contexto de un cambio fundamental en el Estado moderno. Tanto en Chile como en otros países las regulaciones económicas, tal como las entendemos hoy, nacieron junto con los ferrocarriles. Las características de monopolio natural del ferrocarril —enorme inversión inicial en infraestructura (costos hundidos) y consiguientes costos medios decrecientes⁴—, así como el alto impacto social y político asociado al establecimiento de nuevas líneas férreas⁵, hicieron de este nuevo medio de transporte la primera intervención sostenida y planificada del Estado en la (micro)economía.

En medio del liberal siglo XIX, dominado por concepciones “fuertes” del derecho de propiedad y de la libertad económica, ambas sintetizadas en la doctrina del *laissez-faire*, los ferrocarriles presagian los entonces futuros tiempos del Estado de Bienestar del siglo XX⁶. Con los ferrocarriles empieza un movimiento hacia la limitación de las prerrogativas privadas vía regulación de precios y calidad de los servicios. Al mismo tiempo, en muchos países —incluido el nuestro— comienza la creación de enormes empresas estatales encargada de brin-

3 Vid. JOSEPH R. BROWN, en “The Chilean Nitrate Railways Controversy” en *The Hispanic American Historical Review* 38, 1958; HERNÁN RAMÍREZ NECOCHEA, *Balmaceda y la contrarrevolución de 1891*, Editorial Universitaria, Santiago, Chile, 1969; FERNANDO SILVA VARGAS, “Los Ferrocarriles Salitreros de Tarapacá durante el Gobierno de Santa María” en *Separata de Estudios de Historia de las Instituciones Políticas y Sociales*, Universidad de Chile, Santiago, Chile, 1967, y BLAKEMORE II, *supra* nota 1.

4 En rigor, la definición de monopolio natural depende de la existencia de funciones de costo subaditivas: la existencia de una firma es más eficiente que dos firmas de menor tamaño. Vid. W. KIP VISCUSI (Et. Al.), *Economics of Regulation and Antitrust*, The MIT Press, Cambridge, Massachusetts, 2000, p. 340.

5 Vid. RAFAEL SAGREDO BAEZA, *Política y Ferrocarril en el Chile del siglo XIX*, en <http://www.puc.cl/historia/cinfo/Articulos/sagredo3.htm>, también en *Patrimonio Cultural*, Año VI, N° 21, Dirección de Bibliotecas, Archivos y Museos, otoño de 2001, quien afirma que “la influencia del desenvolvimiento ferroviario sobre la evolución general del país a lo largo del siglo XIX fue notable. Tanto como para sostener, como lo hacen algunos autores, que ‘la mayor parte de los cambios ocurridos con posterioridad a 1850 en la estructura de la sociedad chilena están, de uno u otro modo, estrechamente ligados al desarrollo del ferrocarril’”.

6 A fines del siglo XIX comienzan los primeros ataques políticos al llamado Estado-Gendarme, muchos de ellos provocados por los ferrocarriles y otros monopolios. Vid. RICHARD A. POSNER, *Natural Monopoly and its Regulation*, Cato Institute, Washington D.C., 1999, p. 88 (originalmente publicado en *Stanford Law Review* Vol. 21, 1969, pp. 548 y ss.). Vid. también, DAVID M. NEWBERY, *Privatization, Restructuring, and Regulation of Network Utilities*, The MIT Press, Cambridge, Massachusetts, 2000, p. 29.

dar este “servicio público”. Las enormes sumas que el Estado chileno pudo disponer gracias al impuesto al salitre constituyen una amplificación del fenómeno entre nosotros.

Como claras pruebas de esta anticipación del futuro Estado de Bienestar, podemos mencionar dos hechos más que sintomáticos. Primero, en 1891, por encargo del Presidente de la República, Emilio Jofré recopiló todas las normas relativas a ferrocarriles, las que ya entonces –al igual que cualquier regulación sectorial de la actualidad– sumaban dos voluminosos tomos⁷. Segundo, para fines del siglo XIX, los ferrocarriles del Estado eran el organismo estatal que más empleados tenía en Chile⁸, llegando incluso a organizarse algo después bajo un Ministerio, el Ministerio de Ferrocarriles (1912)⁹.

Más aún, junto con los ferrocarriles no sólo nacieron las regulaciones económicas en cuanto normas legales positivas, sino también la política-económica moderna que las acompaña. El estudio de los ferrocarriles demuestra que, desde sus orígenes, los grandes conflictos regulatorios no han sido simples procesos que se resuelvan fácilmente conforme a los arreglos institucionales existentes. En este sentido, es un fenómeno extraordinario el observar cómo la Nitrate Railways y algunos de sus principa-

les adversarios –como Campbell, Outram y Cía. y la casa Gibbs y Cia.– operaron en el sistema político chileno en orden a hacer prevalecer sus intereses. La masiva contratación de abogados que también eran parlamentarios y la asociación con ministros de Estado directamente interesados en los resultados de los negocios, son versiones “fuertes” de la política-económica que también caracteriza al proceso regulatorio actual, especialmente cuando se lo estudia desde una perspectiva ligada a la ciencia política positiva. Asimismo, una revisión de la prensa de la época demuestra la fuerte presencia del conflicto regulatorio en la “Agenda Pública”¹⁰ y, por ende, cómo cada parte del conflicto tenía la necesidad de contratar y controlar un ejército de periodistas tan numeroso como el de abogados y políticos¹¹.

Esta investigación se desarrolla de la siguiente forma. En la primera parte se estudia la historia de la regulación de ferrocarriles en Chile en el siglo XIX desde una perspectiva de derecho administrativo. Para comprender el conflicto que enfrentó al Presidente José Manuel Balmaceda con la Nitrate Railways es indispensable contar con un conocimiento preciso del marco normativo que regulaba esta actividad. En la segunda parte se presenta someramente la historia de la Provincia de Tara-

7 Vid. EMILIO JOFRÉ, *Boletín de Leyes y Decretos sobre Ferrocarriles dictados por la República de Chile desde 1848 hasta 1890*, 2 Vols., Imprenta “Santiago”, Santiago, Chile, 1891.

8 Vid. CARLOS SCHÜRMAN R., *De los Ferrocarriles*, Memoria de Prueba, Santiago, Chile, 1903, p. 16. De acuerdo a este memorista, hacia 1903, el número de empleados estatales en ferrocarriles ascendía a 1.400, sin considerar los más de 12.000 que trabajan como contratistas y jornales.

9 El 21 de junio de 1887, mediante la dictación de la ley de reorganización de ministerios, se creó el Ministerio de Industrias y Obras Públicas, el que tenía a su cargo los ferrocarriles públicos y privados. El Ministerio de Ferrocarriles fue creado por la Ley N° 2.613 de 17 de enero de 1912.

10 En general sobre este concepto, Vid. MICHAEL E. LEVINE y JENNIFER L. FORRENCE, “Regulatory Capture, Public Interest, and the Public Agenda: Toward a Synthesis”, en *Journal of Law, Economics, and Organization* N° 6, p. 167 (1990). La idea fundamental de este concepto destaca que los políticos pueden alejarse de las preferencias de los ciudadanos que votaron por ellos. Sin embargo, en la medida en que un conflicto regulatorio logra posicionarse en la Agenda Pública – i.e. en el foco de los medios de comunicación y del debate público –, será más difícil o incluso imposible para los políticos beneficiar a un grupo de interés en particular estableciendo una solución que no sería aprobada por la ciudadanía en general.

11 Vid. *Diario La Tribuna*, de 15 de febrero de 1898, citado por RAMÍREZ NECOCHEA, *supra* nota 2, p. 82. Entre los periodistas, citados por RAMÍREZ NECOCHEA, que habrían trabajado para las compañías de ferrocarriles se encuentran Zorobabel Rodríguez, Abraham Guerrero, Carlos Rogers, Isidoro Rodríguez y Gonzalo Bulnes.

pacá y su incorporación a la República de Chile como consecuencia de la Guerra del Pacífico. Una descripción de la industria del salitre, de las combinaciones o carteles salitreros y del monopolio de la Nitrate Railways constituye el telón de fondo de la controversia principal que nos ocupa. La tercera parte, que es también la central, analiza el conflicto regulatorio y las pretensiones económicas y políticas de los actores del mismo. Junto con realizar una presentación cuidadosa de los personajes y sus conexiones, el conflicto se estudia luego desde la perspectiva de dos teorías modernas de las regulaciones económicas: la teoría de Gary Becker (*Chicago*) y de Kenneth Shepsle y Barry Weingast (*Public Choice*). La cuarta parte se ocupa de dos capítulos especialmente singulares de la historia de la compañía: el conflicto constitucional que se produjo entre Balmaceda y la Corte Suprema a raíz de un fallo del Consejo de Estado de 1889 que declaró como no revisable judicialmente el decreto de caducidad de los privilegios monopólicos de la Nitrate Railways, y en seguida, la investigación realizada en Inglaterra en 1897 en la cual los directores y ejecutivos de la compañía confesaron abiertamente haber invertido enormes sumas de dinero en corrupción en Chile.

Las conclusiones vuelven finalmente sobre tres ideas centrales presentadas a lo largo del trabajo. Primero, que las tesis de la Guerra Civil de 1891, que intentan mostrar un Presidente nacionalista frente a una industria extranjera, son esencialmente falsas en el caso de la controversia de la Nitrate Railways. Más allá de las ideologías y los modelos políticos, la Guerra Civil de 1891 y la república parlamentaria deben mirarse como una lucha y posterior acomodo por la repartición de las rentas de salitre por distintos grupos de interés. Segundo, que la política-económica de las regulaciones en sentido moderno ocupó un papel trascendental en la manera cómo se resolvió el conflicto en definitiva. La lucha de los distintos grupos de interés por consolidar sus posi-

ciones a través del proceso político es ya en esta época de la misma naturaleza y contextura que en la actualidad. Por lo mismo, hay lecciones que pueden deducirse en el proceso de la Nitrate Railways que son válidas para nuestro mundo presente. Tercero y último, que en el enfoque político-constitucional que tradicionalmente se efectúa sobre la crisis de 1891 —análisis que en ningún caso deja de ser importante en un estudio centrado en la política-económica—, se menciona sólo la fuerte batalla librada por Balmaceda en orden a restablecer los poderes *portalianos* del Presidente de la República frente al Congreso, pero nada se menciona respecto al conflicto que el mismo tuvo con el Poder Judicial a fin de imponer su propia voluntad en último término. La casi total ausencia de revisión judicial general de actos administrativos en Chile hasta la creación del recurso de protección en 1976 y más precisamente hasta la asignación plena de competencia contencioso-administrativa a los tribunales ordinarios en la reforma constitucional de 1989, debe rastrearse de alguna manera hasta este conflicto regulatorio. Se plantea así la hipótesis —sólo a nivel de conjetura— que Balmaceda sería en algún grado responsable de cerrar un camino que había estado abierto durante el siglo XIX y que luego costaría mucho trabajo recuperar durante el siglo XX.

I. EL SISTEMA DE CONCESIONES Y PERMISOS DE FERROCARRILES EN CHILE DURANTE EL SIGLO XIX

Los ferrocarriles nacieron en Chile como una actividad de índole privada, pero en todo caso sujeta a un esquema de “regulación de franquicias”. Este sistema se caracterizó por normar separada y aisladamente a cada empresa de acuerdo a los términos y condiciones estipuladas en las concesiones o permisos otorgados para explotar las líneas férreas. Se opuso así a una regulación por un organismo discrecional

con potestades generales sobre la industria del tipo "agencias reguladoras"¹².

En virtud de este sistema, una multitud de empresarios solicitaron al gobierno se les autorizara a construir tramos relativamente cortos. La industria estuvo así originalmente muy atomizada, lo que unido a las economías de escala y a la condición de monopolio natural de los ferrocarriles, determinó que muchas de estas compañías no fueran económicamente rentables y tuvieran que abandonar el mercado. A pesar que aquí no es el lugar para estudiarlo, cabe mencionar que esta condición es en parte el origen de los ferrocarriles estatales. En vez de producirse una concentración de la industria en manos de unas pocas compañías vía fusiones y adquisiciones, muchos de los kilómetros de líneas construidas por privados terminaron poco a poco en manos estatales. El ejemplo más claro está dado por las empresas privadas creadas para explotar el ferrocarril de Santiago a Valparaíso, y el ferrocarril de Santiago al Sur, las que debieron ser adquiridas por el Estado para satisfacer la fuerte demanda social existente por este símbolo de la modernidad¹³.

En todo caso, la importancia de los ferrocarriles estatales no debe exagerarse para el caso del siglo XIX. Si bien es cierto que durante el siglo XIX los ferrocarriles privados fueron

decreciendo en importancia, todavía para el año 1901 quedaban 18 compañías privadas, las que eran dueñas de 2.317 kilómetros lineales de ferrocarril, aproximadamente el 60% del total nacional¹⁴. Y más importante, los ferrocarriles que sirvieron zonas mineras sí eran rentables como negocio privado¹⁵. El gran costo de transportar minerales mediante carretas y burros desde la cordillera hasta la costa encontró en el ferrocarril un conveniente medio para llegar a los puertos de embarque. Entre las compañías que explotaban esta clase de ferrocarriles, sin duda que la más importante durante el siglo XIX fue la Nitrate Railways Company, que operaba el monopolio de los ferrocarriles en la Provincia de Tarapacá.

A continuación se estudian las características legales más importantes de la regulación de ferrocarriles privados durante el siglo XIX.

A) CONSTRUCCIÓN Y EXPLOTACIÓN DE FERROCARRILES, ¿ACTIVIDAD PUBLIFICADA EN EL SIGLO XIX?

En Chile, como en la generalidad de los países occidentales durante el siglo XIX, la provisión de servicios de infraestructura estuvo en manos privadas¹⁶. Ahora bien, para obtener la

12 Lo anterior es sin perjuicio que existiera en Chile una ley general, la Ley de Policía de Ferrocarriles de 1862, la que regulaba variados y amplios aspectos de la industria. En todo caso, el centro de gravedad normativo de los ferrocarriles privados se encontraba en las concesiones y permisos, cuyos términos eran intocables para la autoridad bajo los lemas de la santidad de los contratos y del respeto de los derechos adquiridos.

13 Vid. IAN THOMSON y DIETRICH ANGERSTEIN, *Historia del Ferrocarril en Chile*, Dibam, Santiago, Chile, 1997, pp. 65-102, y MARÍA PIEDAD ALLIENDE E., *Historia del Ferrocarril en Chile*, Pehuén, Santiago, Chile, 1993, pp. 22-58. Esto también ocurrió en el Norte Chico a raíz de la crisis de la industria del cobre y la plata en la década de los 1880s. Cerradas las minas, muchos de los ferrocarriles dejaron de ser rentables y fueron luego adquiridos por el Estado. El primer ferrocarril en ser adquirido en estas circunstancias fue la compañía de Ferrocarriles de Chañaral en 1888. Balmaceda intentaría en 1890 repetir la figura con los Ferrocarriles de Elqui y los Ferrocarriles de Coquimbo, lo que sólo se concretaría hacia 1895. Posteriormente, esto ocurrió con más de quince compañías entre 1901 y 1973 (THOMSON y ANGERSTEIN, pp. 67-68). Vid. también, ZEITLIN, *supra* nota 1, p. 152.

14 Vid. SANTIAGO MARÍN VICUÑA, *Estudios de los Ferrocarriles Chilenos*, Imprenta Cervantes, Santiago, Chile, 1901, pp. 23-24, y también THOMSON y ANGERSTEIN, *supra* nota 12, p. 66.

15 Vid. THOMSON & ANGERSTEIN, *supra* nota 12, p. 67.

16 Vid. JOSÉ A. GÓMEZ-IBÁÑEZ, *Regulating Infrastructure. Monopoly, Contracts, and Discretion*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 2003, p. 85. Vid. también, GEORGE L. PRIEST, "The Origins of Utility Regulation and the 'Theories of Regulation' Debate", en *Journal of Law & Economics* N° 36, pp. 289 y ss. (1993).

titularidad necesaria para operar la infraestructura, era necesario obtener una autorización de parte del gobierno. En el caso de los ferrocarriles chilenos, dicho título recibía el nombre de “concesión”, cuando incorporaba el privilegio de exclusividad –o sea monopolio–, y “permiso” cuando no lo incorporaba. Por precisión terminológica, es importante tener presente que los binomios *concesión/actividad publicada*, y *autorización o permisolactividad libre* son creación de la doctrina italiana (RANELETTI) de fines del siglo XIX, por ende, no aplicable a la realidad que se estudia en este trabajo.

Una de las preguntas tradicionales del derecho administrativo continental es entonces sobre los títulos causales de intervención, esto es, sobre la *publicación* de la actividad. Con este término se refiere el derecho administrativo a la condición *original* pública o privada de ciertos bienes o actividades. Ahora bien, la respuesta no es clara ni desde un punto de vista doctrinario ni desde un punto de vista legal-positivo. Durante el siglo XIX, el concepto de servicio público –que reserva la titularidad de ciertas actividades a la Administración– no se hallaba aún formado. Por ello,

el gobierno no sólo estaba impedido políticamente de intervenir ampliamente en la economía –bajo la doctrina del *laissez-faire*–, sino que también carecía jurídicamente de un título genérico de intervención¹⁷.

Este resultado normativo propio del mundo continental es bastante sorprendente, al menos cuando se lo compara con el caso supuestamente más liberal de Estados Unidos, donde la Corte Suprema respaldó tempranamente –en *Munn v. Illinois*, fallado junto con otros siete casos de regulación de ferrocarriles conocidos como los *Granger cases*, todos resueltos en 1877– las intervenciones estatales en negocios privados que fueran de interés público¹⁸. En efecto, en Estados Unidos se impuso tempranamente la doctrina que solo bastaba que la propiedad privada estuviera afectada por un *interés público* para admitir el ejercicio de amplios poderes regulatorios de parte de la autoridad.

En cambio, sí se pudo hacer valer el más antiguo de los títulos causales del derecho administrativo continental: el dominio público¹⁹. Los “camino de fierro” eran vías públicas y por ende esencialmente sometidas al poder es-

17 Vid. JUAN ALFONSO SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de Derecho Administrativo*, T. II, Editorial Centro de Estudios Ramón Ceres, Madrid, España, 1998, p. 299.

18 *Munn v. Illinois*, 94 U.S. 113, 126. En este célebre caso, junto a los otros cinco que le acompañaron (*Chicago Burlington and Quincy Railroad v. Iowa*, 94 U.S. 155; *Peik v. Chicago and Northwestern Railroad*, 94 U.S. 164; *Chicago, Milwaukee, and St. Paul Railroad v. Ackley*, 94 U.S. 179; *Winona and St. Peter Railroad v. Blake*, 94 U.S. 180; *Stone v. Wisconsin*, 94 U.S. 181), todos los cuales constituyeron una derrota radical para las compañías de ferrocarriles que se oponían a la intervención estatal (no federal), la Corte Suprema afirmó: “we find that when private property is ‘affected with a public interest, it ceases to be *juris privati* only... Property does become clothed with a public interest when used in a manner to make it of public consequence, and affect the community at large. When, therefore, one devotes his property to a use in which the public has an interest, he, in effect, grants to the public an interest in that use, and must submit to be controlled by the public for the common good, to the extent of the interest he has thus created. He may withdraw his grant by discontinuing the use; but, so long as he maintains the use, he must submit to the control”.

19 Vid. SANTIAGO MONTT OYARZÚN, *El Dominio Público*, Editorial ConoSur, Santiago, Chile, 2002. Como explica en detalle TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, “Las Obras Públicas”, en *Revista de Administración Pública* N° 123, p. 2430 (1990), “El dominio público es, sin duda, el motor inicial del proceso de construcción dogmática de la disciplina, el primero de los títulos habilitantes al que la Administración de esta primera época acude para justificar sus intervenciones en la dinámica social o, como Villar Palasí gusta decir, la *publicatio* de nuevas actividades. / No podía ser de otro modo, evidentemente, dadas las ideas de la época, contrarias a toda intervención. El concepto de dominio público evoca en primer término la idea de uso general, de uso público, y se beneficia en consecuencia, del incontestable prestigio que le proporciona el Derecho Romano, y entre nosotros, el Derecho de Partidas. Por otra parte, la idea de dominio público permite resucitar también los viejos títulos regalianos en base a los cuales es posible intentar, sin causar grave alarma social ni suscitar oposiciones insuperables, una primera organización de ciertos servicios públicos que la realidad social iba demandando, operando *ope proprietaris*”.

tatal²⁰. Fueron de hecho los ferrocarriles un importantísimo elemento en la evolución que condujo al nacimiento del concepto que dominaría el derecho administrativo del siglo XX, el “servicio público”. El Ferrocarril, entendido como “vía férrea” y como “vía de comunicación”, esto es, en cuanto concepción demanial (dominio público) y de obra pública, deviene posteriormente en “servicio público”, cumpliéndose lo anunciado por FERNÁNDEZ al decir que “dominio público y obra pública son de este modo conceptos que se apoyan y prestan mutua colaboración, al propio tiempo que permiten un primer desenvolvimiento de una idea nueva, la de servicio público, que sólo tardíamente y de forma fatigosa se irá abriendo paso y ganando autonomía”²¹.

Por lo demás, desde una perspectiva más concreta, la intervención estatal era requerida en prácticamente todos los casos por al menos

tres razones. Primero, era necesaria la obtención de permisos para el uso de terrenos fiscales, usualmente en términos gratuitos, lo que constituyó un gran subsidio otorgado por el Estado a los ferrocarriles²². Segundo, era requerida para expropiar a los propietarios de predios ubicados en el trazado de la línea. Tercero, en lo que también constituía un subsidio, era una exigencia para la obtención de exenciones respecto del pago de derechos de aduana para la importación del material ferroviario. Adicionalmente, otras dos cláusulas que frecuentemente se solicitaban requerían también de un pronunciamiento de la autoridad: la obtención de privilegios monopólicos –en cuanto prohibición para terceros– y la garantía estatal de retorno mínimo sobre la inversión en el proyecto. En consecuencia, había poco espacio para discusiones doctrinarias. Los privados interesados en construir y operar fe-

20 Esto fue así no sólo en Chile, sino también en Estados Unidos, donde la consideración de los ferrocarriles como vías públicas jugó un importante papel en la evolución jurídica de la regulación de este medio de transporte. Por ejemplo, la Constitución de Illinois de 1870 declara expresamente que los ferrocarriles constituyen vías públicas (“public highways”). Vid. JAMES W. ELY, JR., *Railroads and American Law*, University Press of Kansas, Lawrence, Kansas, 2001, p. 86, y GEORGE H. MILLER, *Railroads and the Granger Laws*, University of Wisconsin Press, Madison, Wisconsin, 1971, p. 42.

21 FERNÁNDEZ, *supra* nota 18, p. 2430. Vid. también, VILLAR PALASÍ, José Luis y VILLAR ESCURRA, José Luis, *Principios de Derecho Administrativo*, I, Ediciones Universidad Complutense, Madrid, 1999, pp. 52-53. Más en profundidad, ERNST FORSTHOFF, *Tratado de Derecho Administrativo* Vol. 1, IEP, Madrid, España, 1958, p. 37, observa que “el poder soberano supera su materialización en la posesión patrimonial y en los derechos de soberanía singulares, y se objetiviza en la ejecución de cometidos estatales de índole general”. Respecto al concepto de servicio público, Vid. Villar Ezcurra, José Luis, *Derecho Administrativo Especial. Administración Pública y Actividad de los Particulares*, Editorial Civitas, Madrid, España, 1999, pp. 149-150: “Lo característico de esta época –que se prolonga hasta bien entrado el siglo XX– es, por tanto, el talante liberal que preside la actuación de los poderes públicos, lo cual no será incompatible con el hecho de que surjan también los servicios públicos aunque el dato pueda parecer contradictorio. Los servicios públicos nacerán como consecuencia de acometer la financiación de grandes obras públicas (como es el caso del ferrocarril) a las que no puede hacer frente el Estado con sus propios recursos. De ahí que su construcción se lleve a cabo por los particulares que, en contrapartida, recibirán la concesión para su explotación lo cual no implicará la negación de los postulados liberales sino todo lo contrario”.

22 En Estados Unidos, los ferrocarriles también fueron posible gracias a enormes donaciones de terrenos por parte de los gobiernos federales y estatales. Vid. MARK T. KANAZAWA y ROGER G. NOLL, “The Origins of State Railroad Regulation: The Illinois Constitution of 1870”, en CLAUDIA GOLDIN & GARY LIBECAP, *The Regulated Economy. A Historical Approach to Political Economy*, University of Chicago Press, Chicago, Illinois, 1994, p. 13 (“The federal government subsidized the railroads through federal land grants, often providing more land than the railroad required for its right of way”). En general, sobre la historia de los ferrocarriles en Estados Unidos, Vid. JAMES DABNEY McCABE, *History of the Grange Movement or, the farmer's war against monopolies*, Burt Franklin, New York, New York, 1873 (reimpreso en 1967); SOLON JUSTUS BUCK, *The Granger Movement*, University of Nebraska Press, Lincoln, Nebraska, 1913 (reimpreso 1969); LEE BENSON, *Merchants, farmers and railroads: railroad regulation and New York Politics 1850-1887*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1955; GABRIEL KOLKO, *Railroads and Regulation 1877-1916*, Norton & Company, New York, New York, 1965; MILLER, *supra* nota 19; RICHARD C. CORTNER, *The Iron Horse and the Constitution: The Railroads and the Transformation of the Fourteenth Amendment*, Greenwood Press, Westport, Connecticut, 1993; y ELY, *supra* nota 19.

ferrocarriles, por las razones indicadas, debían solicitar las autorizaciones pertinentes.

Volviendo a una perspectiva dogmática, el concepto de los ferrocarriles como dominio público está especialmente presente en las primeras normas generales y particulares de ferrocarriles en Chile. Por ejemplo, el artículo 1° de la Ley de Policía de Ferrocarriles de 6 de agosto de 1862 establece que los ferrocarriles “están sujetos a las prescripciones relativas a los caminos públicos”, y el artículo 2°, que los ferrocarriles “como vías públicas, gozan de las servidumbres establecidas por la ley sobre los fundos colindantes”. Asimismo, las primeras concesiones y permisos también estaban redactadas bajo el mismo espíritu. Por ejemplo, la Ley de 19 de junio de 1848 que concedió a Wheelwright el privilegio exclusivo para construir un ferrocarril entre Santiago y Valparaíso, establece en su artículo 1° que concede un privilegio exclusivo para “construir y usar de un camino ferrocarril”. Su artículo 2° menciona expresamente que Wheelwright se obliga a construir un “camino de fierro” entre las citadas dos ciudades.

Más allá de las palabras, tal vez el caso más emblemático del uso del concepto de dominio público en la regulación inicial de ferrocarriles se encuentre en el Decreto de 14 de junio de 1854. En él se resolvió un conflicto entre la Compañía de Ferrocarril de Copiapó y sus usuarios en base a la naturaleza de vía pública de los ferrocarriles. El ferrocarril se negaba a transportar las mercaderías de sus deudores morosos, y ante el reclamo de los usuarios, el Presidente Manuel Montt resolvió:

1.º Que el permiso concedido por la ley de 20 de noviembre de 1849... no ha variado la esencia de esa vía de comunicación pública. 2.º Que el camino ferrocarril destinado a los mismos fines que los caminos públicos de otra clase, debe como éstos servir al uso común de todos los que quiera aprovecharse de él. 4.º Que un ferrocarril destinado por su naturaleza a un uso público, si

puede mirarse como especulación privada en cuanto a la percepción de peajes, derechos ó fletes, no puede mirarse de la misma manera en cuanto a limitar ó restringir el uso que todos tienen derecho de hacer de él como de las demás vías públicas de comunicación... DECRETO, El Intendente de Atacama notificará a los Directores del ferrocarril de Copiapó que el acuerdo celebrado el 30 de marzo último, en que se excluye del uso del camino ferrocarril a los deudores a la empresa, no debe continuar observándose y que el uso de esa vía de comunicación pública deberá permitirse a todos los que quieran aprovecharse de ella.

Con todo, progresivamente, el concepto de los ferrocarriles como dominio público comienza a desaparecer, y se empieza a perfilar su condición de servicio. La referencia explícita a la naturaleza de caminos públicos de los ferrocarriles fue lentamente desapareciendo en las concesiones y permisos junto con el avance del siglo XIX. En todo caso, no será hasta el siglo XX que la noción de servicio público se despliegue en toda su magnitud. Mientras tanto, los ferrocarriles permanecerían bajo una confusa doble naturaleza de caminos públicos y negocios privados, objeto de regulación, pero asimismo de protección de acuerdo a los términos de sus respectivas autorizaciones.

B) ¿QUÉ AUTORIDAD DEBÍA OTORGAR LAS CONCESIONES Y PERMISOS PARA CONSTRUIR Y OPERAR LÍNEAS FÉRREAS, EL PRESIDENTE O EL CONGRESO?

La pregunta de quién debía otorgar las concesiones y permisos debe contestarse por partes. Desde un punto de vista concreto —como ya hemos indicado— la Constitución de 1833 requería de ley para las siguientes materias habitualmente contenidas entre las cláusulas de las concesiones y permisos de ferrocarriles: expropiación de terrenos particulares (artículo 12 N° 5), exenciones tributarias y aduaneras (artículo 37 N° 1) y el otorgamiento de monopo-

lios que necesariamente traen aparejado la prohibición de emprendimiento para terceros (artículo 151²³).

Ahora bien, en ausencia de cláusulas relativas a las materias citadas, ¿quién debía otorgar las concesiones y permisos? La respuesta no es simple, especialmente cuando el problema es mirado desde más de cien años de distancia. Debemos partir diciendo que entre 1848 y 1900, todas las autorizaciones de ferrocarriles fueron otorgadas por ley, excepto en 5 casos. Cuatro de ellos correspondieron a decretos dictados por Balmaceda en 1890 los que se enmarcan plenamente en el conflicto de competencias que enfrentaba a éste con el Congreso. Adicionalmente, dos de ellos corresponden a autorizaciones otorgadas a las compañías competidoras de la Nitrate Railways, las que estaban encaminadas directamente a poner término al monopolio de dicha compañía en la Provincia de Tarapacá. El único caso adicional de una autorización de ferrocarril otorgada sin respaldo legal es un Decreto dictado por Jorge Montt el 2 de mayo de 1896.

Desde el otro extremo, parece ser indiscutido que no se requería autorización estatal para instalar un ferrocarril dentro de un predio particular. Queda entonces por analizar el caso difícil de ferrocarriles que únicamente necesitaban permisos para ocupar terrenos fiscales, pero no así expropiar a terceros, ni obte-

ner exenciones aduaneras o privilegios monopolísticos. A este respecto, la distribución constitucional del poder normativo entre el Presidente y el Congreso resulta siempre un tema abierto en la tradición continental, heredera ésta de la repartición monárquica-constitucional de competencias entre el rey y el parlamento. ¿Quién era la autoridad llamada a otorgar autorizaciones relativas a la administración del patrimonio estatal –en sentido amplio, incluyendo patrimonio fiscal *strictu sensu* y dominio público– no expresamente contempladas en la Constitución o en las leyes?

En general se entendió que dicha autoridad era el Congreso, es decir, que las concesiones y permisos para construir y operar ferrocarriles requerían de ley, y esta fue la práctica permanente y uniforme hasta 1889.

Ahora bien, Balmaceda, en su esfuerzo por destruir el monopolio de la Nitrate Railways y en su lucha contra el Congreso y los partidos políticos, afirmó que el Presidente también podía hacer uso de dicha facultad²⁴. De conformidad a dicha tesis, otorgó los dos permisos que en definitiva permitieron la construcción del ferrocarril de Agua Santa a Caleta Buena –a Campbell, Outram y Cía– y de Carolina a Junín –a Brooking, Child y Cía.–, los que constituyeron el fin del monopolio de la Nitrate Railways²⁵.

23 El artículo 151 establecía que “ninguna clase de trabajo o industria puede ser prohibida, a menos que se oponga a las buenas costumbres, a la seguridad o salubridad pública, o que lo esija el interés nacional, i una lei lo declare así”.

24 Es de notar que el propio Balmaceda había reconocido anteriormente que las concesiones y permisos requerían de ley. En el *Mensaje Presidencial* de 1° de junio de 1887, de apertura del Congreso, el Presidente Balmaceda afirmó: “Estimo indispensable una ley que autorice al Presidente de la República y al Consejo de Estado para otorgar permisos a los particulares que se propongan construir ferrocarriles, telégrafos y teléfonos. La tramitación de toda ley especial en el Congreso y para estos efectos, es lenta y ocasionada a inferir verdaderos agravios al legítimo interés particular. Es preferible una ley general, en la cual se fijen reglas comunes y se dispensen concesiones y facilidades iguales a las empresas o particulares que deseen incrementar la viabilidad pública y la comunicación telegráfica”, en RAFAEL SAGREDO BAEZA y EDUARDO DEVÉS VALDÉS, *Discursos de José Manuel Balmaceda. Iconografía*, Vol. II, Dibam, Santiago, Chile, 1991, p. 306.

25 *Vid.* Decreto N° 2.824 de fecha 4 de diciembre de 1889, Decreto N° 2.927 de 14 de diciembre de 1889, Decreto N° 720 de 19 de marzo de 1890, Decreto N° 827 de fecha 12 de abril de 1890, Decreto N° 1.069 de fecha 6 de mayo de 1890, Decreto N° 832 de fecha 1° de abril de 1890, Decreto N° 1.078 de fecha 7 de mayo de 1890.

Balmaceda fue duramente atacado en el Congreso, especialmente por Luis Martiniano Rodríguez, uno de los diputados que prestaba servicios para la Nitrate Railways²⁶. De hecho, no era la primera vez que Balmaceda era atacado por hacer por decreto lo que era materia de ley²⁷. Tal como aparece de la argumentación del diputado Rodríguez, desde un punto de vista positivo, la principal alegación era que el artículo 1° de la Ley de Policía de Ferrocarriles de 1862 requería de ley en los siguientes términos:

Los ferrocarriles construidos por el Estado ó á virtud de concesión ó autorización de éste, están sujetos a las prescripciones legales relativas

*á los caminos públicos en todo lo que no contraríen directamente los derechos que al empresario ó empresarios que los hubieren construído correspondan, en conformidad á la ley que autorizó la construcción*²⁸.

La historia de la ley aparentemente contempla algunos incidentes que podrían ser usados en favor de la competencia del Congreso²⁹. La defensa del Ministro de Industrias y Obras Públicas, José Miguel Valdés Carrera se basó en los artículos 599 y 602 del Código Civil, que reconocen la capacidad de la “autoridad competente” para otorgar permisos de uso sobre el dominio público y fiscal, autoridad que sería, según la interpretación de Balmaceda y su Mi-

Continuación nota 25

Estos decretos corresponden, en el orden citado, a los llamados a propuestas y adjudicación de los siguientes ferrocarriles: de Agua Santa a Caleta Buena –adjudicado a Campbell, Outram y Cía.–; el de San Pablo a Buenaventura y Lagunas –adjudicado a la Nitrate Railways–; y de Carolina a Caleta de Junín –adjudicado a Brooking, Child y Cía.–.

El fundamento que se usó aparece expresado en otro permiso dado por Balmaceda a una compañía fuera de la zona del conflicto, Decreto N° 1.856 de 30 de agosto de 1890, del siguiente tenor: “teniendo presente que el solicitante sólo pide que se le otorgue permiso para construir una línea férrea, siendo de su cuenta la adquisición convencional de los terrenos que atraviese la línea y el pago de los derechos de internación por los materiales y herramientas de construcción...”.

26 Vid. “30ª Sesión Extraordinaria de la Cámara de Diputados” de 16 de diciembre de 1889, en *Boletín de las Sesiones Extraordinarias en 1889-1890*, pp. 470-471.

27 En abril de 1889, Balmaceda creó un nuevo organismo dentro del Ministerio de Hacienda vía decreto, no obstante que el artículo 37 N° 10 de la Constitución de 1833 requería de ley. El diario *La Época*, edición de 12 de abril de 1889, publicó el siguiente artículo: “Por vía de decretos y de reglamentos administrativos, disposiciones de carácter permanente que sólo pueden tener fuerza por medio de una ley; y este sistema... es uno de los medios más eficaces para concluir con las instituciones republicanas que nos dieron nuestros padres”, citado por BLAKEMORE II, *supra* nota 1, p. 106.

28 Sin énfasis en el original.

29 En particular, el incidente ocurrido entre el diputado Riso y el ministro del interior Antonio Varas. Riso objetó la redacción del artículo 1° de la Ley de Policía de Ferrocarriles en los siguientes términos: “una lijera duda me suscitan las palabras finales de este artículo, *en conformidad a la lei que autorizó la construcción*. Parece, según esto, que la autorización para la construcción de un ferrocarril debe hacerse por una concesión expresa, i recuerdo en este momento un artículo de la Constitución que autoriza la libertad de industria. Ahora, si una lei especial pone límites a esta industria, no me parece bien. No sé si sean exactos mis recuerdos acerca de este artículo de la Constitución; aunque creo que este no sería en ningún caso el momento para explicar su intelijencia. Tal vez se salvaría quitando estas palabras: *en conformidad a la lei que autorizó su construcción*, i quedaría completo el artículo en cuestión”. Por su parte, Varas lo defendió en los siguientes términos: “A mí me parece, señor, que la omisión de las palabras que se propone suprimir ofrecería graves inconvenientes. Si se toma en cuenta el contexto del artículo, se vé para qué cosas se exige, porque en conformidad a la lei es como se estiman los derechos de los empresarios. ¿Podrá el Estado entrar a crear ferrocarriles sin una lei que lo autorice? De ninguna manera, puesto que tendría que invertir en él cantidades de fondos públicos, lo que no puede hacerse sino por medio de una lei. De manera que, ya sea que se trate de concesión de autorización del Estado, se requiere de una lei... Téngase presente que se trate de ferrocarriles que son vías públicas i que van a obrar sobre la propiedad ajena. ¿Podrá haber casos de crear ferrocarriles sin que pasen por la propiedad ajena? Sería mui difícil. Se necesita, pues, la autorización del Estado, por los embarazos que regularmente sufren las vías públicas” (énfasis en el original). Citado por el diputado Luis Martiniano Rodríguez, en la “30ª Sesión Extraordinaria de la Cámara de Diputados” de 16 de Diciembre de 1889, en *Boletín de las Sesiones Extraordinarias en 1889-1890*, pp. 470-471.

nistro, el Presidente de la República³⁰. En todo caso, más allá de los textos legales, el principal argumento del Presidente era que un acto que no afectaba (negativamente) a particulares no requería de ley³¹. Una mayor y más exhaustiva defensa del Presidente, en similares términos, fue sostenida poco después por el diputado Juan Nepomuceno Parga³².

Aunque por regla general el Congreso recuperó la facultad de otorgar concesiones y permisos de ferrocarriles, la discusión relativa a la autoridad competente volvió a aparecer después de la Guerra Civil durante la discusión del proyecto de libertad de ferrocarriles³³. Lo que se pretendía en dicho proyecto era afirmar la libertad plena de los privados para construir y operar ferrocarriles, otorgándoles el derecho a reclamar la constitución de servidumbres de tránsito en los predios que debieran ser atravesados por las líneas proyectadas y sometiendo además toda controversia a la decisión de la justicia ordinaria. A pesar de las buenas intenciones de muchos congresistas, este proyecto de ley significaba la pérdida completa de injerencia del poder político –Ejecutivo y Congreso– sobre la industria de los ferrocarriles en Chile, razón por la cual no prosperó.

Como observación final relativa al conflicto que se estudia aquí, es importante señalar que más allá de las doctrinas legales, es indiscutible que Balmaceda alteró el statu quo

en un doble sentido. En efecto, alteró en los hechos la práctica legal existente hasta ese momento al otorgar permisos por decreto, y generó profundos cambios en la industria de los ferrocarriles en la Provincia de Tarapacá al permitir el ingreso de dos compañías competidoras de la Nitrate Railways. Diversas razones políticas explican esta conducta, las cuales –según veremos más adelante– son coincidentes con algunas de las teorías generales del proceso derregulatorio.

C) REGULACIÓN DE PRECIOS Y OTROS RASGOS GENERALES DE LAS CONCESIONES Y PERMISOS DE FERROCARRILES DURANTE EL SIGLO XIX

Esta breve síntesis sobre la historia de las concesiones y permisos de ferrocarriles no estaría completa sin decir algunas palabras sobre regulación de precios. En Chile, así como en otros países durante esta misma época, los gobiernos estaban plenamente conscientes de los conflictos sociales y económicos que se originaban junto con los monopolios de hecho o de derecho. De modo que, dado que los empresarios de ferrocarriles necesitaban obtener autorizaciones previas –ya sea por el uso de terrenos públicos, por las eventuales expropiaciones y exenciones tributarias, como por el privilegio monopólico–, el Estado les exigía a cambio de dichos títulos la aceptación de regulación de tarifas³⁴.

30 Vid. “30ª Sesión Extraordinaria de la Cámara de Diputados” de 16 de diciembre de 1889, *Boletín de las Sesiones Extraordinarias en 1889-1890*, pp. 467-469.

31 *Ibidem*.

32 Vid. “46ª Sesión Extraordinaria de la Cámara de Diputados” de 7 de enero de 1890, *Boletín de las Sesiones Extraordinarias en 1889-1890*, p. 701.

33 Vid. “3ª Sesión Ordinaria de la Cámara de Diputados” de 20 de junio de 1895, *Boletín de las Sesiones Extraordinarias en 1895*, pp. 58 y ss. Por ejemplo, el diputado Montt, *ibid.* p. 59, afirma que: “Nuestra legislación actual sobre construcción de ferrocarriles no es clara ni está bien determinada. Hasta puede sostenerse que hai derecho para construir un ferrocarril sin necesidad de acudir al Congreso en demanda de concesion; pero no faltan disposiciones legales en que apoyar la opinion contraria. De manera que en todo caso, para evitar dudas i aun para alentar las construcciones de ferrocarriles, conviene establecer al respecto una disposicion jeneral”.

34 Así lo explica también PRIEST, *supra* nota 15, p. 301, para el caso de las *public utilities* durante el siglo XIX en Estados Unidos (“These franchise contracts were openly sensitive to the problem of utility monopolization, and they incorporated terms limiting price and mandating features of service quality attempting to control for these problems”). Vid. también GÓMEZ-IBÁÑEZ, *supra* nota 15, p. 85.

Las cláusulas de regulación de precios son muy variadas a lo largo del siglo XIX, lo que refleja al menos tres cosas distintas: uno, diferencias geográficas y económicas “objetivas” entre las distintas líneas; dos, la diferente palanca política de los distintos peticionarios; y tres, un cierto grado de experimentación por parte del Gobierno. Es difícil saber hoy a qué atribuir las diferencias puntuales entre unos y otros títulos, pero es necesario recalcar que hay evidencia de la gran fuerza de la influencia política. Por ejemplo, durante septiembre de 1892, tres miembros de la Cámara de Diputados presentaron un proyecto de ley para uniformar la concesión de garantías estatales a las compañías de ferrocarril, las que en muchos casos obtenían la garantía del Fisco de hasta un 5% de la inversión inicial por 10 años. Una de las razones esgrimidas en la *moción* era precisamente la obtención de la referida garantía por medio de “valiosas influencias que no están al alcance de todo el mundo”³⁵.

Indudablemente, cierto grado de experimentación existió. Una mirada cuidadosa de las aproximadamente ochenta autorizaciones de ferrocarriles otorgadas en el siglo XIX permite concluir la existencia de ciertas “semejanzas de familias” entre los diversos títulos. En efecto, durante la década de 1840 y tempranamente en los 1850s, los títulos de ferrocarriles contenían un valor fijo para las tarifas de fletes y pasajeros, otorgando al Presidente de la Re-

pública el poder para fijarlas en períodos futuros. En un caso, dicho poder presidencial no tenía restricciones formales de ningún tipo³⁶, y en otro caso, se establecía que el Presidente sólo podía intervenir si las utilidades de la compañía excedían un 24% de la inversión inicial realizada en la línea³⁷.

La rígida práctica de establecer guarismos fijos en el título inicial no duró mucho³⁸. Desde temprano en los 1850s fue reemplazada por un nuevo modelo. En éste se otorgaba a la compañía un período de gracia inicial, en el cual podía fijar los precios que estimara convenientes, período que en general variaba entre 5 a 30 años. Vencido este lapso, la ley otorgaba al Presidente el poder de fijar las tarifas si es que la utilidad de la empresa excedía un porcentaje sobre la inversión inicial, usualmente entre el 12% y el 15%— i.e. “la sociedad no será obligada a bajar los precios de manera que le quede menos de un 15% [por ejemplo] por ciento anual de utilidad líquida sobre los capitales invertidos en el camino”³⁹. Este sistema duró hasta principios de los 1880s, aunque en 1887 hubo un par de casos similares, en donde el evento que condicionaba la intervención presidencial era una tasa de retorno superior al 15% —i.e. “si es que el producto líquido de la explotación excede de 15%”⁴⁰.

Durante las administraciones de Santa María y Balmaceda —entre 1881 y 1891— se usó un nuevo modelo, en el cual simplemente se concedía el poder incondicional al Presidente

35 Vid. “52ª Sesión Ordinaria de la Cámara de Diputados” de 27 de septiembre de 1892, *Boletín de las Sesiones Extraordinarias en 1892*, pp. 824-825.

36 Ley de fecha 19 de junio de 1849.

37 Ley de fecha 9 de noviembre de 1848.

38 Aunque hay al menos tres casos esporádicos posteriores: dos leyes de 20 de enero de 1888, y la ley de 22 de septiembre de 1890.

39 Leyes de fecha 20 de noviembre de 1849, 17 de agosto de 1852, 14 de diciembre de 1855, 13 de julio de 1857, 24 de noviembre de 1860, 6 de agosto de 1863, 3 de octubre de 1863, 6 de septiembre de 1865, 14 de diciembre de 1866, 13 de diciembre de 1867, 13 de enero de 1872, 3 de enero de 1873, 2 de octubre de 1873, 11 de octubre de 1873, 15 de septiembre de 1879, y 31 de agosto de 1882.

40 Leyes de fecha 13 de mayo de 1887, y 14 de mayo de 1887.

para regular las tarifas de ferrocarriles⁴¹. Las cláusulas estaban normalmente redactadas en términos tales como “las tarifas se formarán con acuerdo del Presidente de la República desde el día que la línea sea entregada al servicio público”, “las tarifas se fijarán siempre con el acuerdo del Presidente de la República”, “el Gobierno se reserva el derecho de intervenir en la formación de la tarifa de fletes y pasajes”, o “...con arreglo a las tarifas y reglas que el Presidente de la República determine de acuerdo con el Consejo de Estado”, por nombrar algunos casos. Una variación de este modelo continuó usándose después de la Guerra Civil, en el cual el poder formalmente ilimitado del Presidente sólo podía usarse en períodos que fluctuaban usualmente entre uno y tres años (equivalente a lo que hoy se conoce como el *regulatory lag*)⁴². Hemos encontrado también dos autorizaciones otorgadas en las décadas de 1880s y 1890s que agregaban la protección adicional de una tarifa “piso” —una cifra concreta, en un caso, y las tarifas de ferrocarriles del Estado, en el otro— que el Presidente no podía violar⁴³.

Por otra parte, a partir de 1873 y hasta 1894, fue también una práctica común el otorgamiento de autorizaciones sin regulación alguna de precios⁴⁴. En algunos casos esta completa libertad fue limitada permitiendo la intervención presidencial sólo si la compañía obtenía utilidades “excesivas”. Así por ejem-

plo, el Presidente podía fijar las tarifas si la utilidad de la compañía excedía de un 12% de la inversión inicial en la línea⁴⁵. También existió una cierta variación tipo *yardstick regulation* (por comparación) en la cual el Presidente podía intervenir si la compañía cobraba tarifas superiores a la de los ferrocarriles del Estado⁴⁶.

En general, es difícil pensar esta experimentación en términos de evolución. Los primeros modelos de regulación se asemejan bastante a la llamada regulación *cost-of-service*, aunque la base de cálculo de la tasa de retorno sólo incluía la inversión inicial. Se trataba así de una especie de versión simplificada de la clásica regulación *cost-of-service* (que incluye tanto los costos operativos y depreciación del período en cuestión, como asimismo la fijación de la tasa de retorno razonable sobre la base de las inversiones anteriores al mismo período menos la depreciación de los períodos anteriores). Es probable que las enormes asimetrías de información hayan impedido al gobierno intentar un sistema de regulación más complejo, al menos nada que tratase de ir más allá de limitar utilidades sobre un porcentaje de la inversión inicial. Es probable que incluso esta solución hubiese estado fuera de control, y en tal sentido llama la atención que en sólo tres casos se haya incorporado a los títulos la provisión expresa en el sentido que el Presidente podía nombrar interventores para revi-

41 Leyes de fecha 31 de agosto de 1882, 17 de enero de 1884, 11 de septiembre de 1884, 19 de agosto de 1885, 25 de junio de 1885, 9 de febrero de 1886, 20 de enero de 1888, otra del 20 de enero de 1888, 27 de enero de 1889, 4 de diciembre de 1889, 18 de enero de 1890, 18 de enero de 1890, otra de 18 de enero de 1890, 9 de enero de 1893; y Leyes N° 18 de 3 de febrero de 1893, N° 117 de 16 de noviembre de 1893, N° 170, de 23 de enero de 1894, y N° 209 de 12 de septiembre de 1894.

42 Leyes N° 74, de fecha 8 de agosto de 1893, N° 98 de 4 de septiembre de 1893, N° 178 de 23 de enero de 1894, N° 222 de 18 de diciembre de 1894, N° 1.117 de 17 de noviembre de 1898, N° 1.275 de 20 de noviembre de 1899, N° 1.300 de 3 de enero de 1900, N° 1.346 de 9 de agosto de 1900, y N° 1.375 de 21 de septiembre de 1900.

43 Leyes de fecha 19 de enero de 1884, y de 23 de octubre de 1884.

44 Leyes de fecha 10 de octubre de 1873, de 4 de octubre de 1880, de 7 de septiembre de 1883, de 19 de diciembre de 1885, de 29 de agosto de 1887, de 23 de agosto de 1892, de 20 de septiembre de 1892, y Leyes N° 40 de 19 de junio de 1893, y N° 169 de 23 de enero de 1894.

45 Leyes de fecha 3 de diciembre de 1872, de 13 de noviembre de 1874, otra de 13 de noviembre de 1874, de 13 de mayo de 1887, y de 14 de mayo de 1887.

46 Ley de fecha 13 de enero de 1882.

sar tanto la documentación de la compañía como el avance físico de las obras⁴⁷.

Además, esta experimentación de concesiones y permisos no creó formas claras de solución de conflictos entre los empresarios de ferrocarriles y el gobierno⁴⁸. Incluso hasta fines del siglo XIX no estaba claro cómo se superaba la falta de acuerdo entre el Presidente y las compañías a la hora de establecer las tarifas⁴⁹. Lo que sí era indiscutible era el enorme poder *formal* que el Presidente tenía sobre las compañías de ferrocarriles, poder que sin embargo no es claro que haya podido ejercer apropiadamente en la práctica por falta de capacidad y organización en materia regulatoria⁵⁰. Poco se sabe sobre la práctica regulatoria concreta en Chile en esta época y nuestra única conjetura es que los ferrocarriles del Estado pueden haber actuado en algún sentido como una fuente de información indirecta sobre la industria en general y hayan así funcionado *de facto* como una regulación tipo *yardstick*.

De todas formas, el poder del Presidente existía, y dicho poder carecía absolutamente de toda autonomía respecto del proceso político en general (tal como se “intenta” exigir hoy en día). La más extraordinaria evidencia de este poder político y su inserción en el proceso regulatorio fue manifestada por el conservador José Clemente Fabres –decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica, un

derregulador radical al más puro estilo “Chicago”–, quien en un debate en 1894 expresó una opinión que debe tenerse entre las más célebres de nuestra historia regulatoria:

Yo creo que las ideas que se han manifestado sobre particular no son las más conducentes al caso. Para mí, el objeto principal por que se da intervencion al Presidente de la República en la formación de las tarifas de ferrocarriles es para evitar abusos de parte de los concesionarios... Pero iba a decir que el peligro de que un empresario de ferrocarril cobre tarifas altas, no es para mí tan peligroso; lo que sí creo peligrosísimo es que la fijación de las tarifas se deje en manos del Presidente de la República, porque no estoi de acuerdo en aquello de creer que el Presidente de la República hará una justicia estricta. Al contrario, tengo la idea de que hará cuestion de compadrazgo, i, lo que es peor, de compadrazgo electoral... ¿A qué disimular las cosas cuando en la práctica estamos viendo que así sucede todos los días? Yo no me refiero a este Presidente, ni a otro pasado ni a ninguno en particular. Pero lo cierto es que ya sea el Presidente de la República o su Ministerio o el Ministro del ramo, obra siempre en un sentido político, i esto que dicho está en la conciencia pública. Creo, pues, que no debe darse ninguna injerencia al Presidente de la República, i que lo mejor es dejar que fijen las tarifas los mismos concesionarios. Mas nos quejamos de los abusos que

47 Leyes de fecha 11 de septiembre de 1884, y de fecha 23 de octubre de 1884.

48 A diferencia de Estados Unidos, donde se usaron paneles de árbitros, entre otros mecanismos de solución de controversias. *Vid.* PRIEST, *supra* note 15, p. 321.

49 A este respecto, es interesante revisar la discusión que se formó en el Senado durante 1894. *Vid.* “17ª Sesión Extraordinaria de la Cámara de Senadores” de fecha 28 de noviembre de 1894, *Boletín de las Sesiones Extraordinarias en 1894-1895*, pp. 286-295.

50 Por ejemplo, el memorista CÉSAR LEÓN, “Algunas Consideraciones Acerca de Nuestra Política Ferroviaria”, Memoria de Prueba, Santiago, Chile, 1919, p. 76, afirma que “antes de ahora [el memorista escribe en 1919] se notaba cierta indecisión en las decisiones administrativas. Es natural. Este ramo de la administración no había sido aun debidamente profundizado, ni existía a cargo de las oficinas respectivas un personal preparado que estuviese al corriente de los principios modernos que imperan en la materia y que junto con aplicarlos, considerase las necesidades de carácter rejional y jeneral del país. Tampoco existían oficinas públicas como las que ahora existen mas o ménos bien organizadas que reuniesen las condiciones de prestigio que se requiere para tratar y resolver asuntos de esa entidad y naturaleza... La falta de personal fiscal, de medios de investigacion para comprobar cada caso, o de sancion, permitian a los concesionarios burlar fácilmente estas disposiciones y escapar a la accion del Gobierno”.

cometen los Gobiernos cuando tienen esas facultades. Concediéndoselas al Presidente de la República se perjudica siempre al público, porque el Gobierno para favorecer a los empresarios podría fijar muy altas las tarifas en cambio de doscientos o trescientos votos que ganaría para las elecciones, quebrantando por este medio la libertad electoral... Yo haría indicación, señor, para que no se fijen las tarifas por el Presidente de la República, sino que los interesados puedan pedir lo que se les dé la gana; creo esto menos peligroso. Dejando al Presidente de la República la facultad de fijar las tarifas dará por resultado que las fijaría altas o bajas, según que los interesados ayuden o no al Presidente de la República o al Ministro en las elecciones⁵¹.

Si tal era el impacto de la regulación de precios, ¿por qué no licitar las distintas líneas de ferrocarriles a quien ofreciera las tarifas más bajas en vez de asignarlas “a dedo” a un empresario para luego regularlo⁵²? Es muy difícil responder esta pregunta hoy en día, pero es posible pensar en la ventaja de asignar a “dedo” cuando el principal objetivo de las políticas públicas era desarrollar los ferrocarriles a toda máquina. Primero poblar con ferrocarriles y luego hacerse cargo del conflicto económico y social. Por otro lado, esta política era obviamente de gran conveniencia para quienes contaban con los contactos políticos y con el capi-

tal necesario para construir y operar los ferrocarriles con buenas proyecciones comerciales.

En todo caso, lo que sí es claro es que los Gobiernos de la época –incluyendo Ejecutivo y Congreso– estaban plenamente conscientes del valor del uso de licitaciones para asignar las concesiones y permisos. Así lo demuestran las nueve licitaciones públicas de ferrocarriles privados que se llevaron a cabo en el siglo XIX. Todas ellas, salvo un caso⁵³, no consistieron en licitaciones como las que propone Demsetz, esto es, adjudicación a quien ofrezca el menor valor de la tarifa, método cuya virtud es reemplazar la competencia “en el mercado” por la competencia “por el mercado” (se disipan así todas las “rentas económicas”). En efecto, de las ocho licitaciones restantes, en tres casos el menor valor de la tarifa era acompañado por el menor tiempo de término de la obra como variables claves, lo que confirma la ansiedad del siglo XIX por contar con ferrocarriles. Los otros cinco casos fueron del tipo “concurso de belleza”⁵⁴ en los cuales un conjunto amplio de factores definían el resultado de la licitación, entre los cuales no siempre se consideraba el valor de las tarifas⁵⁵.

Para terminar esta sección, es importante destacar algunos elementos contenidos en la Ley de Policía de Ferrocarriles de 1862. Entre ellos merece la pena nombrar la prohibición de discriminación de precios (artícu-

51 “17ª Sesión Extraordinaria de la Cámara de Senadores” de fecha 28 de noviembre de 1894, en *Boletín de las Sesiones Extraordinarias en 1894-1895*, pp. 289-290.

52 Vid. HAROLD DEMSETZ, “Why Regulate Utilities?”, *Journal of Law and Economics*, Vol. 11, p. 55 (1968). El concepto original, como lo indica el propio DEMSETZ, es de mediados del siglo XIX. El primero en plantearlo fue EDMUND CHADWICK, “Results of Different Principles of Legislation and Administration in Europe; of Competition for the Field, as compared with Competition within the Field of Service”, *Journal of the Royal Statistical Society* N° 22, p. 381 (1859).

53 Vid. decreto de fecha 4 de diciembre de 1889 (licitación para la construcción y operación del ferrocarril de Agua Santa a Caleta Buena).

54 Vid. STEPHEN BREYER, *Regulation and Its Reform*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1982, pp. 71-95.

55 Leyes de fecha 14 de noviembre de 1878, de 9 de septiembre de 1889, de 12 de enero de 1883, de 17 de enero de 1884, y Ley N° 247 de fecha 15 de enero de 1895. Los parámetros de estos “concursos de belleza” incluían la ubicación de la línea y su impacto sobre la industria a su alrededor, el menor lapso en el cual la línea pudiera ser construida, y los menores costos de construcción y operación a ser asumidos directa o indirectamente por el Estado.

lo 50)⁵⁶, el derecho de acceso a redes en favor de terceros (artículo 31)⁵⁷, la facultad del gobierno de inspeccionar locomotoras, carros y material rodante en general (artículos 29 y 30), la obligación de respetar itinerarios y tiempos de salida y llegada predefinidos (artículos 33 y 34) y la obligación de avisar cambios de itinerarios y tiempos con al menos 8 días de anticipación (artículo 37), entre otras.

II. LA PROVINCIA DE TARAPACÁ Y LAS CONCESIONES MONOPÓLICAS DE LA NITRATE RAILWAYS

Dentro de los bienes que Chile “heredó” de Perú al anexar la Provincia de Tarapacá se encontraban los ferrocarriles pertenecientes a la Nitrate Railways. La antecesora legal de esta última, Montero Hermanos y Cía., obtuvo del gobierno peruano tres concesiones en lo que hoy es la Primera Región de Chile. Dichos títulos le permitieron construir y operar un ferrocarril con privilegio exclusivo entre Pisagua e Iquique, cobrando elevadas tarifas a los pro-

ductores de salitre. Según veremos, las tarifas eran políticamente insostenibles. Los productores de salitre usaron su voz y sus influencias en el sistema político lo que terminó por costarle el privilegio monopólico a la compañía.

A) EL SALITRE Y LA PROVINCIA DE TARAPACÁ DURANTE EL SIGLO XIX

La Guerra del Pacífico podría también llamarse la guerra del salitre. Más allá de detalles y explicaciones, el motivo esencial de la guerra entre Chile, Perú y Bolivia fue este monopolio mundial que se concentraba únicamente en las regiones de Tarapacá y Antofagasta. Y entre estas dos últimas, el salitre en Tarapacá era de mejor “ley” que en Antofagasta⁵⁸.

La importancia de los recursos que el salitre proporcionó a Chile entre 1880 y 1929 es realmente asombrosa. En promedio durante este período, el impuesto a la exportación de salitre, definido sobre la cantidad exportada (\$ por kilo), fue alrededor de un 33% de los ingresos de la industria y de un 50% de todas las utilidades agregadas de la industria⁵⁹.

56 Artículo 50: “La tarifa que una empresa de ferrocarril por sí o con intervención del Gobierno fijare, segun los casos, deberá aplicarla generalmente á todos los que se sirvan del ferrocarril, sin que pueda hacerse ninguna excepción”. La discriminación de precios –el conflicto *long haul-short haul*– fue el problema regulatorio más grande que vivió Estados Unidos con sus ferrocarriles durante el siglo XIX, en el que se enfrentaron agricultores y comerciantes con las compañías de ferrocarriles. Este conflicto fue la causa principal que llevó en definitiva a la creación de las primeras agencias estatales y a la primera agencia reguladora a nivel federal, la ICC (Interstate Commerce Commission). Sobre este caso en Estados Unidos, Vid. GEORGE W. HILTON, “The consistency of the Interstate Commerce Act”, en *Journal of Law and Economics* N° 9, pp. 87 y ss. (1966); ROBERT M. SPANN y EDWARD W. ERICKSON, “The economics of railroading: the beginning of cartelization and regulation”, en *The Bell Journal of Economics and Management Science* N° 1, pp. 227 y ss. (1970); y, THOMAS W. GILLIGAN, WILLIAM J. MARHSALL y BARRY R. WEINGAST, “Regulation and the theory of legislative choice: The Interstate Commerce Act of 1887”, en *Journal of Law and Economics* N° 32, pp. 35 y ss. (1989). Vid. también la bibliografía citada en la nota 2.

57 Artículo 31: “Cuando dos ó más ferrocarriles construídos por diferentes empresas, se unan en un mismo pueblo o estación, los trenes de cualquiera de ellas podrán traficar por la vía que pertenece á la otra, pagando el peage que fijaren por convenio mutuo. Si no pudieren ponerse de acuerdo acerca del peage, el Presidente de la República, de acuerdo con el Consejo de Estado, fijará el que deba cobrarse”.

58 Vid. ÓSCAR BERMÚDEZ MIRAL, *Historia del Salitre*, Ediciones Pampa Desnuda, Santiago, Chile, 1984, p. 152.

59 Vid. MARKOS J. MAMALAKIS, “The role of Government in the Resource Transfer and Resource Allocation Processes: The Chilean Nitrate Sector, 1830-1930”, in GUSTAV RANIS, *Government and Economic Development*, Yale University Press, New Haven, Connecticut, 1971, pp. 192-195. Vid. también MARKOS J. MAMALAKIS, *The Growth and Structure of the Chilean Economy: From Independence to Allende*, Yale University Press, New Haven, Connecticut, 1976, p. 56 (“In my more recent estimate, the distribution of nitrate revenues between 1880 and 1924 amounted to 6.9 billion gold pesos of 18 pence. One-third accrued to government (and Chile’s [geographical] Center), one-third involved the cost of production, and one-third was earned by capitalists, Chilean and foreign. The amount of nitrate revenues leaking abroad – foreign profits, amortization, and so forth– was also 33 percent, or 7 percent of GDP if offsetting capital inflows are ignored”).

Asimismo, los impuestos provenientes del salitre y del yodo (un subproducto del mismo) ascendieron al 42,82% de las rentas ordinarias de la nación entre 1880 y 1829⁶⁰.

La historia del salitre y su “privatización” durante los gobiernos de Pinto y Santa María, y el rol que en ella tuvo la figura de John Thomas North, es conocida. Desde el momento mismo en que la Provincia de Tarapacá quedó en posesión chilena a fines de 1879, el Gobierno comenzó a discutir qué régimen legal aplicaría a las salitreras. Debe recordarse que pocos años antes de la Guerra del Pacífico, Perú las había expropiado, pagando con papeles llamados “certificados salitreros”⁶¹. El debate era entonces si mantener la propiedad estatal o “privatizar” las salitreras.

Ya en junio de 1881, antes de estar siquiera celebrado el Tratado de Ancón, el gobierno de Pinto, siguiendo los consejos de dos comisiones especialmente designadas para estos efectos, decidió entregar a empresarios privados la propiedad y explotación de las salitreras⁶². Se estableció que aquellos titulares de certificados de salitre que depositaran el 75% del total de los papeles emitidos correspondiente a cada salitiera –monto casi inmediatamente reducido a sólo el 50%– y que pagaran la diferencia en efectivo podrían recuperar provisoriamente la posesión de la respectiva salitiera⁶³.

Posteriormente, en 1882 y bajo la administración de Santa María, la titularidad sobre la propiedad salitiera asumió el carácter de definitiva⁶⁴. También, durante marzo de 1882 el gobierno reforzó esta privatización realizando una licitación pública para entregar a los privados aquellas salitreras que no habían sido “canjeadas” por los correspondientes certificados⁶⁵.

Los motivos y causas de la decisión de privatizar las salitreras pueden ser leídos desde dos perspectivas. La lectura “idealista” destaca la ideología de la libertad de emprendimiento, la doctrina del *laissez-faire* –que se oponían radicalmente al establecimiento de un monopolio estatal– como asimismo los principios del derecho internacional, que exigían respetar la propiedad privada, entre ella la de los certificados garantizados con supuestas hipotecas legales sobre las mismas salitreras⁶⁶. Como dijo en su momento la Comisión Consultiva, “en lugar de ese sistema peligroso y absorbente, es de desear que Chile acate y mantenga la primera de las reglas de la buena economía pública que condena toda intervención gubernativa en los dominios especiales de la industria”⁶⁷.

La lectura “realista” se centra en la presión que los titulares de los certificados –en su mayoría extranjeros– realizaron sobre el Go-

60 Vid. ROBERTO HERNÁNDEZ, *El Salitre. (Resumen histórico desde su descubrimiento y explotación)*, Fisher Hermanos, Valparaíso, Chile, 1930, pp. 177-178. La producción de salitre cayó desde 3.236.899 tons en 1929, a 464.000 tons. en 1930. Vid. también ALEJANDRO SOTO CÁRDENAS, *Influencia Británica en el Salitre. Origen, Naturaleza y Decadencia*, Editorial Universidad de Santiago, Santiago, Chile, 1998, p. 147.

61 Ley de Expropiación de fecha 28 de marzo de 1875, Vid. RAMÍREZ NECOCHEA, *supra* note 2, pp. 20-21, y BLAKEMORE II, *supra* nota 1, p. 28.

62 Vid. BERMÚDEZ MIRAL, *supra* nota 57, pp. 171 y ss., BLAKEMORE II, *supra* nota 1, pp. 30 y ss., y O'BRIEN, *supra* nota 1, pp. 63 y ss.

63 Vid. decreto de fecha 11 de junio de 1881, modificado por decreto de 6 de septiembre de 1881.

64 Vid. decreto de 28 de marzo de 1882.

65 Vid. *ibidem*.

66 De hecho, en 1887, Chile terminó pagando los certificados que no fueron canjeados por salitreras. Dicho pago fue acordado tras arduas negociaciones internacionales con diversos gobiernos europeos. Los certificados fueron pagados a un 50% de su valor nominal. Vid. BERMÚDEZ MIRAL, *supra* nota 57, pp. 229-237; y O'BRIEN, *supra* nota 1, pp. 63 y ss.

67 Informe presentado al Supremo Gobierno por la Comisión Consultiva, p. 4, citado por RAMÍREZ NECOCHEA, *supra* nota 2, p. 24.

bierno chileno. Los principales beneficiados por los principios “idealistas” fueron precisamente inversionistas ingleses y en menor grado alemanes –aunque también hubo chilenos– que durante la Guerra del Pacífico, compraron títulos salitreros espectacularmente depreciados en Lima⁶⁸, pagando incluso hasta un 10% de su valor nominal⁶⁹.

Entre los ingleses, el más destacado fue sin duda John Thomas North, el “rey del salitre”. El triunfo de Chile en la Guerra del Pacífico, el respeto chileno por los certificados salitreros peruanos y un habilísimo manejo en las Bolsas de Liverpool y Londres permitieron a este inglés convertirse en uno de los hombres más ricos del mundo⁷⁰. En Chile, ya hacia 1890, North no sólo controlaba las más ricas salitreras, sino además era accionista principal de las siguientes compañías: el monopolio de ferrocarriles en la Provincia de Tarapacá –la Nitrate Railways Company Limited, adquirida en 1887–, el monopolio de agua en la Provincia –la Tarapacá Waterworks Company Limited, fundada en 1888–, uno de los principales ban-

cos de Iquique –el *Bank of Tarapacá and London Limited*, fundado en 1888–, y una gran compañía de aprovisionamiento – la *Nitrate Provision Supply Company*, fundada en 1889⁷¹–. Entre ellas, incluso considerando las salitreras, los ferrocarriles fueron la fuente personal de riqueza más importante para North⁷².

Uno de los puntos centrales de las versiones más realistas, es que Chile estaba endeudado con las potencias extranjeras de la época, y asimismo, dependía militarmente de la provisión bélica de las mismas, especialmente de Inglaterra. Esta situación hacía muy difícil negar lugar a las peticiones de privatización de las minas y de pago de certificados⁷³. Así lo testimonian las palabras de Luis Aldunate, Ministro de Hacienda, de acuerdo a quien era indispensable escapar de la “odiosa y tiránica reclamación diplomática”⁷⁴. Además, la presión que los titulares de certificados salitreros habrían ejercido en la política chilena también habría sido determinante⁷⁵.

En definitiva, para cuando la Guerra del Pacífico llegaba a su término, los inversionis-

68 Vid. SIMON COLLIER y WILLIAM F. SATER, *A History of Chile, 1808-1994*, Cambridge University Press, New York, New York, 1996, p. 165, y también CARMEN CARIOLA y OSVALDO SUNKEL, *Un siglo de Historia Económica de Chile, 1830-1930*, Editorial Universitaria, Santiago, Chile, 1991, p. 136. Los principales chilenos involucrados en el negocio del salitre fueron Francisco Subercaseaux, Jenaro Canelo, Agustín Edwards y Eduardo Délano. Vid. O'BRIEN, *supra* nota 1, 74.

69 Vid. BLAKEMORE II, *supra* nota 1, p. 32; O'BRIEN, *supra* nota 1, pp. 65-67; y RAMÍREZ NECOCHEA, *supra* nota 2, p. 21.

70 John Thomas North explicó personalmente cómo hizo su fortuna en una entrevista en París, Francia, al diario *Le Figaro*, edición de 23 de abril de 1895, en los siguientes términos: “Entretanto, sobrevino la guerra entre Chile y Perú, produciendo esa enorme depreciación que sufrieron todos los valores peruanos, entre otros los certificados salitreros emitidos por el Gobierno para obtener apresuradamente algún dinero. Conocía mejor que los demás extranjeros el valor exacto de esos certificados, desde que sabía, por mis trabajos precedentes y por mis viajes, que muchos de aquellos terrenos contenían muy importantes depósitos de salitre. En consecuencia, compré, a pesar de sus descrédito, cantidades considerables de ellos, persuadido que el Gobierno chileno triunfaría en la guerra y, vencedor, respetaría plenamente el derecho de propiedad que constituían estos títulos emitidos por el vencido... Tal era la situación. Todo lo que había previsto sucedió... En cuanto a los certificados salitreros, su valor se centuplicó desde el momento en que todos los compromisos del gobierno vencido fueron aceptados y confirmados por el vencedor” (énfasis agregado), citado por RAMÍREZ NECOCHEA, *supra* nota 2, pp. 61-62.

71 Vid. BLAKEMORE II, *supra* nota 1, pp. 32-77, y RAMÍREZ NECOCHEA, *supra* nota 2, pp. 30-31.

72 Vid. SOTO CÁRDENAS, *supra* nota 59, p. 69.

73 Vid. O'BRIEN, *supra* nota 1, p. 51, y SOTO CÁRDENAS, *supra* nota 59, p. 59.

74 Citado por O'BRIEN, *supra* nota 1, pp. 55 ss.

75 Vid. WILLIAM JEFFERSON DENNIS, *Tacna and Arica*, Yale University Press, New Haven, Connecticut, 1931, p. 62 y pp. 73-74.

tas inglesas eran ya los dueños de las principales salitreras de la Provincia de Tarapacá. Si para 1875, chilenos y peruanos controlaban casi el 80% de las salitreras (más peruanos que chilenos), a mediados de los 1890s los británicos controlaban entre un 60% y 70% de la industria en la citada Provincia⁷⁶. Pero, como ya hemos señalado, esto no fue sólo un triunfo para los ingleses, sino también para el gobierno nacional, el que fue capaz de imponer un altísimo royalty a las exportaciones del oro blanco cuyos ingresos tuvieron un gran impacto en el gasto fiscal de Chile en la era del salitre.

B) BALMACEDA Y LAS COMBINACIONES SALITRERAS

Con el triunfo chileno y con la “privatización” de las salitreras, la industria pudo dar un salto espectacular en la producción a partir de 1880. El cuadro “Exportación de Salitre” (arriba) muestra los niveles de producción de la industria del salitre en Chile durante el siglo XIX⁷⁷.

Dado que el impuesto al salitre fue establecido como un porcentaje sobre la cantidad exportada, las relaciones entre el gobierno y la industria no fueron precisamente pacíficas⁷⁸. Siendo Chile el único productor de salitre,

los empresarios salitreros enfrentaron los bajos precios internacionales formando *combinaciones* o *carteles* en orden a restringir la cantidad exportada.

Durante el siglo XIX se formaron así tres combinaciones cuyo efecto se nota nítidamente en el gráfico anterior: la llamada “primera”, vigente entre 1884 y 1886; la “segunda”, vigente entre 1891 y 1894; y la “tercera”, vigente entre 1896 y 1897⁷⁹. Ninguna de ellas fue muy larga y estable pero en conjunto representaron un lapso de tiempo considerable. En todo caso, el impacto que produjeron en la recaudación fiscal fue lo suficientemente severo como para que todas las administraciones del siglo XIX después de la de Santa María, en especial la de Balmaceda, los enfrentaran frontalmente. Nadie olvidaba que la primera combinación causó al Gobierno de Santa María una disminución en sus ingresos ordinarios de más de un 10%⁸⁰.



76 De acuerdo a RAMÍREZ NECOCHEA, *supra* nota 2, 18, “hacia el año 1890, alrededor del 70% de la industria del nitrato estaba controlada por empresas que tenían su residencia en Londres, o que estaban conectadas con ellas,” y de acuerdo a las tablas de CARIOLA y SUNKEL, *supra* nota 67, 136, para el año 1895 los británicos representaban el 60% de la producción de salitre. Por su parte, HERNÁNDEZ, *supra* note 59, p. 146, afirma que los “intereses” británicos ascendían a un 59 5/8% del total de la industria del salitre.

77 Fuente: CARIOLA y SUNKEL, *supra* nota 67, 126-127. Información estadística adicional en COLLIER y SATER, *supra* nota 67, p. 163, y ENRIQUE ESPINOZA, *Jeografía Descriptiva de la República de Chile*, Imprenta Barcelona, Santiago, Chile, 1903, pp. 87-88.

78 Vid. BROWN, *supra* nota 2, p. 231

79 Vid. BROWN, *supra* note 2, y HERNÁNDEZ, *supra* note 59, pp. 122-150.

80 Vid. MICHAEL MONTEÓN, *Chile in the Nitrate Era. The Evolution of Economic Dependence, 1880-1930*, University of Wisconsin Press, Madison, Wisconsin, 1982, p. 28.

Llama profundamente la atención que las fuerzas se mantuvieran antagónicas y no se redefiniera el impuesto sobre la base de precio y volumen $-P*Q$ y no sólo Q — y uniformar así los intereses de la industria y del gobierno. De hecho, el impuesto permaneció constante desde la dictación de la ley de 1° de octubre de 1880 hasta fines de la era del salitre (1930)⁸¹. A pesar que esto está fuera del objeto de este estudio, nos remitimos a señalar que no hemos encontrado ninguna explicación a tan sorprendente fenómeno.

En todo caso, es a Balmaceda a quien históricamente se asocia más directamente con la lucha contra las combinaciones o carteles. Como es bien sabido, Balmaceda estaba embarcado en un ambicioso programa de obras públicas y ferrocarriles estatales, de modo que necesitaba de los recursos fiscales provenientes del salitre. Esto lo enfrentó a John Thomas North quien, junto con el apoyo de diversas otras compañías salitreras chilenas y extranjeras —incluidas sus rivales Campbell, Outram y Cía. y la casa Gibbs—, se encontraba trabajando para la creación de la segunda combinación que finalmente comenzó a regir desde el 1° de enero de 1891.

El conflicto entre el Gobierno y los productores de salitre se encuentra estrechamente ligado al conflicto de los ferrocarriles, y es por esta razón que lo mencionamos aquí. Más allá de la presencia de North en ambos casos, las razones que movilizaron a Balmaceda a pelear contra la formación de la segunda combina-

ción eran esencialmente similares a las razones que lo motivaban a enfrentarse a la Nitrate Railways. Balmaceda necesitaba asegurar una gran producción de salitre —y con ello la principal fuente de las rentas fiscales— y tanto las combinaciones como el monopolio del ferrocarril representaban un obstáculo a la libre producción del oro blanco⁸².

Sobre este punto, es importante tener claro los intereses de Balmaceda. El enorme plan de obras públicas y ferrocarriles que tan insistentemente propiciaba no sólo le permitiría cumplir sus aspiraciones de gloria personal y nacional, sino además agrandar sustancialmente el tamaño de la Administración Pública, y con ello la fuerza electoral bajo su tutela, fuerza necesaria para asegurar el primado del Presidente sobre los partidos políticos⁸³.

En todo caso, los conflictos de Balmaceda con las combinaciones y con la Nitrate Railways no fueron un rasgo exclusivo del presidente derrocado en 1891. Se iniciaron con Santa María y continuaron después de la Guerra Civil. En efecto, todos los subsiguientes gobiernos se encontraron más o menos en la misma posición, esto es, dependientes de los impuestos proporcionados por el nitrato, y por ende, enfrentados a las fuerzas que tendían a la disminución de la producción⁸⁴. Concretamente, en el caso del conflicto contra la compañía de ferrocarriles fue durante el gobierno de Jorge Montt que su poder monopólico terminó por desaparecer, lo que demuestra que el gobierno post-revolución mantuvo la misma po-

81 La citada ley fijó el derecho de exportación del salitre en 1,6 pesos fuertes por cada cien kilogramos. Dadas las fluctuaciones del peso fuerte debido a los cambios en el valor de la plata, por ley de 2 de enero de 1889 se fijó el valor del peso fuerte en 38 peniques. Desde ese momento el impuesto quedó fijo en 28 peniques por quintal español (46 kilos).

82 Vid. BLAKEMORE II, *supra* nota 1, p. 130 (“El gobierno buscaba destruir un monopolio del transporte que consideraba que cobraba tarifas excesivas por los embarques del salitre, por ende afectaba las exportaciones que le significaban tanto para su renta”); O’BRIEN, *supra* nota 1, p. 136 (“Again a major obstacle was the Nitrate Railways Company, whose high freight charges, it was believed, restricted exports and consequently the amount of export duty collected.”); y, BROWN, *supra* nota 12, 468 (“High freight fares which tended to restrict the volume of nitrate exports gave both producers and the government solid ground for their hostility toward Nitrate Railways”).

83 Vid. O’BRIEN, *supra* nota 1, pp. 131-132, y BLAKEMORE, *supra* nota 1, p. 191.

84 Vid. BROWN, *supra* nota 2, pp. 236-237.

lítica de Balmaceda. Según veremos esto confirma que Blakemore⁸⁵ estaba en lo correcto cuando contradecía la tesis de Ramírez NECOCHEA⁸⁶: Balmaceda no fue precisamente un presidente nacionalista enfrentado al imperialismo británico y difícilmente puede considerarse la Guerra Civil de 1891 como un subproducto de estas fuerzas⁸⁷.

C) LA NITRATE RAILWAYS Y SU MONOPOLIO DE FERROCARRILES EN LA PROVINCIA DE TARAPACÁ

Como ya lo hemos mencionado anteriormente, no sólo las salitreras fueron devueltas por Chile a sus antiguos dueños, sino también el ferrocarril de la Provincia de Tarapacá, hasta ese entonces de propiedad de una familia peruana (los hermanos Montero). Durante la guerra, el Gobierno chileno ordenó la utilización del ferrocarril con fines militares⁸⁸. Posteriormente, en mayo de 1881, tan pronto como el territorio estaba seguro en posesión chilena, se ordenó su restitución a la compañía de ferrocarriles⁸⁹. Una vez más, esto puede ser interpretado como un hecho exigido por el derecho internacional, como asimismo, como un resultado generado por la presión de los acreedores británicos de la firma.

La compañía Ramón Montero y Hermanos había obtenido del gobierno peruano, en lo que aquí respecta, tres concesiones que

en conjunto le permitían operar exclusivamente los ferrocarriles de la Provincia de Tarapacá. El 11 de julio de 1868 se les autorizó para construir y operar exclusivamente (aunque sólo en sentido longitudinal y no transversal) un ferrocarril de Iquique a las salitreras de la Noria; el 18 de mayo de 1869 se les autorizó en iguales términos para construir y operar un ferrocarril de Pisagua hasta las salitreras de Zapiga, Sal de Obispo, Pampa Negra y Negreiros; y el 26 de octubre de 1871 se les autorizó finalmente para unir las zonas otorgadas en las dos concesiones anteriores, y para prolongar la línea de Iquique hasta la frontera con Bolivia⁹⁰.

Adicionalmente, el último de los citados decretos del gobierno peruano, de 1871, les concedió el privilegio monopólico transversal para casi toda la Provincia en los siguientes términos:

El Gobierno concede á la empresa, para la explotación de los mencionados ferrocarriles, privilegio exclusivo por el término de 25 años, por manera que durante dicho término no podrá construirse ferrocarril alguno, cualquiera que sea su motor ó naturaleza de la vía, entre las salitreras á donde se dirijan las ramificaciones y cualquiera punto de la costa, ó entre esta y la frontera de Bolivia⁹¹.

En conjunto estas tres concesiones impedían a terceros la construcción de líneas longitudinales o transversales. Adicionalmente,

85 Vid. BLAKEMORE II, *supra* nota 1.

86 Vid. RAMÍREZ NECOCHEA, *supra* note 2.

87 En el mismo sentido, ZEITLIN, *supra* nota 1, p. 93.

88 Vid. Decreto de fecha 30 de marzo de 1880.

89 Vid. Decreto firmado por el Ministro de Guerra Manuel Recabarren, con fecha 27 de mayo de 1881.

90 Un buen mapa de la ruta del ferrocarril y sus competidores en la Provincia de Tarapacá puede encontrarse en la carta elaborada por Espinoza en 1903, en ESPINOZA, *supra* nota 76, p. 83.

91 El texto completo de estos decretos puede encontrarse en los expedientes editados en forma de libro bajo las siguientes descripciones: 1) COMPAÑÍA DE LOS FERROCARRILES SALITREROS LIMITADA, *Demanda de la Compañía de los Ferrocarriles Salitreros Limitada con el Fisco sobre Subsistencia de un Privilegio*, Imprenta de la República, Santiago, Chile, 1886 (en adelante, DEMANDA I); 2) COMPAÑÍA DE LOS FERROCARRILES SALITREROS LIMITADA, *Juicio Civil entre la Compañía de los Ferrocarriles Salitreros Limitada i la Compañía de Salitres i Ferrocarril de Agua Santa sobre prohibición de usar el Ferrocarril de Agua Santa*, Imprenta Cervantes, Santiago, Chile, 1892 (en adelante DEMANDA II).

estos títulos establecían una tarifa máxima fija para flete y pasajeros en los siguientes términos:

El máximo de la tarifa que habrá de observarse por la empresa será el siguiente: FLETES: Por cada quintal de carga, por milla, uno y medio centavos [de soles peruanos]. PASAJES: De primera clases, cinco centavos; id. de segunda clase, tres centavos [de soles peruanos]. Con arreglo a esta base, la empresa formará la tarifa que será sometida a la aprobación del Gobierno⁹².

Durante el período de ocupación, por decreto de fecha 17 de julio de 1881, se dispuso que la tarifa de flete que la compañía podía cobrar ascendía a un centavo por quintal por milla, con un tope de 45 millas (es decir, a partir de la milla 46 no se podía cobrar nada), en pesos chilenos de 36 peniques. Esta nueva tarifa máxima era de hecho la que prevalecía en los hechos al momento de la ocupación⁹³. Desde un punto de vista legal este fue el máximo o techo que permanecería vigente durante todo el conflicto, y que permitiría a la compañía obtener rentas monopólicas bajo la protección del ordenamiento jurídico.

Es difícil pensar que dicha tarifa máxima contenida en las autorizaciones originales y convertida a moneda chilena durante 1881 haya sido el resultado de la “captura” de las

autoridades políticas y administrativas. Durante la década de los 1860s, dos veces se otorgan similares concesiones —a José María Costas y Federico Pezet el 1° de noviembre de 1860, y a José Pickering y Avelino Orihuela el 27 de mayo de 1864— y todos estos empresarios fracasaron en su intento de establecer una compañía de ferrocarriles. Debe recordarse además que el uso de guarismos concretos en las concesiones y permisos que rápidamente quedaban desfasados de la realidad para bien o para mal, fue una práctica común en los orígenes de la regulación por franquicias tanto en Chile, Perú como también en Estados Unidos⁹⁴.

Incluso considerando que en esta época “fundacional” los gobiernos de todo el continente promovieron la construcción de ferrocarriles a fin de desarrollar la industria y agricultura local⁹⁵, la conclusión anterior no cambia. Los fracasos anteriores necesariamente deben haber sido leídos por las autoridades de la época como una prueba que las concesiones debían volver a otorgarse en términos equivalentes o incluso más favorables a los nuevos concesionarios. El elevado flete máximo puede explicarse así hoy en día en base a las observaciones generales que Goldberg realiza sobre los contratos de largo tiempo: “es razonable esperar que el agente diseñe contratos con pro-

92 *Ibidem*.

93 SILVA VARGAS, *supra* nota 2, p. 70. Vale la pena mencionar también que hubo diversos conflictos entre la compañía y los usuarios a propósito del tipo de cambio y la forma de pago de los fletes, sobre todo en una época en que la moneda chilena estaba ya depreciándose rápidamente. Ver por ejemplo el diario *La Época*, edición de fecha 24 de septiembre de 1884, donde se explica el conflicto: “La Empresa de los Ferrocarriles de Iquique i Pisagua ha pasado a los elaboradores del salitre una circular en la que se les previene que desde el 10 del presente no entregará salitre en las bodegas ni remitirá carga al interior sin el previo pago de los fletes respectivos. / El motivo que la empresa ha tenido para adoptar esta determinación, cuyas graves consecuencias le perjudicarán tanto a ella como a las salitreras, ha sido que éstos se niegan a pagar los fletes al tipo de 36 peniques i pretenden pagarles en moneda corriente i sin recargo alguno por razón de cambio. / Los salitreros han contestado a la empresa que pagarán los fletes con arreglo a lo que dispone el Código de Comercio, i que la harán responsable de los perjuicios que les orijine si, haciéndose justicia por si misma les retiene carga”.

94 *Vid.* MILLER, *supra* nota 19, p. 30; *vid. también*, ELY, *supra* nota 19, p. 72.

95 *Vid.* MILLER, *supra* nota 19, p. 48, quien afirma lo siguiente respecto a igual proceso en Estados Unidos: “The question of legislative control, particularly after the failure of the state lines and before the panic of 1873, was inextricably intermeshed with the promotional activities of the states. The decision to stimulate internal improvements by the infusion of private capital led to a period of business freedom, more from economic necessity than from philosophical conviction” (énfasis agregado).

tecciones sustanciales al derecho de otorgar la prestación (*right to serve*) del productor⁹⁶. Sin esa protección –que luego puede parecer abusiva–, la firma no habría entrado al mercado en el momento inicial⁹⁷. En otras palabras, al momento de otorgarse las concesiones no aparecía que las mismas pudieran llegar a ser excesivamente ventajosas a diez años plazo.

También prueba la falta de captura el hecho que la Compañía Nacional de Ferrocarriles Salitreros del Perú –antecesora de la Nitrate Railways y sucesora de Montero Hermanos, aunque también controlada por estos últimos– vivió una angustiosa situación financiera desde su constitución en 1872 hasta la explosión productiva de la industria salitrera a partir de 1881. La expropiación peruana de las salitreras en 1875 y la misma Guerra del Pacífico fueron hechos catastróficos para los dueños de la compañía, que desembocaron en diversos liti-

gios y transacciones con los acreedores británicos⁹⁸. En todo caso, su mal desempeño anterior a 1880 era conocido en los círculos políticos nacionales⁹⁹. Toda esta situación llevó a la reconstitución definitiva de la *Nitrate Railways Company Limited* –referida aquí simplemente como la Nitrate Railways– en agosto de 1882, siempre bajo el control de los hermanos Montero.

Indiscutidamente, el destino de la Nitrate Railways cambió de giro con el nuevo ciclo de expansión de la industria salitrera a partir de 1881. El monopolio del transporte por ferrocarril rendía finalmente sus frutos y la compañía empezaba a cobrar tarifas tan altas como era posible frente a la competencia de mulas y carros¹⁰⁰. Si las concesiones les permitían cobrar hasta 16 peniques por quintal español (46 kg.) como máximo por todo el trayecto, la referida competencia obligó a la compañía a bajar sus tarifas a 9,75 peniques¹⁰¹. Esta

96 VICTOR P. GOLDBERG, “Regulation and Administered Contracts”, *The Bell Journal of Economics* Vol. 7 (1976), p. 434 (“The natural monopoly sector has characteristics which generally make protection of the producer’s reliance especially attractive –very high capital-output ratios and capital which is both extremely long-lived and relatively immobile”).

97 *Ibid.*, p. 435.

98 *Vid.* WILLIAM HOWARD RUSSELL, *A Visit To Chile and the Nitrate Field of Tarapacá*, J.S. Virtue, Londres, Gran Bretaña, 1890, pp. 221-223, y SILVA VARGAS, *supra* nota 2, pp. 47-51. *Vid. también*, Compañía de los Ferrocarriles Salitreros, Memorándum Presentado a la Honorable Comisión nombrada por S.E. el Presidente de la República para informar sobre las solicitudes referentes a la construcción de líneas férreas en Tarapacá 68-69 (1883) (Biblioteca del Congreso Nacional, *Folleto N° 8, Documento N° 1*), y la detallada exposición del diario *El Ferrocarril*, edición del 10 de mayo de 1883.

99 Durante la Sesión de 11 de diciembre de 1882, el ferviente opositor de la Nitrate Railways, el senador José Francisco Vergara, afirmó lo siguiente: “Cuando estalló la guerra, esta compañía se encontraba en una penosísima situación económica, porque no pagaba sus dividendos a sus accionistas ni intereses a sus acreedores, por lo cual estaban sometida a la intervención de un representante que percibía todas sus entradas e intervenía en todos sus gastos... La ocupación chilena ha cambiado diametralmente esta situación, porque de penosa se ha convertido en notablemente próspera”, en “14ª Sesión Extraordinaria de la Cámara de Senadores” de fecha 11 de diciembre de 1892, *Boletín de las Sesiones Extraordinarias en 1881-1882*, p. 171.

100 El testimonio del Intendente Gonzalo Bulnes es manifiesto en este punto. En su informe publicado bajo el nombre de *La Cuestión de los Ferrocarriles de Tarapacá considerada en sus aspectos administrativo i comercial. Informe del Intendente de Tarapacá don Gonzalo Bulnes a S.E. el Presidente de la República*, Imprenta Nacional, Santiago, Chile, 1885, p. 28, afirma que “la tarifa es tan elevada que pueden los salitreros salir a la costa en carretas a menor precio... La estadística del último tiempo es significativa. Durante el mes de marzo [de 1885] se exportaron próximamente quinientos mil quintales de salitre, de los cuales salieron doscientos mil en carretas!”.

101 Senador Agustín Ross en “5ª Sesión Extraordinaria de la Cámara de Senadores” de 26 de octubre de 1894, *Boletín de las Sesiones Extraordinarias en 1894-1895*, p. 92. Los datos del senador Ross son confiables porque estaba bien informado sobre la materia. Él realizó un extenso estudio sobre los ferrocarriles de Chile en 1892. Además coinciden con otras fuentes directas que hemos podido estudiar. *Vid.* AGUSTÍN ROSS, *Memoria sobre los Ferrocarriles de Chile presentada al Supremo Gobierno*, Imprimerie Pal Dupont, París, Francia, 1892 (Biblioteca del Congreso Nacional, *Folleto 8, Documento N° 7*).

tarifa seguía siendo altísima para los productores. Dado que los costos medios de producción por quintal de las salitreras eficientes –las que usaban el sistema Shanks– ascendían hacia mediados de los 1880s a 9,75 peniques, el valor del flete debe haber representado de todas formas no menos de un 80% de los costos totales de producción (sin considerar flete) a la tasa de cambio de 1886¹⁰². Más aún si se tiene en consideración que el impuesto de 28 peniques por quintal representó 1/3 del total de ingresos generados por el salitre entre 1880 y 1930 –1/3 costos de producción, 1/3 utilidades y 1/3 impuesto, según indicamos más arriba–, se puede apreciar de una manera al menos referencial la significación de las tarifas de la Nitrate Railways sobre la industria salitrera.

En definitiva, el origen de la controversia regulatoria de la Nitrate Railways no fue distinto del gran conflicto regulatorio en Estados Unidos que enfrentó a agricultores y comerciantes con las compañías de ferrocarriles¹⁰³; por una parte, se otorgó a las compañías la libertad de determinar sus tarifas o se les garantizó un máximo que resultó ser muy elevado *a posteriori*, y por otra parte, dicha libertad quedó fuertemente protegida por los principios de la inviolabilidad de los contratos e intangibilidad de los derechos¹⁰⁴. En definitiva, el Gobierno no podía introducir cambios en los tí-

tulos, contratos y constituciones autorizados en favor de las compañías.

Se produjo así por primera vez el problema político clásico de las regulaciones estudiadas desde la perspectiva de la teoría política-económica: cuándo y cómo un determinado grupo o sector es capaz de usar el poder del Estado para asegurar sus propios propósitos¹⁰⁵. Usando el poder estatal derivado de la protección de sus concesiones y permisos, la compañía comenzó entonces a obtener lo que Newbery llama “utilidades políticamente insostenibles”¹⁰⁶. Ocurrió entonces en la Provincia de Tarapacá lo que el mismo autor explica en general acerca del proceso regulatorio: “cuando los consumidores no están contentos, no pueden ‘salir’ o elegir otra alternativa en la provisión del servicio, pero si pueden usar su ‘voz’ a través del proceso político en orden a obtener la satisfacción de sus demandas”¹⁰⁷. Este conflicto político será motivo del siguiente acápite.

III. EL CONFLICTO REGULATORIO: PRETENSIONES ECONÓMICAS Y POLÍTICAS DE LOS ACTORES DEL PROCESO Y LAS TEORÍAS DE LAS REGULACIONES ECONÓMICAS

El estudio de las regulaciones no puede centrarse únicamente en los aspectos propios

102 Una lista completa de las tasas de cambio en CARIOLA & SUNKEL, *supra* note 67, 148.

103 Vid. MILLER, *supra* nota 19, p. 47, y McCABE, *supra* nota 21, p. 89.

104 Hasta el citado *Munn v. Illinois*, que permitió imponer regulación de precios a las empresas con un interés público, el caso líder en el sentido de proteger los derechos adquiridos de las personas jurídicas en los términos aprobados en sus respectivas constituciones (*charters*) era el caso *Dartmouth College* (17 U.S. 518) (“It has already been decided in this Court, that a grant is a contract, within the meaning of this provision; and that a grant by a State is also a contract as much as the grant of an individual. It has also been decided, that a grant by a State before the revolution, is as much to be protected as a grant since... This Court, then, does not admit the doctrine, that a legislature can repeal statutes creating private corporations. If it cannot repeal them altogether, of course it cannot repeal any part of them, or impair them, or essentially alter them, without the consent of the corporators”).

105 Vid. GEORGE STIGLER, “The theory of economic regulation”, *The Bell Journal of Economics and Management Science* N° 2, p. 4 (1971) (“Indeed, the problem of regulation is the problem of discovering when and why an industry (or other group of likeminded people) is able to use the state for its purposes, or is singled out by the state to be used for alien purposes”).

106 NEWBERY, *supra* note 5, p. 83.

107 *Ibid.*, p. 29. Vid. también el clásico sobre la materia: ALBERT O. HIRSCHMAN, *Exit, voice, and loyalty; responses to decline in firms, organizations, and states*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1970.

de la dogmática jurídica. Como hemos señalado, los consumidores o usuarios, en caso de quedar desprotegidos por el ordenamiento, presionarán al Gobierno a través del proceso político para alterar el statu quo. De este modo, las dimensiones económicas y políticas son esenciales para comprender el proceso regulatorio en general. A continuación presentamos el conflicto de la Nitrate Railways desde las citadas perspectivas económicas y políticas.

A) RENTAS ECONÓMICAS DEL SALITRE Y SU APROPIACIÓN POR PARTE DE LA NITRATE RAILWAYS

Como es sabido y se ha mencionado anteriormente, Chile fue el único productor mundial de salitre desde 1880 hasta 1929. Esto significa que la industria del salitre estaba en situación de obtener rentas económicas, esto es, en términos simples, utilidades por sobre el nivel requerido para permanecer en el mercado. Estas rentas económicas tenían su origen no sólo en la escasez natural del salitre –como es el caso de todo mineral– sino más precisamente en que este producto se encontraba únicamente Chile. Por ello, estas rentas tenían indiscutiblemente el carácter de monopólicas, esto es, rentas asociadas al poder de mercado de los productores de salitre (capacidad de restringir la producción).

Ahora bien, no había forma de transportar el salitre a la costa sino a través del ferrocarril salitrero, o en su defecto, por el más oneroso sistema de mulas y carros. En concre-

to, esto le daba a la Nitrate Railways la palanca comercial necesaria como para adueñarse de parte de las rentas económicas provenientes de la explotación del salitre y que los salitreros pretendían para sí. De modo que, la distribución del botín de las rentas económicas del salitre se produjo entre las tres siguientes partes: los productores de salitre, el Fisco y la Nitrate Railways. Indudablemente, en el período 1880 a 1891, la Nitrate Railways se tiene que haber llevado una parte sustancial de esta gran torta. De hecho, a partir de 1888, bajo el control de North, la compañía comenzó a repartir grandes dividendos¹⁰⁸.

Pero estas “utilidades políticamente insostenibles” enfrentaron a la compañía de los ferrocarriles salitreros, primero, con los productores de salitre y luego, con el Gobierno mismo. De hecho, casi inmediatamente después de que el territorio estuviera bajo la posesión chilena, los productores de salitre comenzaron a presionar a la administración de Pinto y luego a todas las subsiguientes, para que se diera término en forma efectiva al monopolio de la Nitrate Railways. Senadores tales como José Francisco Vergara y Adolfo Ibáñez, y diputados como Augusto Matte asumieron tempranamente la defensa de los productores de salitre en el Congreso¹⁰⁹. Asimismo, el conflicto fue intensamente cubierto por la prensa, y el debate que se generó en la misma terminó incluso con un duelo entre Julio Zegers –abogado de la Nitrate Railways– y José Francisco Vergara en octubre de 1884 (ambos habrían salvado ilesos del mismo)¹¹⁰.

108 De acuerdo a los datos proporcionados por BLAKEMORE II, *supra* nota 1, pp. 60-61, la compañía repartió dividendos por primera vez en 1888, los que ascendieron al 10% de las acciones ordinarias. En 1889 la compañía pagó dividendos del 25%, y en los dos años 1890 y 1891, del 20%. Después de un largo período de endeudamiento, y luego de varios años cobrando tarifas monopólicas a una industria salitrera floreciente, la compañía finalmente salía a flote.

109 Vid. “14ª Sesión Extraordinaria de la Cámara de Senadores” de 11 de diciembre de 1882, *Boletín de las Sesiones Extraordinarias en 1882-1883*, pp. 170 y ss., “15ª Sesión Extraordinaria de la Cámara de Senadores” de 13 de diciembre de 1882, *Boletín de las Sesiones Extraordinarias en 1882-1883*, pp. 175 y ss., y “16ª Sesión Extraordinaria de la Cámara de Diputados” de 9 de enero de 1885, *Boletín de las Sesiones Extraordinarias en 1884-1885*, pp. 161 y ss.

110 Vid. *La Época*, mes de mayo de 1883, y *El Ferrocarril*, mes de octubre de 1884. Vid. también SILVA VARGAS, *supra* nota 2, p. 82.

El objetivo de la Nitrate Railways en esta controversia era simple: mantener las elevadas tarifas derivadas de su posición monopólica. Así lo expresa cándidamente el abogado de la compañía, Julio Zegers: “cuando tomé a mi cargo la defensa de la empresa ésta no tenía sino una cuestión importante, la de mantener los privilegios que le había otorgado el gobierno del Perú”¹¹¹. Más adelante, bajo la conducción de John North, la compañía intentaría usar su poder monopólico para obligar a los pequeños productores a vender sus pertenencias salitreras en orden a formar una gran compañía productora¹¹². Pero este objetivo no pudo ser llevado a cabo y la compañía se mantuvo firme en su propósito original de mantener su poder de mercado.

B) LOS PRODUCTORES DE SALITRE Y LA FIRMA CAMPBELL, OUTRAM Y CÍA.

No todos los productores de salitre estaban en la misma situación. Durante la década de los 1880s, las antiguas oficinas de *parada*—operadas manualmente—estaban siendo sustituidas por las nuevas, mecanizadas y más eficientes oficinas operadas bajo el sistema *Shanks*. Las nuevas tecnologías requerían aproximada-

mente doblar la inversión en capital, razón por la cual, los pequeños y medianos productores comenzaron lentamente a ser arrinconados y a tener que dejar el mercado. La disminución de la “ley” de los caliches como asimismo la crisis del precio del salitre de 1884, deben haber sido un duro golpe adicional para este grupo constituido mayoritariamente por chilenos. Lo importante a destacar es que para los pequeños productores y para los dueños de minas de baja “ley” las tarifas del ferrocarril deben haber operado como una barrera infranqueable, lo que los constituía en grupos de interés naturalmente enemigos de la Nitrate Railways.

Otra importante diferencia entre los miembros de la industria salitrera estaba dada por la distancia entre el centro de producción y el punto de embarque (distancia entre las oficinas y la costa). Los centros de explotación situados más cerca de la costa podían aspirar a integrarse verticalmente y construir líneas férreas que, aprovechando la gravedad, no requerían de gran inversión inicial. Por el contrario, aquellos situados lejos de la costa veían con muy malos ojos que sus competidores pudieran salir a un costo muchísimo más bajo a la costa¹¹³. En

111 Remitido de Julio Zegers, en *El Ferrocarril*, edición de 10 de febrero de 1898.

112 Luego de que North manifestara su objetivo a los directores de la casa Gibbs, éstos informaron a sus gerentes de Valparaíso e Iquique lo que el rey del salitre pretendía realizar en los siguientes términos: “... éste es sólo el comienzo de un gran proyecto que se está tramando para convertir todo el negocio del salitre en una sola compañía; su idea es emplear su poder en el ferrocarril como una palanca para hacer que todos los productores, especialmente los pequeños, entren a la compañía. (North) diría virtualmente esto: ‘Mi interés en el ferrocarril es tan grande que no permitiré jamás que se forme otro trust para restringir la producción; Uds., pequeños productores, no pueden mantenerse dentro de una libre competencia, por lo tanto, se arruinarán. Sin embargo, como soy un hombre benevolente, les sugeriré un medio de escape que es tratar de formar una gran compañía que se hará cargo de sus oficinas’. ‘No obstante, si rehúsan, el señor North propone arreglar con los Bancos para que le venda las oficinas a él, cuando les ejecuten las hipotecas sobre ellas por incumplimiento de pagos, que es lo que sucederá como consecuencia de un período de libre competencia’. De Antony Gibbs, Londres, a Valparaíso e Iquique, 6 de mayo de 1887, citado por BLAKEMORE II, *supra* nota 1, p. 64.

113 En estos términos se mostraba vacilante el Ministro Balmaceda en 1885, al defender la demora del Gobierno para caducar el monopolio de la Nitrate Railways, en “9ª Sesión Extraordinaria de la Cámara de Senadores” de 11 de diciembre de 1885, *Boletín de las Sesiones Ordinarias en 1885-1886*, p. 123: “Hay en Tarapacá uno o dos grandes establecimientos, que por su proximidad a la costa, por la riqueza i abundancia de los yacimientos en trabajo, podrían portear los salitres a la costa con tales ventajas sobre los demás establecimientos de aquella rejion, con tal reduccion de gastos por el menor flete, que ellos solos serian capaces de producir en breve todo el salitre que se consume, reduciendo a condiciones estremas o aniquilando, mas propiamente, a los demas productores de salitre de Tarapacá, o de otros territorios ménos favorables. La libre viabilidad férrea podría producirse, pero con ella la riqueza de mui pocos sobre la ruina de muchos, i lo que es mas grave, con serio detrimento de intereses nacional valiosos, representado por establecimientos del Estado, situado precisamente en el arco salitrero de los ferrocarriles privilegiados” (énfasis agregado).

este último grupo se hallaba, entre otros, el “Fisco” en cuanto dueño de una serie de salitreras alejadas de la costa. De forma que, si bien es cierto que en general los productores fueron fuertes opositores de la Nitrate Railways, su oposición estuvo de algún modo matizada dependiendo de la estructura de sus costos, y más en concreto, de la desventaja comparativa asociada a la lejanía con la costa.

De todas maneras, dado el monopolio legal de la Nitrate Railways, la mayor capacidad de presión política en contra de los derechos de la compañía debía esperarse –y así ocurrió– de parte de las firmas salitreras que podían integrarse verticalmente con un medio de transporte a la costa. La reducción de costos que ellas podían obtener era enorme y, por ende, estaban más dispuestas a invertir en la lucha política por la caducidad de los privilegios de la compañía de ferrocarriles. Este fue precisamente el caso de Campbell, Outram y Cía. –continuada de la Campbell, Jones y Cía.–, la firma líder en dar la pelea contra la Nitrate Railways¹¹⁴. Esta compañía era dueña de la salitrea de Agua Santa, una de las más ricas oficinas de Tarapacá, la que se encontraba ubicada a menos de 35 kilómetros de la costa.

A partir de 1881, Campbell, Outram y Cía. comenzó a hacer presentaciones al gobierno a fin de obtener una autorización para construir un ferrocarril entre Agua Santa y Caleta Buena. Junto a ella, otras personas tales como Rafael Gana Cruz, Eduardo Délano y algo después la casa Gibbs y Cía., siguieron su ejemplo¹¹⁵. Todos ellos fundaban sus pretensiones, además de en la presión política “pura”, en el hecho que la Nitrate Railways no había cumplido con sus obligaciones impuestas en la concesión de 1871. En particular, se alegaba que

la compañía de ferrocarriles no había construido la línea a la frontera con Bolivia ni tampoco un conjunto de ramales para dar salida a salitreras próximas a la Noria. Afirmaban así que frente a una caducidad operada de pleno derecho e *ipso facto*, el gobierno podía y debía hacer lugar a sus peticiones.

Para mejorar las posibilidades de obtener una respuesta favorable del gobierno, Campbell, Outram y Cía. contrató, entre otros, al abogado y senador Adolfo Ibáñez y al abogado y diputado Horacio Zañartu. De la influencia de éstos no sólo habla por sí mismo el decreto de fecha 19 de julio de 1881 que accedió tempranamente a la petición de la compañía, sino también las siguientes palabras del Presidente Santa María en relación a Ibáñez:

¿Sabe Ud. entre otros cual es la causa de la irritación de Ibáñez que tanto blasona de independiente y honrado? Se lo diré al oído. Abogado de Campbell Jones [luego Campbell, Outram y Cía], salitreros de Iquique, solicitó que se anulasen los privilegios del ferrocarril para que su patrocinado sacase sus salitres a la costa a más bajo precio. Si tal obtenía, recibía 30.000 pesos y sus honorarios de seis mil pesos anuales. José Francisco Vergara, Ministro del Interior, accedió a ello y contrariado por mí don Eugenio Vergara, que representábamos que tal cosa no podía hacerse por un millón de razones que sería largo enumerar, concluyó que nosotros resolvíamos los negocios como los abogados y él por el derecho social. De aquí comenzaron los disgustos con Vergara. Ibáñez me llamó ingrato recordando que había pronunciado unos discursos en los meetings. Se los agradezco muy de veras, pero la gratitud no me hará jamás faltar a mi deber, ni lastimar mi

114 RUSSELL, *supra* nota 97, 197, en su visita a Chile en 1889, hizo precisamente esta observación: “Messrs. Campbell, Outram, and Co., the original owners, are or were the leaders in the war waged by the nitrate makers against the Nitrate Railways and its rates and claims”.

115 Rafael Gana Cruz solicitó una autorización para construir un ferrocarril de Huara a Iquique; Eduardo Délano, de Chipana a Patillos; y, la casa Gibbs, de Lagunas a Chucumata.

*honradez. Ibáñez tuvo la sandez de revelar al Ministro cuanto le iba en la solicitud que hacía. Tales son las miserias humanas*¹¹⁶.

Pero la presión de los acreedores británicos de la Nitrate Railways –junto a sus abogados-parlamentarios, que ya analizaremos– fue tan grande y la división al interior del gobierno de tal magnitud –según se aprecia en las palabras de Santa María–, que el nuevo permiso de Campbell, Outram y Cía. fue dejado sin efecto casi inmediatamente por medio del decreto de 13 de agosto de 1881. Adicionalmente, el conflicto entre ambas compañías fue declarado contencioso y por ende bajo la competencia del Poder Judicial¹¹⁷.

Ni Campbell, Outram y Cía. ni los demás productores de salitre opositores a la Nitrate Railways se rindieron con esta primera derrota. Por el contrario, continuaron una po-

derosa campaña política y de prensa, la que mantuvo el conflicto en la Agenda Pública en el período 1883-1884¹¹⁸. Esto obligó al Gobierno de Santa María a formar una Comisión a fin de que informara sobre cómo debía proceder el Gobierno en Derecho frente a la supuesta caducidad de la concesión de la Nitrate Railways¹¹⁹. Evacuado el informe¹²⁰, el Gobierno decidió mantener el statu quo escudándose en la razón formal que el territorio en cuestión era todavía una zona militarmente ocupada lo que, de acuerdo al derecho internacional, no permitiría al Gobierno ejercer plenas potestades en materia civil¹²¹.

Entre 1884 y 1885, y con posterioridad a la ratificación del Tratado de Ancón (1884) que incorporó la Provincia de Tarapacá al territorio de Chile, el Gobierno procuró el pronunciamiento adicional de cuatro órganos del Estado sobre este respecto: 1) la Comisión de

116 Carta del Presidente Santa María a Francisco Ugarte Zenteno, de fecha 3 de septiembre de 1885, citado por SILVA VARGAS, *supra* nota 2, p. 54 (nota al pie 25) (énfasis en el original).

117 Una detallada discusión de las razones de este decreto de suspensión en “14ª Sesión Extraordinaria de la Cámara de Senadores” de 13 de diciembre de 1882, *Boletín de las Sesiones ordinarias en 1882-1883*, pp. 175-187. El ex Ministro de Guerra y Senador Manuel Recabarren explicó cómo la oposición de los acreedores británicos fue la principal causa del mismo: “Esta sociedad de acreedores [la sociedad inglesa acreedora de la Nitrate Railways] tenía, pues, interés directo en que no se innovara nada en aquellos derechos, i el Gobierno de Chile tenía también por su parte el deber primordial de no herir ningún interés particular lejítimo con medidas precipitadas e inconsultas, para no envolver al país en complicaciones, sobre todo en aquellas circunstancias tan críticas de la guerra. A ese deber subordinó el Gobierno su conducta al tomar las dos medidas en cuestión” (énfasis agregado) (*Ibid.*, p. 182). Asimismo, el Ministro de Justicia José Eugenio Vergara dio una importante detalle de cuáles eran las posiciones y divisiones al interior del gabinete en 1881 (*Ibid.*, p. 185).

118 *Vid.* por ejemplo *La Época*, ediciones de 12, 13, 15, 17, 19, 20, 22 de mayo de 1883; 26 y 27 de junio de 1883; 24, 27, y 30 de septiembre de 1884; y, 7 de octubre de 1884; *Vid.* asimismo *El Ferrocarril*, ediciones de 10 y 13 de mayo de 1883; 25, 26, 28 y 30 de septiembre de 1884, y 2, 3, 4, 5, 8, 9, 10, 11, 12, y 15 de octubre de 1884. Gran parte de las publicaciones corresponde a una guerra librada entre Eduardo Délano por los salitreros y Pedro Salas por la Nitrate Railways.

119 *Vid.* Decreto de fecha 15 de mayo de 1883. La comisión estaba compuesta por los señores Manuel Recabáren, don Pedro Nolasco Marcoleta, don Manuel García de la Huerta, don Ramón Barros Luco, don José Nicolás Hurtado, don Vicente Dávila Larraín, don Adolfo Guerrero y don Aníbal Zañartu.

120 *Vid.* *Informe sobre Solicitudes de Permiso para Construir Nuevas Líneas Férreas en Tarapacá*, Santiago, Chile, 30 de noviembre de 1884, pp. 72 y ss. (Biblioteca del Congreso Nacional, Folleto N° 8, Documento N° 2).

121 *Vid.* Decreto de 8 de enero de 1884, que dispuso que “teniendo en consideración mui especial el hecho de haberse firmado en 23 de noviembre del próximo año pasado un tratado de paz con Perú, que debe ser ratificado en el mes de marzo próximo; i que no sería prudente alterar el *statu quo* desde que en mui breve tiempo el territorio de Tarapacá quedará sometido a los poderes constitucionales de la República, He acordado i Decreto: No há lugar, por ahora, a las solicitudes sobre construcción de nuevas líneas férreas en el territorio de Tarapacá”. De acuerdo a BROWN, *supra* nota 2, p. 467, “Chile’s allegation that no action could be taken on the petition until Tarapacá was legally incorporated by treaty was a technicality”.

Gobierno del Senado¹²²; 2) el Fiscal de la Corte Suprema, Floridor Rojas¹²³; 3) el Intendente de la Provincia de Tarapacá, Gonzalo Bulnes¹²⁴; y 4) el Consejo de Estado¹²⁵.

Todos los informes aceptaron y reconocieron que el hecho constitutivo de la caducidad se había producido y todos se pronunciaron en definitiva en favor de la declaración de la misma¹²⁶. Pero los distinguidos juristas, enfrascados en lo que hoy corresponde aproximadamente a las definiciones “materiales” de administración y justicia, discrepaban en torno a cuál era el órgano competente para declarar la caducidad, si el Presidente de la República o el Poder Judicial. Para los efectos de este estudio, lo más interesante radica en que varios de estos informes reconocían expresamente la facultad de los Tribunales para revisar la decisión del Ejecutivo. De hecho, no encontramos ninguna opinión expresa en contra de esta facultad¹²⁷.

Para inicios del año 1885, y luego con mayor intensidad a inicios del año 1886, algunos miembros del Congreso –incluso algunos aparentemente neutrales, como Vicuña Mac-

kenna– se mostraban profundamente molestos con el retraso del Gobierno para pronunciarse sobre la cuestión de los Ferrocarriles Salitreros¹²⁸. Las razones de esta demora procedimental –producida por la petición de los informes indicados– pueden ser objeto de diversas interpretaciones. La primera, que la Nitrate Railways, controlando el proceso político, habría demorado la decisión con incidentes dilatorios del tipo “obtención de informes”. Sin embargo, esta interpretación no es convincente dado el resultado desfavorable para ella en todos los informes y del resultado final que ya veremos. La segunda, que el gobierno se estaba preparando para una gran contienda con los inversionistas británicos, sus abogados y parlamentarios, y con la Corona británica –que defendía celosamente los intereses de sus súbditos– motivo por el cual se armaba de un “expediente” completo y bien fundado. Se preparaba así contra la “odiosa y tiránica reclamación diplomática” a que se había referido el Ministro Luis Aldunate algunos años antes. Además, el Presidente cuidaba de mantener una buena imagen de Chile en el exterior como un

122 “33ª Sesión Extraordinaria de la Cámara de Senadores” de 22 de agosto de 1884, *Boletín de las Sesiones ordinarias en 1884*, pp. 323-325.

123 Vid. informe de fecha 10 de noviembre de 1884, publicado en *El Ferrocarril*, edición de 15 de noviembre de 1884, y editado como *Vista Fiscal sobre Ferrocarriles de Tarapacá*, Imprenta Barcelona, Santiago, Chile, 1893.

124 Informe evacuado con fecha mayo de 1885, publicado como *La Cuestión de los Ferrocarriles de Tarapacá considerada en sus aspectos administrativo i comercial. Informe del Intendente de Tarapacá don Gonzalo Bulnes a S.E. el Presidente de la República*, Imprenta Nacional, Santiago, Chile, 1885.

125 Lamentablemente, no hemos podido acceder este informe. En todo caso, el Ministro Balmaceda hace una síntesis del mismo en “9ª Sesión Extraordinaria de la Cámara de Senadores” de 11 de diciembre de 1885, *Boletín de las Sesiones Extraordinarias en 1885-1886*, p. 123. Vid. también, SILVA VARGAS, *supra* nota 2, pp. 99 y ss.

126 El Intendente Bulnes, eso sí, proponía la caducidad sólo para el caso que la compañía no quisiera negociar nuevos términos y condiciones para el transporte de salitre.

127 Así por ejemplo, el informe de la Comisión de Gobierno del Senado, *supra* nota 124, pp. 324-325, afirmaba que “[la declaración de caducidad] no quita a la Compañía de Ferrocarriles la facultad para recurrir a los tribunales reclamando la vigencia de su contrato, si creyere que esa resolución del Gobierno vulneraba su derecho”, y el informe del Fiscal de la Corte Suprema, *supra* nota 122, p.55, afirmaba que “hecha la declaración de caducidad por el Supremo Gobierno, ¿podría renovarse en seguida la cuestión ante los Tribunales de Justicia? Es necesario reconocer que sí se podría. Ante los Tribunales se llevan cuestiones judiciales de todo jénero, desde la mas razonable i justa hasta la que ménos presenta esos caracteres”.

128 Vid. “16ª Sesión Extraordinaria de la Cámara de Diputados” de 9 de enero de 1885, *Boletín de las Sesiones Extraordinarias en 1884-1885*, pp. 161-168; “27ª Sesión Extraordinaria de la Cámara de Diputados” de fecha 21 de enero de 1886, *Boletín de las Sesiones Extraordinarias en 1885-1886*, pp. 458-168; y “30ª Sesión Extraordinaria de la Cámara de Diputados” 28 de enero de 1886, *Boletín de las Sesiones Extraordinarias en 1885-1886*, pp. 490-492.

país en el cual se protegía la propiedad privada. El entonces Ministro Balmaceda, ante la fiscalización de Benjamín Vicuña Mackenna, dio una explicación consistente con esta interpretación ante ambas Cámaras¹²⁹.

Entre tanto, Campbell, Outram y Cía. no dejó de combatir por un instante, echando mano a ingeniosas peticiones y ataques tales como la construcción de un plano inclinado¹³⁰ y el proyecto de un transportador aéreo desde Alto Caleta Buena a Caleta Buena (que no se pudo construir por la oposición de la Nitrate Railways)¹³¹. Finalmente sus esfuerzos fueron coronados, cuando evaluados todos los informes y luego de infructuosos intentos de negociación por parte del Gobierno¹³², se dictó el Decreto de fecha 29 de enero de 1886 que caducó los privilegios de la Nitrate Railways. Este Decreto es del siguiente tenor:

5.º que ejerciendo esta vigilancia la autoridad chilena, se advirtió que, destinado especialmente el ferrocarril al acarreo del salitre que se elabora en el interior en diversos establecimientos, la industria salitrera, que es la principal en aquel territorio, se sentía perturbada en su desarrollo á consecuencia de las condiciones de porteo exigidas por la empresa de ferrocarril... 7.º Que apreciando el Gobierno esta situación y procurando conciliar equitativamente los intereses que se presentaran en pugna, indicó á la empresa del ferrocarril un arreglo que, sin dañar los de

ella, diera facilidades al porteo de la industria salitrera, abaratando el costo con que hoy está gravada, arreglo á que no ha sido posible arribar; 8.º Que aparece de estos antecedentes que Montero Hnos. no ha ejecutado hasta el presente todas las obras á que se refiere el mencionado decreto de 26 de octubre de 1871, por lo cual el Gobierno se halla en el caso de hacer uso de la facultad que de acuerdo el artículo 20 ya citado... DECRETO: Se declara caducado el permiso y privilegio concedidos á Montero Hnos. por el mencionado decreto de 26 de octubre de 1871.

Se acababa así un importante capítulo de este conflicto, pero lejos aún de ser el último. Faltaba todavía mucho camino por recorrer antes que el monopolio de la Nitrate Railways pudiera ser destruido en los hechos.

C) LA NITRATE RAILWAYS BAJO LA CONDUCCIÓN DE NORTH Y EL PRESIDENTE BALMACEA

La declaración de caducidad del monopolio de la Nitrate Railways con la cual terminamos el acápite anterior fue sucedida por dos importantes hechos. Primero, Balmaceda juró como Presidente en septiembre de 1886, y segundo, en abril de 1887, John Thomas North adquirió 7.000 de las acciones de los hermanos Montero a un 14% de su valor nominal¹³³. Esta adquisición le permitió ocupar el cargo

129 Vid. "16ª Sesión Extraordinaria de la Cámara de Diputados" de 9 de enero de 1885, *Boletín de las Sesiones Extraordinarias en 1884-1885*, p. 167, y particularmente la "53ª Sesión Ordinaria de la Cámara de Senadores" de fecha 2 de octubre de 1884, *Boletín de las Sesiones Ordinarias en 1884*, pp. 517-520 ("En cuestiones de esta naturaleza, cuando se trata de destruir un privilegio que importa muchos millones, ¿sería prudente que el Gobierno se pronunciara sobre el particular, sin oír siquiera al fiscal, que es el encargado de informar legal i jurídicamente sobre estos asuntos? Es indudable que hai conveniencia en oírlo... Son tantos los intereses contrarios que están en lucha, que el Gobierno se encuentra entre dos fuegos").

130 Vid. decreto de 14 de enero de 1882, y el decreto de 7 de agosto de 1884. Sobre los conflictos surgidos entre Campbell, Outram y Cía. y la Nitrate Railways a raíz de este mecanismo, Vid. SILVA VARGAS, *supra* nota 2, pp. 64 y ss.

131 Vid., por ejemplo, decreto de 29 de septiembre de 1885, que declara que el conflicto entre la Nitrate Railways y Demófilo Herrera –un palo blanco de Campbell, Outram y Cía.– debía ser resuelto por los tribunales ordinarios. Vid. también SILVA VARGAS, *supra* nota 2, pp. 105 y ss.

132 Un recuento de las negociaciones infructuosas en SILVA VARGAS, *supra* nota 2, pp. 108 y ss.

133 Vid. BLAKEMORE II, *supra* nota 1, p. 61.

de presidente del directorio en 1889¹³⁴. North, que a esa altura estaba bien entrenado en el juego de la política chilena, confiaba en que sus abogados-parlamentarios podrían “resucitar” el privilegio de monopolio o al menos hacerlo durar el máximo tiempo posible en los hechos. Se atrevió entonces a comprar un ferrocarril caducado, y lo compró en todo caso a un precio extraordinariamente descontado¹³⁵.

La estrategia de la defensa de North, asistido magistralmente por su abogado Julio Zegers, abarcaba todos los frentes. Primero, a nivel judicial, se demandaría al Fisco ante los Tribunales Ordinarios a fin de obtener la revisión judicial de la caducidad. Segundo, a nivel del Congreso, se bloquearía la aprobación de cualquier nueva ley que pudiera autorizar un ferrocarril en la Provincia de Tarapacá mediante la oposición organizada de una minoría parlamentaria. Tercero, a nivel del Ejecutivo, la compañía se mantendría políticamente lo más cercana del Presidente –Zegers estuvo con Balmaceda casi hasta el final de su mandato– y asimismo, obtendría de la Corona británica una fuerte presión sobre el Gobierno chileno. Incluso más, Zegers intentó controlar el propio Consejo de Estado mediante su integración personal en dicho cuerpo, pero una profunda oposición pública lo obligó a renunciar en junio de 1889¹³⁶.

Lamentablemente, ninguna de las tres estrategias funcionó según lo esperado. En el primer caso, y como veremos en detalle más adelante, el Consejo de Estado declaró la incompetencia de la Corte Suprema para conocer del caso. En el segundo, el Presidente Balmaceda, luego de una hábil gestión de Campbell,

Outram y Cía., otorgó las nuevas concesiones en la zona de Tarapacá por decreto, rompiendo el statu quo sin pasar por el Congreso. En el tercero, la Corona se dio cuenta prontamente que habían ingleses a lado y lado del conflicto –entre ellos Campbell, Outram y Cía., y la casa Gibbs– de modo que disminuyó la presión de su reclamación diplomática. Todo el episodio diplomático está expuesto en el trabajo de Blakemore, por lo que no lo expondremos aquí¹³⁷. Nos concentraremos ahora en los hechos relativos al Congreso y al Ejecutivo y en el próximo capítulo, en los relativos al Poder Judicial.

En el Congreso, dadas las normas y procedimientos que determinaban la forma en que debían adoptarse las decisiones colectivas, los grupos minoritarios tenían un importante grado de control sobre el proceso legislativo (control de la agenda). En una carta enviada por Julio Zegers al representante de la Nitrate Railways, éste afirma que “declarada la caducidad, no es fácil que el Congreso otorgue concesiones y es muy probable que el Gobierno procure poner término a la cuestión por medio de un arreglo con la Compañía”¹³⁸. La razón de esta dificultad es explicada en 1894, desde su exilio en París, por el ex ministro y profesor de derecho constitucional Julio Bañados Espinosa:

Los reglamentos interiores de ambas Cámaras, desde su promulgación, establecieron la más absoluta libertad de la palabra. Aunque cada Diputado ó Senador no podía hablar más de dos veces sobre cada artículo de un proyecto de ley, según el caso; sin embargo, la facilidad ilimitada que en la práctica se dió á las interpelaciones y la

134 Vid. *Ibidem.*, p. 63.

135 Como dice correctamente MICHAEL MONTEÓN, “John Thomas North, The Nitrate King, and Chile’s Lost Future”, en *Latin American Perspectives* Issue 133, Vol. 30, N° 6, p. 77, “esto fue una gran apuesta (*this was a major gamble*)”. Muchos de los que analizan el conflicto de los ferrocarriles salitreros se olvidan que North compró un ferrocarril caducado “apostando” a su resucitación.

136 Vid. FRANCISCO A. ENCINA, *Historia de Chile. Desde la prehistoria hasta 1891*, Vol. XIX, Editorial Nascimento, Santiago, Chile, 1951, pp. 165-166.

137 Vid. BLAKEMORE II, *supra* nota 1.

138 Zegers a Bush, carta de 25 de noviembre de 1884, citado por SILVA VARGAS, *supra* nota 2, p. 84.

facultad también ilimitada de proponer contra proyectos, enmiendas y otras agregaciones, permitía generar el derecho a la palabra hasta el infinito, como que al ingenio y á la malicia humanas aún no se les ha encontrado barrera. Del abuso de este derecho se formó por las oposiciones un arma tremenda contra todo proyecto de ley que tuviera renovación periódica dentro de plazos fijos é improrrogables... Esta misma arma se ha aplicado para aplazar por períodos más o menos largos otros proyectos dedicados á negocios políticos ó administrativos que no convenían á ciertos círculos y á ciertos planes y maniobras parlamentarias¹³⁹.

Para hacer andar los mecanismos de bloqueo, la Nitrate Railways contaba con diversos parlamentarios, varios de ellos abogados contratados por la misma para prestarle servicios profesionales. Aparte del diputado Julio Zegers —un liberal *suelto*, líder entre éstos—, destacan Enrique MacIver —diputado y líder del partido radical— y Marcial Martínez —senador y líder de una de las fracciones del partido liberal—. Contó asimismo con los diputados Luis Martiniano Rodríguez, Adolfo Guerrero y Domingo Toro Herrera, entre otros¹⁴⁰. Este conjunto de políticos, apoyado por un conjunto aun mayor no conocido públicamente, fue especialmente hábil en mantener el statu quo bloqueando todo tipo de iniciativas legales.

Por su parte, Balmaceda comenzaba a luchar contra el monopolio de la Nitrate Railways en similares términos a los que luchaba contra la formación de una nueva combina-

ción. Sus razones ya las hemos expuesto: tanto un cartel salitrero como el ferrocarril monopolístico provocaban una disminución en la producción de salitre y, consecuentemente, un menor ingreso del Estado por concepto de impuestos de exportación de salitre. Balmaceda se encontraba embarcado en un ambicioso plan de obras públicas y una disminución de los impuestos significaba aplazar o suspender parcialmente dicho plan.

En concreto, en el combate contra la Nitrate Railways la estrategia preferida por Balmaceda estuvo constituida por la construcción de una línea que partiera en La Calera (estación más al norte de la línea Santiago a Valparaíso) y terminara en Tarapacá, junto con la nacionalización de los ferrocarriles en Tarapacá. Así lo manifestó expresamente en el discurso pronunciado en un banquete en Iquique el día 21 de enero de 1889 durante su gira por el norte:

Juzgo que la cuestión de los ferrocarriles debe resolverse equitativamente, sin lastimar intereses particulares y legítimos, ni ofender la conveniencia y los derechos del Estado. Espero que en época próxima todos los ferrocarriles de Tarapacá sean propiedad nacional. Aspiro, señores, a que Chile sea dueño de todos los ferrocarriles que crucen su territorio¹⁴¹.

Según hemos indicado, el ambicioso plan de obras públicas y ferrocarriles no sólo era una obsesión “desarrollista” y de gloria personal de Balmaceda¹⁴², sino que además tenían un claro

139 JULIO BAÑADOS ESPINOSA, *Balmaceda y su Gobierno y la Revolución de 1891*, Vol. I, Librería de Garnier Hermanos, París, Francia, 1894, p. xxxi.

140 Vid. JOSÉ MIGUEL VALDÉS CARRERA, *La Condenación del Ministerio Vicuña*, Imprenta Universal, París, Francia, 1893, p. 108. Valdés Carrera, en la ira de su exilio, enumera también a Carlos Walker Martínez, pero no hemos encontrado ninguna fuente fidedigna que confirme esta versión. Por el contrario, Carlos Walker Martínez aparece como el abogado que alegó en favor de Campbell, Outram y Cía. en la Corte Suprema en DEMANDA II, supra nota 90, p. 809. En general, sobre los políticos que prestaban servicios a la compañía vid. RAMÍREZ NECOCHEA, supra note 2, pp.74-85.

141 Vid. SAGREDO BAEZA y DEVÉS VALDÉS, supra note 23, Vol. III, p. 186.

142 Para una perspectiva general de la visión de Balmaceda sobre obras públicas, Vid. RAFAEL SAGREDO BAEZA, “Balmaceda y los orígenes del intervencionismo estatal”, en LUIS ORTEGA (Ed.), *La Guerra Civil de 1891. 100 Años Hoy*, Universidad de Santiago de Chile, Santiago, Chile, 1991, pp. 37-48.

y bien pensado objetivo electoral. Los empleados públicos crecieron en números formidables a raíz de este plan, y dada las características electorales de Chile durante el siglo XIX, ésta era una fuerza a plena disposición del Presidente en su lucha contra los partidos políticos y el Congreso¹⁴³. El mejor exponente del significado de esta fuerza electoral aparece en una carta de Mariano Casanova, Arzobispo de Santiago, a Carlos Antúnez, de fecha 15 de enero de 1888:

La intervención es terrible y las elecciones no tendrán ni apariencia de libertad. Con la inmensa red de empleados y con los cien proyectos de ferrocarriles poco necesita el gobierno para hacer cuanto le agrada, y si no hace más, si sale algún conservador será porque es generoso... Por otra parte, desde que los curas no se mueven, no hay grandes dificultades que vencer. Pero, querido amigo, esto no puede durar; al fin y al cabo, algo se ha de hacer para conservar el prestigio de la democracia. Ningún despotismo trae la felicidad de las naciones¹⁴⁴.

Balmaceda luchaba por controlar las rentas del salitre por sobre el poder de los partidos políticos y para ello necesitaba controlar el proceso político. Había así para él un círculo virtuoso en la creación de grandes empresas estatales de obras públicas y ferrocarriles. Pero, por

las mismas razones, avanzado el conflicto constitucional con el Congreso, el Presidente no obtendría jamás su aprobación para la expropiación de la Nitrate Railways, ni tampoco para la creación de un ferrocarril de La Calera a Tarapacá, considerado entonces un “elefante blanco”¹⁴⁵.

Los historiadores, divididos en este punto, consideran en general a Balmaceda, por un lado, como un héroe nacionalista que luchaba por la independencia económica contra el capitalismo inglés¹⁴⁶, o bien, por el otro, como un soñador guiado únicamente por la intuición¹⁴⁷. Al menos en su política de ferrocarriles, ambas teorías nos parecen erradas. Si bien la estatalización estaba cerrada como solución política para Balmaceda, éste todavía tenía frente a sí una “segunda mejor” opción: liberalizar *de facto*, en forma efectiva, los ferrocarriles en la Provincia de Tarapacá (*de jure*, la concesión ya estaba caducada desde 1886)¹⁴⁸. Este nuevo plan aparece también en sus discursos:

Cuando entre Camarones y Chañaral, haya ferrocarriles de libre competencia, con línea central y transversales, de modo que se abarate el precio del salitre, y se reduzca su precio y se estimule su consumo en los mercados del mundo... *cuando todo esto suceda, para lo cual bastan un poco de energía y unos pocos años,*

143 La literatura histórica sobre el sistema político chileno durante el siglo XIX es extensa. Nosotros hemos basado este trabajo esencialmente en ALBERTO EDWARDS VIVES, *La Frontera Aristocrática*, Editorial del Pacífico, Santiago, Chile, 1966; MARIO GÓNGORA, *Ensayo Histórico sobre la Noción de Estado en Chile en los Siglos XIX y XX*, Editorial Universitaria, Santiago, Chile, 1986; BERNARDINO BRAVO LIRA, *El Absolutismo Ilustrado en Hispanoamérica, Chile (1760-1860). De Carlos III a Portales y Montt*, Editorial Universitaria, Santiago, Chile, 1992; COLLIER y SATER, *supra* nota 67; ALFREDO JOCELYN-HOLT LETELIER, *El Peso de la Noche. Nuestra frágil fortaleza histórica*, Planeta/Ariel, Santiago, Chile, 1997. Más específicamente sobre los poderes electorales, *Vid.* GERMÁN URZÚA VALENZUELA, *Historia Política de Chile y su Evolución Electoral (Desde 1810 a 1992)*, Editorial Jurídica, Santiago, Chile, 1992; JULIO HEISSE GONZÁLEZ, *El Período Parlamentario 1861-195*, Editorial Universitaria, Santiago, Chile, 1982; JOSÉ MIGUEL YRARRÁZVAL LARRAÍN, *El Presidente Balmaceda*, 2 Vols., Editorial Nascimento, Santiago, Chile, 1940.

144 Citado por ENCINA, *supra* nota 135, p. 117.

145 *Ibid.*, p. 378.

146 RAMÍREZ NECOCHEA, *supra* note 2, pp. 159-162, y p. 180.

147 *Vid.* ENCINA, *supra* nota 135, Vol. XIX, p. 489, y BRAVO VALDIVIESO, *supra* nota 1, pp. 324-330.

148 Otros creen, erradamente a nuestro juicio, que Balmaceda no tenía política coherente en relación a los ferrocarriles de Tarapacá, como por ejemplo JOSÉ MIGUEL YRARRÁZVAL, *La Política Económica del Presidente Balmaceda*, Academia Chilena de la Historia, Santiago, Chile, 1963, p. 50, quien afirma que “durante la administración del señor Balmaceda, hallaron aplicación resoluciones que pugnaban con sus aspiraciones de gobernante”.

*la moralidad penetrará más espontáneamente en nuestras clases sociales, la riqueza tendrá condiciones de vida y de acrecentamiento propio...*¹⁴⁹.

Pero, ¿cómo pudo Balmaceda romper el statu quo y permitir que dos compañías entraran en el mercado de los ferrocarriles si es que ello requería de la aprobación del Congreso? Lo hizo apartándose de la teoría legal dominante y afirmando la facultad del Presidente para otorgar nuevas concesiones por decreto. Así nacieron las líneas de Agua Santa a Caleta Buena –de Campbell, Outram y Cía.–¹⁵⁰, la línea de Carolina a Junín –de Brooking, Child y Cía.–¹⁵¹ e incluso una extensión en favor de la propia Nitrate Railways de San Pablo a Buenaventura y Lagunas¹⁵².

En este plan Balmaceda no estaba solo. Muy por el contrario, estaba apoyado por el considerable número de políticos que presta-

ban sus servicios a Campbell, Outram y Cía., en particular, por el diputado y ministro de hacienda Lauro Barros –accionista de la compañía en cuestión y del banco acreedor de la misma– y por el ministro del interior Adolfo Ibáñez –abogado de la compañía–. Además contaba con José Miguel Valdés Carrera, ministro de obras públicas, partidario decidido del delfín de Balmaceda, Enrique Sanfuentes y por ello enemigo acérrimo de Julio Zegers¹⁵³. Incluso parece haber contado con don Carlos Walker Martínez, líder del Partido Conservador quien alegó por la compañía en la Corte Suprema en 1895¹⁵⁴.

Precisamente en el momento en que Balmaceda se quedaba políticamente solo, abandonado por nacionales y por casi todas las fracciones del partido liberal, la fracción de los *liberales gobiernistas* que ayudaban a Campbell, Outram y Cía. apareció como un fuerte grupo al cual asirse¹⁵⁵. Así lo reportó de hecho a Lon-

149 See SAGREDO BAEZA y DEVÉS VALDÉS, *supra* nota 23, Vol. III, p. 186 (énfasis agregado).

150 Vid. Decreto N° 2.824 de 4 de diciembre de 1889 que llamó a licitación pública – aunque “hecha a medida” – y el Decreto N° 720 de fecha 19 de marzo de 1890, que adjudicó la concesión a Joaquín Lira Errázuriz, palo blanco de Campbell, Outram y Cía. El diputado Luis Martiniano Rodríguez muestra detalladamente cómo y por qué la licitación estaba hecha a medida en favor de Campbell, Outram y Cía., en “24ª Sesión Extraordinaria de la Cámara de Diputados” de 9 de diciembre de 1889, *Boletín de las Sesiones Extraordinarias en 1889-1890*, pp. 383 y ss., y en “44ª Sesión Extraordinaria de la Cámara de Diputados” de 3 de enero de 1890, *Boletín de las Sesiones Extraordinarias en 1889-1890*, pp. 672 y ss.

151 Vid. Decreto N° 832 de 1º de abril de 1890, que llamó a licitación pública, y el Decreto N° 1.078 de 7 de mayo de 1890 que adjudicó la concesión a Brooking, Child y Cía.

152 Vid. Decreto N° 827 de fecha 12 de abril de 1890, que llamó a licitación pública, y el Decreto N° 1.069 de fecha 6 de mayo de 1890, que adjudicó la concesión a la Nitrate Railways.

153 En estos términos explica VALDÉS CARRERA, *supra* nota 139, p. 23, el conflicto con Zegers: “Si como Consejero de Estado rechacé sus inicuas pretensiones, como Ministro de Obras Públicas le dí el golpe de gracia, autorizando en cumplimiento de esta sentencia la construcción de nuevas líneas férreas en Tarapacá, con lo que terminó en parte considerable el odioso monopolio Zegers-North que tanto daño hizo a la industria salitrera”. Otra prueba de este odio aparece en la carta del embajador Kennedy a Salisbury, de fecha 25 de marzo de 1890, citada por BLAKEMORE II, *supra* nota 1, p. 154. De acuerdo al reporte del embajador, Valdés Carrera habría atacado a Zegers diciendo que “con fondos que le había proporcionado la Nitrate Railways Company había corrompido diputados, había comprado diarios, y había inaugurado un sistema de corrupción general hasta entonces desconocido en Chile”.

154 Vid. DEMANDA II, *supra* nota 90, p. 809.

155 Comentando en general sobre los bandos que se formaron con ocasión de la crisis de 1891, ZEITLIN, *supra* nota 1, p. 158, observa precisamente este hecho: “Political survival may become its own imperative. The leading participants in a political struggle are bound to find allies and supporters wherever they can, within principled limits, and whatever the struggle’s original source... This, indeed, must have happened to many of the participants on both sides in the intensifying political strife and actual civil war. It must certainly have happened to Balmaceda himself... His social vision surely transcended his own concrete interests, which could scarcely have motivated the struggle he led and the final sacrifice he made. In striving to fulfill that vision, he found himself beset by unanticipated choices and with a desperate need for new allies” (énfasis agregado).

dres el ministro inglés (embajador) en Chile, Kennedy, en marzo de 1890:

La verdad sobre este episodio [la concesión de Agua Santa] es que el gobierno se ha decidido a favor de la Compañía Agua Santa por razones políticas. Unos cinco o seis miembros de la Cámara de Diputados, hasta ahora partidarios del Presidente, están interesados en el éxito de la mencionada compañía. Si se hubiera decidido a favorecer a la Nitrate Railways, estos diputados se habrían unido a la Alianza Liberal Opositora¹⁵⁶.

La figura clave fue, sin duda, Lauro Barros (medio hermano de Diego Barros Arana). Barros—hombre cercano a Balmaceda hasta prácticamente el final de su mandato¹⁵⁷—era socio con Melchor Concha y con Francisco Subercaseaux en el Banco Mobiliario, compañía que había dado un crédito de un millón de pesos a la nueva compañía Agua Santa (subsidiaria de Campbell, Outram y Cía.) al momento de su incorporación¹⁵⁸. Incluso más, Barros era accionista de la misma, y por ende tuvo que declararse implicado en noviembre de 1890 cuando como ministro de finanzas le correspondió aprobar la constitución de la nueva Compañía de Salitres y Ferrocarril Agua Santa¹⁵⁹.

Lauro Barros, a nuestro juicio, puede ser pensado como lo que las teorías políticas de las regulaciones llaman un “empresario político” (*political entrepreneur*), esto es, “una persona que crea una manera de deshacer el equilibrio/estabilidad inducido por la estructura (sistema)”¹⁶⁰. Un “empresario político” descubre cómo obtener ventajas de las inestabilidades de la simple regla de mayoría a partir de los arreglos institucionales establecidos para inducir la estabilidad¹⁶¹. En este caso, la tesis es que Barros y sus “compañeros de equipo” convencieron a Balmaceda de adoptar una nueva teoría legal, distinta a la que había prevalecido por casi medio siglo, esto es, otorgar concesiones por decreto presidencial. Con ello, rompieron los arreglos institucionales que mantenían el statu quo en favor de la Nitrate Railways.

Esta ruptura del statu quo vía decreto hizo eco con el profundo conflicto que el Presidente ya tenía con los partidos políticos y el Congreso. El Presidente, en su afán de restablecer los poderes *portalianos* del Presidente de la República—e intentando incluso ir más allá—empezaba a ensanchar su poder y absorber materias que hasta entonces eran propias de ley¹⁶². No es casualidad por ello que los *con-*

156 Citado por BLAKEMORE II, *supra* nota 1, p. 140, y pp. 134-135.

157 De acuerdo a SAGREDO BAEZA, *supra* nota 1, p. 58, Lauro Barros formaba parte de la comitiva que acompañó a Balmaceda en su gira por la Provincia de Tarapacá durante 1889. Hacia fines de su mandato, cuando Balmaceda terminó con los servicios de Barros Arana como perito, Lauro Barros dejó de apoyar al mandatario.

158 O'BRIEN, *supra* note 1, pp. 140-141.

159 Vid. Decreto N° 3,336 de 3 de noviembre de 1890, que aparece firmado por José F. Gana por implicancia de Lauro Barros. Vid. YRARRÁZVAL, *supra* nota 147, p. 48.

160 ROGER NOLL, en SAM PELTZMAN, MICHAEL LEVINE y ROGER G. NOLL, “The Economic Theory of Regulation after a Decade of Deregulation”, en *Brooking papers on economic activity. Microeconomics* Vol. 1989, 1989, p. 51.

161 *Ibidem*.

162 El diputado Luis Martiniano Rodríguez acusó al Ejecutivo de estar invadiendo ilegítimamente las facultades del Congreso, “24ª Sesión Extraordinaria de la Cámara de Diputados” de 9 de diciembre de 1890, *Boletín de las Sesiones Extraordinarias en 1889-1890*, pp. 383-386; y “30ª Sesión Extraordinaria de Diputados” de fecha 16 de diciembre de 1889, *Boletín de las Sesiones Extraordinarias en 1889-1890*, pp. 469-472. Cabe agregar además que el Presidente no sólo dio dos concesiones nuevas por decreto, sino que a su vuelta del viaje por el norte organizó, por medio del Decreto N° 1.123 de 13 de abril de 1889, un comité formado por ingenieros para estudiar la construcción del ferrocarril de La Calera a Iquique. Tal vez, de no haber ocurrido la Guerra Civil, Balmaceda habría decretado la construcción del ferrocarril al norte por decreto. Nos parece errado así BLAKEMORE II, *supra* nota 1, p. 411, cuando afirma que Balmaceda no habría hecho nada por materializar su amenaza estatizante contra la Nitrate Railways.

convencionalistas –una gran fracción del partido liberal– haya abandonado a Balmaceda exactamente en este momento de su mandato (marzo-abril de 1890). El Presidente había ido muy lejos, y por primera vez en la historia de Chile perdía su mayoría en el Congreso.

Uno de los líderes de los *convencionalistas* que dejó a Balmaceda en 1890 fue precisamente Julio Zegers, el abogado de la Nitrate Railways. Algunos historiadores “absuelven” muy rápido la actuación de Zegers a este respecto¹⁶³. Suelen señalar que Zegers estuvo junto a Balmaceda incluso después de la sentencia del Consejo de Estado de 1889¹⁶⁴ y que el apartamiento del mismo en 1890 habría sido una mera coincidencia¹⁶⁵. Pero con ello parecen no comprender que el verdadero “golpe de gracia” contra el monopolio de la Nitrate Railways –como lo llamó su archienemigo Valdés Carrera en 1893¹⁶⁶– fue el otorgamiento de nuevas concesiones por decreto en 1890 y no la sentencia del Consejo de Estado. En todo caso, es imposible saber qué motivaba a Zegers, si los intereses particulares que representaba como abogado litigante o los intereses generales que debía perseguir como parlamentario. Lo que sí es claro, es que en su propia opinión –más sabia que la de sus comentaristas– no reconocía que dicha separación fuera posible:

*Padecen un error manifiesto los que creen que un hombre ha de tener una opinión como abogado y otra como diputado. Las opiniones de un hombre serán las mismas en su estudio, en el Congreso y en todas partes; y el único deber será siempre la defensa de esa opinión en el foro, en el Parlamento y en la calle. Lo contrario es absurdo e inmoral*¹⁶⁷.

En enero de 1891 se desató la Guerra Civil que enfrentó al Presidente aliado con el Ejército por un lado, con el Congreso (partidos políticos) aliado con la Armada por el otro. El complejo conjunto de circunstancias políticas que rodean la ruptura de Balmaceda con la oligarquía chilena no es materia de este trabajo. Lo que sí podemos afirmar es que no nos parece en absoluto convincente la teoría de Ramírez Necochea que pretende ver en este conflicto la lucha entre un héroe local y el capital internacional¹⁶⁸.

Dos pruebas fundan nuestro rechazo a esta interpretación de Ramírez desde la perspectiva de la controversia de los ferrocarriles. Primero, si bien es cierto que las simpatías de North y la Nitrate Railways no estaban con Balmaceda¹⁶⁹, había compañías inglesas ligadas a este último, en particular Campbell, Outram y Cía. y la famosa casa Gibbs que se

163 Vid. BRAVO VALDIVIESO, *supra* nota 1, p. 321.

164 Vid. *Ibidem*.

165 Vid. BLAKEMORE II, *supra* nota 1, p. 188.

166 Vid. VALDÉS CARRERA, *supra* nota 139, p. 24.

167 Julio Zegers, citado por RAMÍREZ NECOCHEA, *supra* nota 2, p. 85 (Según Ramírez Necochea, esto correspondería a un remitido al *El Ferrocarril*, edición de 23 de febrero de 1898, pero luego de buscar durante todo el mes de febrero no hemos encontrado esta referencia). Esto contrasta con las palabras del entonces Ministro Balmaceda en la “53ª Sesión Ordinaria de la Cámara de Diputados” de fecha 2 de octubre de 1884, *Boletín de las Sesiones Ordinarias en 1884*, p. 518: “Es cierto que los abogados que jestionan los intereses en contradicción, tratándose de ferrocarriles de Tarapacá, son también representantes del pueblo, como los señores don Julio Zegers i don Horacio Zañartu. I bien, por verdad, i en honor, debo decir a la Cámara que estos caballeros, al hacerse cargo de intereses ajenos, en su calidad de abogados, espresaron el uno primero, i despues el otro, que en el instante en que el Gobierno estimase la jestion como incompatible con el interes nacional, abandonarían en el acto la jestion. Nada ha ocurrido, señores, que no sea correcto i propio de abogados honorables i de buenos ciudadanos chilenos”.

168 Vid. RAMÍREZ NECOCHEA, *supra* nota 2.

169 Vid. BLAKEMORE II, *supra* nota 1, p. 224.

mantuvo negociando con el Presidente hasta casi el último momento¹⁷⁰. Segundo, el primer gobierno parlamentario, de Jorge Montt, mantuvo la misma “política” de ferrocarriles, en el doble sentido de respetar las concesiones otorgadas por decreto durante Balmaceda, y en el sentido de otorgar nuevas líneas en perjuicio del ex monopolio de la Nitrate Railways¹⁷¹.

En efecto, cuatro nuevas autorizaciones de ferrocarriles fueron otorgadas en el período 1891 a 1900 a líneas competidoras de la Nitrate Railways: una extensión a Campbell, Outram y Cía.¹⁷², una nueva línea de Huara a Iquique¹⁷³, una al interior de la Provincia¹⁷⁴ y una última otorgada por decreto de fecha 2 de mayo de 1896. Por ello, creer que el triunfo del Congreso/Armada permitió a la Nitrate Railways recuperar su posición monopólica es un error y así lo prueba la siguiente carta de reclamo que los abogados ingleses de la compañía presentaron a la Corona inglesa en Londres:

Se esperaba que uno de los primeros actos del nuevo gobierno sería el cambio de los decretos arbitrarios del antiguo gobierno, pero noticias telegráficas recientes nos han informado que el gobierno actual está confirmando la concesión a la Agua Santa, una línea competidora, y está autorizando a los promotores de esta línea extender ramales hacia oficinas que por años han sido abastecidas por la línea de la Nitrate Railways Company¹⁷⁵.

Es más, los dos últimos capítulos de esta controversia de los ferrocarriles, que significaron el fin definitivo del monopolio de hecho de la Nitrate Railways ocurrieron durante el gobierno de Jorge Montt, esto sin perjuicio de que la compañía siguiera obteniendo “buenas” utilidades hasta 1930¹⁷⁶. El primero de ellos es el segundo gran juicio iniciado por la Nitrate Railways con el objetivo de recuperar sus privilegios. Luego de perder el litigio contra el Fisco, en el que solicitaba la revisión judicial de la caducidad, la compañía cambió de estrategia y decidió demandar directamente a la Compañía de Salitres y Ferrocarril Agua Santa –subsidiaria de Campbell, Outram y Cía.– presentando a los Tribunales esencialmente el mismo conflicto pero ahora vestido con el ropaje de una contienda entre privados. El juicio empezó en 1892 y terminó en 1895, cuando la Corte Suprema afirmó que se trataba simplemente del mismo caso ya fallado en 1889, y que en consecuencia no podía proceder a revisar ni siquiera de una manera indirecta el acto de caducidad dictado por Santa María en 1886¹⁷⁷.

El segundo de estos hechos que prueban la continuidad entre los gobiernos pre y post revolucionarios fue el contrato negociado por la casa Gibbs con la Nitrate Railways en 1896 y que terminó por reducir la tarifa de fletes a un máximo de 6 peniques por quintal español –tarifa que tuvo que ser ampliada a todos los productores dada la obligación de no

170 Vid. la carta de Billingham a Lauro Barros que prueba totalmente cómo Campbell, Outram and Co. estaba del lado de Balmaceda, citada por BLAKEMORE II, *supra* note 1, pp. 199-200. Vid. también, O'BRIEN, *supra* note 1, p. 140, y BRAVO VALDIVIESO, *supra* nota 1, p. 318.

171 Vid. BLAKEMORE I, *supra* nota 1, pp. 416-420.

172 Ley N° 98 de fecha 4 de septiembre de 1893.

173 Ley N° 74, de fecha 8 de agosto de 1893, concesión que fue luego “renegociada” y re-dictada por la Ley N° 222 de fecha 28 de diciembre de 1894.

174 Ley N° 269 de fecha 12 de febrero de 1895.

175 Budd a Mr. Sanderson, carta de 21 de diciembre de 1891, citado por BLAKEMORE II, *supra* nota 1, p. 228.

176 Vid. THOMSON & ANGERSTEIN, *supra* note 12, p. 44.

177 Vid. DEMANDA II, *supra* nota 90, p. 801.

discriminación impuesta por la Ley de Policía de Ferrocarriles de 1862¹⁷⁸. La casa Gibbs venía intentando obtener una línea en la zona sur de la Provincia de Tarapacá—entre Lagunas y el puerto Chucumata— desde el gobierno de Balmaceda. Durante el gobierno parlamentario, la tramitación en el Congreso sufrió una y otra vez el bloqueo promovido por los parlamentarios partidarios de la Nitrate Railways y por aquellos otros que, genuinamente o no, defendían la idea de construir un ferrocarril estatal (en particular, el senador José María Balmaceda, hermano del depuesto Presidente). Así lo reporta expresamente uno de los directores de la compañía:

Tuvieron [los pagos secretos invertidos por la compañía en Chile] buen resultado demorando el que se produjera la competencia en muchos casos, y con respecto a una muy importante concesión, la de Alianza. Se logró demorarla tanto que al fin pudimos hacer un arreglo muy conveniente sobre el tráfico de Alianza. Ahora tenemos asegurado ese tráfico y hemos impedido la muy seria competencia del ferrocarril de Chucumata¹⁷⁹.

Ahora bien, a pesar de lo indicado por el director de la Nitrate Railways en la cita anterior, no es tan claro que ese arreglo fuera tan conveniente para la compañía como se afirma. La petición de una nueva línea por parte de la

casa Gibbs estaba sujeta, desde el año 1894 y motu proprio de la misma casa, a la condición de retirar su tramitación si es que la Nitrate Railways ofrecía una tarifa de 6 peniques. De seguro que en 1896, ad-ports de que la casa Gibbs obtuviera finalmente su concesión, la Nitrate Railways se vio obligada a acceder a la propuesta de Gibbs y bajar su tarifa a 6 peniques¹⁸⁰. La compañía perdía así su monopolio en los hechos, y el mismo Gobierno que había triunfado sobre Balmaceda nada hizo por salvarla.

Se terminaba finalmente el poder de mercado de la Nitrate Railways. Un recuento de las tarifas cobradas por la compañía es útil para seguir la evolución política en términos de poder de mercado. Originalmente, de acuerdo a sus autorizaciones, la Nitrate Railways podía cobrar hasta 16 peniques por quintal español. Para el año 1886, y como consecuencia de la competencia de mulas y carros, la compañía cobraba en general tarifas de 9,75 peniques por quintal español. En seguida, luego de que entrara en operaciones en ferrocarril de Agua Santa a Caleta Buena en 1890, la Nitrate Railways tuvo que reducir sus tarifas 8¾ peniques y con la entrada en operaciones del ferrocarril de Carolina a Junín a 8. Finalmente, para 1896, y luego del contrato negociado con la casa Gibbs, las tarifas llegaron a 6 peniques. Como comparación, el ferrocarril de Agua San-

178 Vid. "1ª Sesión Extraordinaria de la Cámara de Senadores" de 2 de noviembre de 1896, *Boletín de las Sesiones Extraordinarias en 1896-1897*, p. 19, donde aparece la presentación de la casa Gibbs desistiendo de su petición de ferrocarril por haber negociado finalmente la tarifa de 6 peniques con la Nitrate Railways.

179 Interrogatorio de la Comisión de Investigación de los Ferrocarriles Salitreros a sir Ashmead-Barlett, Londres, 28 de mayo de 1897, aparecido en Chile en *El Ferrocarril*, edición del 12 de febrero de 1898. En general, en la investigación del referido comité sobre el "Fondo de Cohecho y Corrupción de los Ferrocarriles Salitreros", aparecida en Chile en *El Ferrocarril* de los días 11 y 12 de febrero de 1898, todos los directores dan por bien invertidos los montos gastados en políticos y abogados chilenos a fin de bloquear el proyecto de la casa Gibbs.

180 La presentación de la casa Gibbs aparece en "35ª Sesión Ordinaria de la Cámara de Senadores" de 24 de agosto de 1894, *Boletín de las Sesiones Extraordinarias en 1894*, pp. 549-550, y es del siguiente tenor: "La Casa Gibbs y Cía ... se compromete solamente a no hacer uso de la autorización, si en el término de sesenta días contados desde la fecha de la promulgación de la ley, la Compañía actual (The Nitrate Railways Company Limited), diera aviso al Supremo Gobierno de que está dispuesta a bajar sus tarifas a un flete máximo de seis peniques por quintal español en la subida y bajada". Vid. también la presentación de la compañía que se transcribe en la "1ª Sesión Extraordinaria del Senado" de fecha 2 de noviembre de 1896, *Boletín de las Sesiones Extraordinarias en 1896-1897*, p. 19.

ta a Caleta Buena cobraba 4 7/10 peniques, y el de Carolina a Junín entre 4 35/100 y 5 peniques¹⁸¹.

D) DOS TEORÍAS DE LAS REGULACIONES ECONÓMICAS Y EL CONFLICTO DE LA NITRATE RAILWAYS

Lamentablemente, no hay espacio en este trabajo para analizar en general las teorías económicas y políticas de las regulaciones económicas. Pero a fin de contar con herramientas analíticas que permitan comprender mejor el conflicto que nos ocupa, nos concentraremos brevemente en torno a dos teorías contemporáneas de las regulaciones económicas: la teoría de Gary Becker y la teoría del “equilibrio estructural inducido” de Kenneth Shepsle y Barry Weingast. En todo caso, partimos con indicar que las “teorías del interés público” –esto es, aquellas que afirman que las regulaciones económicas nacen para regular fallas de mercado– no explican un número considerable de regulaciones. Esta “falla” de la teoría clásica ha llevado a que economistas y científicos políticos se unan en un esfuerzo por crear teorías más “realistas”, esto es, de mayor poder predictivo y explicativo del proceso regulatorio¹⁸².

El caso de la Nitrate Railways presenta muchas aristas que lo hacen un objeto interesante de estudio. Primero, como ya hemos indicado, constituye un caso de derregulación *avant-la-lettre*, donde un monopolio de hecho y de derecho fue desbancado por la presión política de los usuarios/consumidores. Segundo, como consecuencia de dicha derregulación se obtuvo una solución más eficiente, toda vez

que los precios disminuyeron sustancialmente con la pérdida del poder de mercado del monopolista. Eficiencia –en sentido Paretiano– quiere decir aquí que la producción de salitre aumentó o quedó en situación de aumentar a consecuencia de la reducción de los costos de transporte del mismo, permitiendo el ingreso de productores que usaban caliches de menor calidad, que dependían de procesos productivos que hasta ahí los habían dejado bajo la línea de flotación y producto de la sustitución del transporte realizado hasta entonces por las más costosas mulas y carros. Tercero, que la solución adoptada –el *equilibrio* logrado– no fue el óptimo en términos de eficiencia, el que habría estado representado por la integración horizontal de todos los ferrocarriles en una sola compañía más una regulación apropiada de precios. Aunque no contamos con toda la información necesaria para que esta afirmación sea estrictamente verdadera, suponemos que las economías de escala en los ferrocarriles durante el siglo XIX eran lo suficientemente severas como para compensar las pérdidas de eficiencia propios de un sistema regulado. Cuarto, que no obstante las eventuales ganancias de eficiencia, el motor del conflicto fue la redistribución de las rentas económicas del salitre de un grupo a otro: desde la Nitrate Railways hacia Campbell, Outram y Cía., Brooking, Child y Cía., y los demás productores de salitre beneficiados con las nuevas líneas.

Dado los elementos que componen este cuadro síntesis, la teoría del Premio Nobel Gary Becker resulta atractiva. Siguiendo el camino abierto por Stigler y Peltzman¹⁸³, su modelo parte de la base de que los distintos grupos de

181 Vid. Senador Agustín Ross en “5ª Sesión Extraordinaria de la Cámara de Senadores” de 26 de octubre de 1894, *Boletín de las Sesiones Extraordinarias en 1894-1895*, p. 92.

182 Vid. GARY S. BECKER, “Public Policies, Pressure Groups, and Dead Weight Costs”, en GEORGE J. STIGLER (Ed.), *Chicago Studies in Political Economy*, University of Chicago Press, Chicago, Illinois, 1988, p. 85 (Previamente publicado en *Journal of Public Economics* Vol. 28., pp. 329 y ss. (1985)). En adelante, BECKER II.

183 Vid. STIGLER, *supra* nota 104, y también SAM PELTZMAN, “Toward a More General Theory of Regulation”, en *Journal of Law and Economics* N° 19, pp. 211 y ss. (1979).

interés luchan por obtener beneficios del Estado. De acuerdo a Becker, los miembros de los distintos grupos de interés maximizan su utilidad invirtiendo recursos en actividad política en orden a influir el nivel de beneficios y cargas (subsidios e impuestos, en términos genéricos)¹⁸⁴. Los gastos de unos y otros grupos compiten entre sí y lo más relevante es el peso o influencia relativa de un grupo sobre el otro¹⁸⁵. Hasta aquí, estas afirmaciones generales sobre el proceso político describen acertadamente el caso entre la Nitrate Railways, Campbell, Outram y Cía. y los demás productores de salitre de Tarapacá. Ninguna duda puede haber después de oír la confesión de uno de los directores de la Nitrate Railways en 1897:

*Nuestros competidores fueron igualmente inescrupulosos y se pagaba de un lado y de otro. Tuvimos que combatir dinero con dinero y logramos postergar la concesión del ferrocarril de Chucumata y obtener posteriormente su completo retiro, lo que considero una gran victoria*¹⁸⁶.

La teoría de Becker no predice qué grupo va a ser capaz de ganar la lucha de presiones sobre el gobierno. Pero sí dice que en la medida en que el regulador se mueve alejándose del nivel óptimo de eficiencia, las pérdidas a lo lar-

go de la industria –los *dead weight losses*, esto es, la suma de las pérdidas sufridas por los perdedores menos las ganancias obtenidas por los ganadores– se hacen cada vez mayores, de modo que la torta total a repartir se hace cada vez menor¹⁸⁷. En efecto, como consecuencia de la regla general de beneficios marginales decrecientes, mientras más lejos del nivel óptimo de eficiencia decida ir el regulador, el daño marginal es cada vez mayor para quienes son dadores netos respecto de quienes son recibidores netos de beneficios¹⁸⁸.

La gran consecuencia de la teoría de Becker –que la hace por ello cercana a la teoría del interés público– es que la lucha de los grupos de interés es generadora de eficiencia. En sus propios términos, “aquellas políticas públicas que tienden a aumentar la eficiencia son más factibles de ser adoptados que las políticas que disminuyen los niveles de eficiencia”¹⁸⁹. Como hemos visto, en la medida en que el regulador se mueve hacia un punto menos eficiente –en nuestro caso, precios monopólicos en beneficio de la Nitrate Railways–, la torta total a repartir no sólo se hace cada vez más chica, sino que además cada peso que se les quita a los perjudicados los perjudica proporcionalmente cada vez más, y por ende los hace cada vez más contrarios a dicha política pública y los políti-

184 BECKER II, *supra* note 181, p. 86.

185 Vid. GARY S. BECKER, “A Theory of Competition Among Pressure Groups for Political Influence”, en *The Quarterly Journal of Economics* N° 98, p. 371 (1983), y p. 376 (En adelante, BECKER I). Vid. también VISCUSI, *supra* note 3, pp. 323-324.

186 Interrogatorio de la Comisión de Investigación de los Ferrocarriles Salitreros a Robert Harvey, Londres, 25 de mayo de 1897, aparecido en Chile en *El Ferrocarril*, edición de 11 de febrero de 1898.

187 PELTZMAN, *supra* note 159, p. 10.

188 BECKER II, *supra* note 181, p. 101 (“An increase in the dead weight cost of taxation encourages pressure by taxpayers because they are harmed more by tax payments. Similarly, an increase in the dead weight cost of subsidies discourages pressure by recipients because they then benefits less from subsidies received”). Asimismo, explica esta idea en los siguientes términos: “Since marginal social costs of subsidies tend to rise, and any marginal social benefits tend to fall, as subsidies increase, recipients would be discouraged from exerting additional pressure as subsidies increased, even without any reaction by taxpayers. Moreover, increased subsidies and taxes would encourage taxpayers to exert additional pressure by raising the marginal social cost of taxes. That is, higher subsidies and taxes tend to raise the ‘countervailing political power’ of taxpayers” (*Ibidem*. 91).

189 Vid. BECKER I, *supra* nota 184, p. 384. Más adelante, p. 396, Becker afirma lo siguiente: “Policies that raise efficiency are likely to win out in the competition because they produce gains rather than deadweight costs, so that groups benefited have the intrinsic advantage compared to group harmed”.

cos que las sostienen¹⁹⁰. Al causar cada vez más perjuicios, dichas políticas ineficientes reducen los beneficios disponibles para ser obtenidos por los actores políticos (esencialmente, votos y recursos para ganar la siguiente elección)¹⁹¹. De ahí que al implementarse una reforma regulatoria, si esta aumenta el nivel de eficiencia –en nuestro caso, precios más bajos en beneficio de los productores de salitre–, el grupo de los ganadores gana más que el grupo de los perdedores, situación que les permite ejercer más presión e influencia política. Por ello, las políticas públicas que aumentan la eficiencia –todo lo demás constante, *ceteris paribus*– tienen mayor posibilidad de implementarse¹⁹².

Volviendo a nuestro caso, esta teoría describe razonablemente el “sentido” o “dirección” de lo ocurrido en la Provincia de Tarapacá, esto es, que se trató de un movimiento proeficiencia producto del esfuerzo político de los distintos grupos de interés. Sin embargo, no explica por qué el equilibrio alcanzado no corresponde a la solución más eficiente, esto es, al óptimo. De acuerdo a Becker, si hay una solución más eficiente, los ganadores tienen entonces más utilidades por ganar que los perdedores por perder, de modo que pueden influir

mayormente en el proceso político (*pueden eventualmente compensar a los perdedores y todavía mantener una ganancia en su poder*).

En este sentido, la teoría de Becker falla en cuanto asume el proceso político como una “caja negra”¹⁹³ y en cuanto asume que la influencia de un grupo depende únicamente de sus costos de organización y no de otros factores. Los políticos no responden *directamente* a los montos de dinero invertidos en el proceso político ni a la presión que realizan los grupos de interés. En este caso, la solución más eficiente –la integración horizontal– no era posible en Chile porque Balmaceda no habría permitido que todos los ferrocarriles de Tarapacá quedaran en manos de la Nitrate Railways y por ende en manos de North. Un conflicto político-económico mayor –el de las combinaciones salitreras promovidas por North–, que no tenía una solución trivial desde ningún punto de vista, dejaba la solución más eficiente “fuera de juego”¹⁹⁴.

Esto nos lleva a la segunda teoría sobre las regulaciones económicas. Esta teoría es conocida como la teoría del “equilibrio inducido por la estructura” (*structure-induced equilibrium*)¹⁹⁵. Desde que el también Premio Nobel Kenneth Arrow probara que la simple regla de

190 *Ibid.*, p. 374, y p. 395. De acuerdo a Becker, “since deadweight costs encourage pressure by taxpayers [losers] and discourage pressure by recipients [winners], taxpayers [losers] have an intrinsic advantage in influencing political outcomes” (*ibid.*, p. 381).

191 PELTZMAN, *supra* nota 159, 13-14 (“Policies that reduce the total wealth available for distribution will be avoided, because, other things being equal, they reduce the political payoff from regulation”).

192 BECKER II, *supra* nota 181, p. 101.

193 *Ibid.*, p. 88.

194 En lo que constituye una de las críticas más fuertes al modelo de Becker, BESLEY y COATE han dado cuenta de una variedad de dinámicas políticas que determinan la exclusión de las soluciones más eficientes de entre el conjunto de posibilidades que pueden ser efectivamente adoptadas. Esto ocurre especialmente como consecuencia de la dependencia intertemporal que existe entre las soluciones que se adoptan en este período y en el próximo, como asimismo de la imposibilidad de los gobiernos actuales de comprometer las decisiones de los gobiernos futuros. *Vid.* TIMOTHY BESLEY y STEPHEN COATE, “Sources of Inefficiency in a Representative Democracy: A Dynamic Analysis”, *The American Economic Review* N° 88, pp. 139 y ss. (1998).

195 *Vid.* KENNETH A. SHEPSLE y BARRY R. WEINGAST, “Structure-induced equilibrium and legislative choice”, *Public Choice* N° 37, pp. 503 y ss. (1981); MATTHEW D. McCUBBINS, ROGER G. NOLL, y BARRY WEINGAST, “Structure and Process, Politics and Policy: Administrative Arrangements and the Political Control of Agencies”, en *Virginia Law Review* N° 75, pp. 431 y ss. (1989); y McNOLLGAST (MATTHEW D. McCUBBINS, ROGER G. NOLL, & BARRY WEINGAST), “Slack, Public Interest, and Structure-Induced Policy”, en *Journal of Law, Economics, & Organization* N° 6, pp. 203 y ss. (1990).

mayoría *puede* producir circularidad —el llamado teorema de la imposibilidad de Arrow¹⁹⁶—, y que McKelvey demostrara que las condiciones de equilibrio de la regla de mayoría son excepcionalmente extraordinarias (en espacios multidimensionales)¹⁹⁷, los científicos políticos intentan explicar por qué la realidad política es tan estable. Los creadores de la teoría del “equilibrio inducido por la estructura” pretenden responder entonces precisamente la pregunta del “por qué tanta estabilidad” sin simplificar la realidad política¹⁹⁸. En materia de regulaciones, esta pregunta es crucial pues la estabilidad de las políticas públicas tiene impactos económicos directos sobre los distintos grupos de interés. ¿Por qué no hay entonces en la realidad constantes cambios regulatorios que reflejen los reacomodos de las diversas coaliciones, esto es, continuas modificaciones del statu quo que reflejen las preferencias de los nuevos grupos que se forman producto de la inestabilidad de la regla de mayoría?

La respuesta, de acuerdo a esta teoría, es que el equilibrio se produce precisamente como consecuencia del resultado de las estructuras, procedimientos y arreglos institucionales adoptados de antemano para generar decisiones colectivas (por ejemplo, los procedimientos de formación de la ley, los reglamentos de las cámaras, etc.). De acuerdo a MacNollgast, los

arreglos institucionales tienen dos características esenciales: primero, son elementos decisivos que permiten romper la circularidad indefinida y los constantes cambios de políticas públicas que son la consecuencia necesaria de la simple regla de mayoría. Con ello incluyen toda clase de restricciones a la habilidad de los individuos o grupos de hacer propuestas, como asimismo, toda clase de mecanismos que dejen fuera de discusión ciertas alternativas que de otro modo estaría permanentemente disponibles al debate. Segundo, y como consecuencia de lo anterior, los arreglos institucionales aumentan las dificultades y costos de modificar el statu quo¹⁹⁹.

Al estudiar el movimiento de derregulación ocurrido en Estados Unidos a fines de los 1970s y principios de los 1980s, la teoría del “equilibrio inducido por la estructura” formula dos observaciones que son especialmente pertinentes para el caso de la Nitrate Railways. Primero, que “la derregulación habitualmente ocurrió sólo donde la mayor parte del cambio podía realizarse sin cambiar la legislación: fue una regulación [administrativa] la que modificó el statu quo sin obtener nada aparte de la aprobación Presidencial”²⁰⁰. La reforma legal posterior fue un resultado forzado por los cambios en el statu quo introducidos por las agencias reguladoras²⁰¹.

196 Vid. KENNETH J. ARROW, “A Difficulty in the Concept of Social Welfare” en KENNETH J. ARROW, *Collected Papers of Kenneth J. Arrow*, Vol. 1, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1983 (publicado originalmente en *Journal of Political Economy*, N° 58, pp. 328 y ss. (1950)). En general sobre el teorema de Arrow y el impacto que la reflexión político-económica producida en torno a él ha tenido en el derecho administrativo y regulatorio, Vid. JERRY L. MASHAW, *Greed, Chaos, & Governance. Using Public Choice to Improve Public Law*, Yale University, New Haven, Connecticut, 1997.

197 RICHARD D. MCKELVEY, “General Conditions for Global Intransitivities in Formal Voting Models”, en *Econometrica* N° 47, pp. 1085-1112 (1979).

198 SHEPSLE Y WEINGAST, *supra* nota 194, p. 504.

199 NOLL, *supra* note 159, p. 50.

200 *Ibid.*, p. 50.

201 *Ibidem.* (“One conclusion emerging from their research [Kenneth A. Shepsle y Barry Weingast] is that deregulation usually took place only where much of it could be accomplished without changing legislation: a regulatory agency could thus upset the statu quo without obtaining any but the president’s approval... Congress lagged behind actual policy and was forced into action by the reality of the new statu quo it had inherited from either the agency or the courts”).

Segundo, que los ya mencionados “empresarios políticos” tuvieron un rol de primer orden en los cambios derregulatorios. Como hemos indicado, un empresario político es “una persona que crea una manera de deshacer el equilibrio/estabilidad inducido por la estructura (sistema)”²⁰², esto es, descubre cómo obtener ventajas de las inestabilidades de la simple regla de mayoría a partir de los arreglos institucionales establecidos para inducir la estabilidad²⁰³.

En el caso de la Nitrate Railways, el “cambio derregulatorio” era imposible de lograr en el Congreso, toda vez que el statu quo estaba asegurado por la compañía de ferrocarriles y sus parlamentarios, quienes tenían las herramientas procedimentales explicadas más arriba por Bañados Espinosa para descarrilar cualquier iniciativa legal contraria al monopolio de la misma. El statu quo se modificó así a través de decretos Presidenciales, sin requerir más voluntad que la del Presidente de la República. Del mismo modo, el nuevo statu quo fue mantenido después de la Guerra Civil por el Congreso, pues el nuevo gobierno se vio forzado a reconocerlo e incluso profundizarlo mediante el otorgamiento de nuevas concesiones de ferrocarriles.

Sin embargo, tal como lo confirma la discusión parlamentaria entre 1891 y 1896, la Nitrate Railways todavía pudo proteger lo que quedaba de su monopolio de facto al sur de la Provincia de Tarapacá, y con ese objetivo, bloqueó e interfirió una y otra vez con el proyecto de ley del ferrocarril de Lagunas a Chucumata que la casa Gibbs intentaba obtener. Es instructivo leer dichas discusiones para ver cómo funcionaban en la práctica las estructuras de control de la agenda en favor de la Nitrate Railways, incluyendo tácticas como proponer ferrocarriles estatales –para introducir más alternativas y debilitar al adversario–, mencionar

una y otra vez el daño que la apertura de nuevas caletas produciría tanto en la ciudad de Iquique –por la menor cantidad de salitre que saldría de sus puertos– como en la patrimonio fiscal –a causa del contrabando–, sólo por nombrar algunos ejemplos.

El concepto del “empresario político” también es altamente atrayente para explicar lo que ocurrió en 1889 y 1890 con la Nitrate Railways. El principal “empresario político” habría sido Lauro Barros, quien en su calidad de diputado y cercano a Balmaceda, pudo convencer al Presidente de atreverse a modificar el statu quo por decreto y no esperar a que el Congreso pasara una ley. Ya explicamos cómo en un momento en que Balmaceda se quedaba solo, el grupo de liberales gobiernistas de Lauro Barros y demás facciones representadas por Adolfo Ibáñez, entre otros, prestó su apoyo –incluso integrando el gabinete durante 1890– a cambio de la obtención de los permisos de ferrocarriles en Tarapacá. Si bien no es claro que Valdés Carrera haya sido parte del grupo económico interesado en la obtención de tales permisos, el odio personal que tenía hacia Julio Zegers y la Nitrate Railways sirvió para iguales propósitos en manos de estos empresarios políticos.

Las teorías políticas y económicas de las regulaciones distan de ser conceptos realmente científicos, pero al menos contienen observaciones del proceso regulatorio que en ciertas ocasiones pueden ser de gran utilidad para comprender qué es lo que realmente está ocurriendo y qué tendería a pasar en determinadas circunstancias. En este caso, las teorías de Becker y la de la “estructura inducida por el equilibrio” arrojan luz sobre la controversia de la Nitrate Railways y permiten captar con mayor nitidez algunos de los matices de esta compleja historia.

202 *Ibid.*, p. 51.

203 *Ibidem.*

IV. DOS EPISODIOS SORPRENDENTES DE LA HISTORIA DE LA NITRATE RAILWAYS: EL CONFLICTO CONSTITUCIONAL ENTRE BALMACEDA Y LA CORTE SUPREMA DE 1889 Y LAS CONFESIONES DE CORRUPCIÓN DE LOS DIRECTORES DE LA COMPAÑÍA EN INGLATERRA EN 1897

Tal como indicamos en la introducción, hemos dejado dos episodios aparte para ser tratados en forma independiente en este capítulo. Se trata de dos acontecimientos de especial importancia que merecen tener un tratamiento detenido. El primero es fundamental para una historia del derecho administrativo y la revisión judicial, y el segundo representa el sorprendente capítulo final de la controversia de los ferrocarriles salitreros.

A) EL CONFLICTO CONSTITUCIONAL ENTRE BALMACEDA Y LA CORTE SUPREMA: EL FALLO DEL CONSEJO DE ESTADO DE 1889

Uno de los elementos que hace del conflicto de la Nitrate Railways un hecho tan particular es que se encuentra en medio del conflicto político que desembocó en la Guerra Civil de 1891. Prácticamente todos los estudios de Balmaceda y la Guerra Civil se centran en el conflicto entre el Ejecutivo y el Congreso, esto es, de cómo Balmaceda habría invadido atribuciones propias del legislador y los partidos políticos, todo ello en su intento de restablecer los poderes del Presidente portaliano que dominó hasta 1860.

Pero poco o nada se dice del conflicto que enfrentó a Balmaceda y la Corte Suprema, el que terminó igualmente en la reducción de

los poderes de la Judicatura y en el cual la Nitrate Railways también jugó un papel clave. Como explica Blakemore, “el caso de la Nitrate Railways se convirtió así en un problema contencioso adicional entre el gobierno y la oposición en la política interna chilena, proporcionándole a la oposición más elementos para el cargo de que la obsesión del Presidente por sus planes grandiosos de desarrollo lo conducía a actuar inconstitucionalmente”²⁰⁴.

1) Los conflictos judiciales protagonizados por la Nitrate Railways entre 1887 y 1895

Según vimos más arriba, el Presidente Santa María caducó los privilegios de la Nitrate Railways por decreto de fecha 29 de enero de 1886. La compañía reaccionó casi inmediatamente demandando al Fisco de Chile a fin de revisar el citado acto administrativo de caducidad, demanda presentada a tramitación el 8 de mayo de 1886. Los términos exactos del petitorio corresponden a una acción declarativa de certeza de la vigencia de los privilegios, redactada por el abogado Julio Zegers en el siguiente tenor:

*Se digne resolver en definitiva que está vigente el privilegio otorgado en 26 de octubre de 1871 a Montero Hermanos para oponerse a la construcción de líneas férreas entre la costa i las salitreras de la provincia de Tarapacá que tienen ferrocarril o ramificación de las líneas de Iquique o de Pisagua, i que la Compañía de los Ferrocarriles Salitreros Limitada, dueña actual de ese privilegio, debe ser mantenida en posesión de él*²⁰⁵.

Sobre los fundamentos de hecho de la demanda no vale la pena profundizar, salvo

204 BLAKEMORE II, *supra* nota 1, p. 130.

205 DEMANDA I, *supra* nota 90, p. 54.

mencionar que la Nitrate Railways afirmaba que la prolongación de la línea hacia la frontera con Bolivia—línea que no se había construido y que constituía el fundamento esencial de la caducidad— no habría sido transferida a la Compañía Nacional de Ferrocarriles Salitreros del Perú al ser constituida en 1872 —compañía antecesora de la Nitrate Railways y sucesora de los Hermanos Montero en la titularidad de las concesiones— sino que había sido reservada para sí por Montero Hermanos. Dichas operaciones y la posterior reorganización de la Nitrate Railways sin incluir dicha concesión a la frontera con Bolivia, habrían sido aprobadas por el gobierno peruano por decreto de 10 de febrero de 1879. Respecto a los ramales, afirmaba que los mismos estaban plenamente construidos en conformidad a la concesión. Todo parece indicar que los fundamentos de la demanda no eran en ningún caso débiles.

En cuanto al derecho, aparte de los sofisticados argumentos privatistas relativos al cumplimiento e incumplimiento de los contratos, cabe señalar que la compañía partía negando la facultad del Presidente para declarar la caducidad, por corresponderle el poder de despojar derechos únicamente al Poder Judicial. En parte, negaba la existencia de lo que hoy conocemos y aceptamos como el “derecho administrativo sancionador”²⁰⁶. En todo caso, reclamaba que tratándose de contratos relati-

vos a bienes —ferrocarriles en este caso—, y existiendo discrepancia, no podía el Ejecutivo erigirse como juez y parte, ni menos afirmar para sí un poder absoluto que equivalga a una condición meramente potestativa²⁰⁷. Aunque la demanda es concisa en argumentos jurídicos, piezas posteriores del expediente contienen elaboradísimas argumentaciones, las que por su extensión no pueden ser resumidas aquí²⁰⁸.

Como hemos explicado ya varias veces, Balmaceda estaba embarcado en el plan de terminar con el monopolio de hecho de la Nitrate Railways en la Provincia de Tarapacá, toda vez que dicho monopolio le daba a North —en cuanto controlador de la firma— el poder de manipular la producción de salitre y con ello el monto total de impuestos recolectados por el Fisco²⁰⁹. En esta lucha, el Presidente no iba a dejar que la Corte Suprema se interpusiera en su ambicioso plan de obras públicas. De modo que el Fisco, defendido entonces por el Director del Tesoro, alegó la excepción de incompetencia, esto es, “la incompetencia del juzgado de US. como de cualquier otro para conocer de tal demanda”²¹⁰. En concreto, citando el artículo 4° de la Ley de Organización de Tribunales²¹¹, la defensa fiscal argumentó que:

El poder judicial, que solo es llamado a conocer de las causas civiles y criminales, no puede arrogarse facultad alguna para anular las re-

206 *Ibid.*, p. 25: “Creo escusado citar las disposiciones constitucionales i legales que prohíben ser a la vez juez i parte i que cautelan la inviolabilidad de la propiedad privada, declarando que ella no puede ser afectada sino por resoluciones judiciales o por leyes de expropiación”.

207 *Ibid.*, p. 25: “Dar a la cláusula 20 el sentido de que ella facultaba al Gobierno a declarar la caducidad por el solo hecho de querer declararla, importaría tanto como anular la estipulación, porque el art. 1478 del Código Civil declara nulas las obligaciones contraídas bajo una condición potestativa que consiste en la mera voluntad de la persona que se obliga”.

208 Destacamos aquí una sola: “si se aceptara la escepcion de incompetencia en un juicio que tiende a mantener un derecho de propiedad nacido de contrato con el Fisco, se anularia la garantia individual establecida en el num. 5.º del art. 12 de la Constitucion Política, i el Fisco seria juez árbitro i absoluto para dar o quitar un derecho que la Constitucion ha declarado inviolable” (DEMANDA I, *supra* nota 90, p. 142).

209 *Vid. supra* nota 81.

210 DEMANDA I, *supra* nota 90, p. 109.

211 Artículo 4º: “Es prohibido al poder judicial mezclarse en las atribuciones de otros poderes públicos i en general ejercer otras funciones que las determinadas en los artículos precedentes”.

*soluciones de un poder extraño i mucho ménos para rever los decretos del Presidente de la República en atribuciones que le son propias*²¹².

Conociendo el Ministro suplente de la Corte Suprema, Manuel E. Ballesteros, en calidad de tribunal unipersonal de excepción –causas “que deban resolverse con arreglo al derecho internacional”²¹³, en este caso, a partir de la subrogación del Gobierno Peruano por el Gobierno Chileno en los asuntos de la Provincia de Tarapacá–, éste se pronunció con fecha 9 de mayo de 1887 a favor del Fisco y su excepción de incompetencia²¹⁴. Luego de señalar que la cláusula de caducidad en la concesión constituía la incorporación de potestades administrativas en el contrato, concluyó que:

*Procediendo el Presidente de la República en virtud de sus facultades administrativas, no es lícito al Poder Judicial examinar i resolver si el Gobierno procedió correctamente al declarar la caducidad de los privilejios otorgados a Montero Hnos. porque esto seria mezclarse en las atribuciones que son propias i exclusivas del Poder Ejecutivo, lo que está prohibido espresamente por el artículo 4.º de la lei de 15 de octubre de 1875*²¹⁵.

Conociendo de la apelación, la Corte Suprema revocó la decisión del Ministro Ballesteros con fecha 11 de agosto de 1887, en los siguientes términos:

Que el Gobierno de Chile, al declarar caducada la concesion de permiso i privilejio de Montero Hnos. ejerciendo el derecho que el con-

*trato daba al gobierno del Perú, ha obrado como parte en el negocio; i el decreto que contiene esa declaracion no ha sido espedido en virtud de las atribuciones esclusivas que la Constitucion del estado confiere al presidente de la república; que por claras i precisas que sean las estipulaciones del contrato en que el gobierno se ha fundado para declarar la caducidad, i por espedito que juzgue el derecho que le da, ello ha sido estimado de una mera contradictoria por las partes i ha dado lugar a la presente contencion en la cual se hacen valer hechos sustanciales que deben esclarecerse, i excepciones legales que es menester discutir y resolver... Se declara: que a la justicia ordinaria le compete conocer i decidir la presente causa, i que, en consecuencia, el Fisco debe contestar la demanda promovida a fs. 25, dentro del término legal*²¹⁶.

El gobierno contraatacó inmediatamente, y el 1º de diciembre de 1887 formuló una contienda de competencia contra la Corte Suprema ante el Consejo de Estado, órgano que de acuerdo al artículo 104 N° 5 de la Constitución de 1833 debía resolver el conflicto. Concretamente, la presentación realizada por el Ministro de Industrias y Obras Públicas, señala lo siguiente:

El hecho de que el Tribunal se reconozca competente en una solicitud cuyo objeto va espresamente dirigido a obtener que se declare vijente un privilejio que el Presidente, en uso de sus atribuciones, declaró ya fenecido... supone, a juicio del Gobierno, que el Poder Judicial se considera autorizado para rever o derogar los actos del Poder Ejecutivo, i esta situacion menoscabaria

212 DEMANDA I, *supra* nota 90, p. 111.

213 Vid. artículo 117 de la Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales, de 13 de octubre de 1875.

214 Manuel E. Ballesteros, autor del texto sobre la Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales Chilenos que más adelante se comenta (*infra* nota 215), era un ferviente balmacedista, tanto así que su casa fue saqueada durante por los revolucionarios en 1891. Vid. VIRGILIO FIGUEROA, *Diccionario Histórico Biográfico y Bibliográfico de Chile*, Vol. 2, Kraus Reprint, Nendeln, Liechtenstein, 1974, pp. 73-74.

215 DEMANDA I, *supra* nota 90, pp. 149-155.

216 *Ibid.*, 160-161.

*la independencia, que, según la Constitución i la ley, corresponde al Poder Ejecutivo, i que éste debe mantener en amparo de sus lejitimas atribuciones. Cree el Gobierno que la declaracion de caducidad del privilegio de Montero Hermanos ha sido un acto administrativo, i como tal, de su esclusiva competencia; i no le es posible aceptar que otro Poder Público se crea facultado para reverlo o derogarlo*²¹⁷.

La defensa de la Corte Suprema, presentada al Consejo de Estado con fecha 23 de marzo de 1888 por los ministros Álvaro Covarrubias, Belisario Prats y José Fructuoso Cousiño, constituye un documento excepcional para la historia de la revisión judicial en Chile. De acuerdo al mismo, la concesión otorgada por el Gobierno del Perú a Montero Hermanos es un contrato bilateral, sujeto por ende a la condición resolutoria tácita y en definitiva, a la tuición de los Tribunales²¹⁸. Por lo mismo, al declarar la caducidad el Fisco sólo ejercería facultades contractuales y no potestades de carácter administrativos²¹⁹. Ahora bien, los ministros de la Corte Suprema defendieron su competencia incluso en el caso de que se tratara de actos administrativos propiamente tales:

Pero dando por establecido que el Gobierno haya procedido administrativamente al declarar la caducidad i dando aun a esta palabra el sentido que desea atribuirle el Gobierno, los inte-

*resados que se juzgan vulnerados en sus derechos han podido ocurrir ante el Poder Judicial pidiendo que se les ampare en ellos. / La acción administrativa no es ilimitada ni absoluta. Léjos de ello, el Presidente de la República puede solo ejercitarla dentro de los preceptos de la Constitución, i de los mandatos de la ley. / De modo que la violacion de los derechos inviduales que han sido consagrados i garantidos por la carta fundamental, o por disposiciones lejislativas, o por contratos escritos, da lugar a que las partes interesadas ocurran ante la justicia ordinaria en reparacion del agravio que juzguen haberseles inferido*²²⁰.

Acto seguido de afirmar esta regla general del Estado de Derecho, la Corte Suprema cita al menos 15 casos conocidos y juzgados por el Poder Judicial durante la década del 1880s en contra de autoridades administrativas –incluyendo subdelegados, gobernadores e intendentes, y también el Estado-Fisco–, de contenido tanto anulatorio como reparatorio, con aprobación expresa del Consejo de Estado²²¹. Esta lista meramente indicativa de casos contempla revisión tanto de actos como de contratos administrativos.

Pero, a pesar de la reforma constitucional del año 1874, el Consejo de Estado seguía controlado por el Presidente de la República, de modo que Balmaceda pudo hacer sentir su voluntad al interior del mismo²²². Con fecha 13 de septiembre de 1889, en una sentencia

217 *Ibid.*, 166.

218 *Ibid.*, 182-191.

219 *Ibid.*, 191.

220 *Ibid.*, p. 193 (énfasis agregado).

221 DEMANDA I, *supra* nota 90, pp. 194-208. Asimismo, Ballesteros, el ministro suplente que dictó sentencia de primera instancia en 1889, comenta en MANUEL E. BALLESTEROS, *Lei de Organización i Atribuciones de los Tribunales de Chile: antecedentes, concordancias i aplicación práctica de sus disposiciones*, Imprenta Nacional, Santiago, Chile, 1890, p. 25 (en nota al pie 2): “la falta de leyes a que deba someterse el fallo de las cuestiones de competencia entre los poderes administrativo i judicial ha sido causa de que las resoluciones del Consejo de Estado hayan sido variadas i hasta contradictorias, resintiéndose a veces del carácter eminentemente político que tiene ese alto cuerpo por razon de su constitucion. La tendencia constante es, sin embargo, a amparar al poder judicial, i desde la promulgación de la Lei Organica de Tribunales esa tendencia se acentua cada vez más” (énfasis agregado).

222 La reforma constitucional de 24 de octubre de 1874 redujo el número de miembros del Consejo de Estado nombrados por el Presidente a 5, más el Presidente mismo, lo que lo dejaba formalmente en igualdad frente a los 6

pronunciada por ocho votos contra uno –paradójicamente, Eulogio Altamirano, abogado de la casa Gibbs, fue el único voto favorable a su archienemiga la Nitrate Railways–, el Consejo de Estado resolvió la incompetencia de la Corte Suprema en los siguientes términos:

Que de los términos de esta demanda aparece que lo que se pretende obtener de la justicia ordinaria no es otra cosa que la revocación espresa del decreto de 29 de enero de 1886, puesto que en ella se pide se declare vigente el privilegio que aquel decreto dio por caducado; Que el artículo 4.º de la lei de 15 de octubre de 1875 prohíbe al Poder Judicial mezclarse en atribuciones de otros poderes públicos... Se declare: que no corresponden a la justicia ordinaria el conocimiento de la demanda interpuesta por la Compañía de los Ferrocarriles Salitreros de Tarapacá que ha dado origen a esta contienda de competencia²²³.

De modo que, en su lucha por concentrar los poderes en manos exclusivas del Presidente, Balmaceda asestaba un duro golpe a la revisión de actos administrativos y con ello al Estado de Derecho. Se apartaba así de la opinión general que –según se vio en los informes requeridos por el Gobierno de Santa María para estudiar el asunto de la caducidad de la concesión de la Nitrate Railways– era favorable a esta revisión. Más aún, se apartaba de la solución adoptada por el decreto del Presidente Pinto de fecha 13 de agosto de 1881 que declaraba el asunto entre las dos compañías contencioso y por ende de competencia de los Tribunales.

Aparte del diario de gobierno, *La Época*, todos los demás atacaron severamente el fallo del Consejo de Estado, calificándolo como una denegación de justicia. Así, por ejemplo, *El Independiente* y *La Unión* afirmaron respectivamente:

Hoi el ejecutivo ha dicho a los Tribunales de Justicia que no deben entender en el asunto de la caducidad del privilegio de los señores Montero Hermanos, por cuanto sus sentencias podrian venir a derogar el decreto de 29 de enero, dictado por el Gobierno en el ejercicio de sus facultades privativas, i mañana, con esta razon i este antecedente, podrá decir lo mismo a cualquier tribunal en cuyos estrados se presente cualquier ciudadano, querellándose contra el Gobierno por actos violatorios de su derecho i que hayan sido ordenados por algun sultanesco decreto del Jefe del Estado. / En mas claros términos, mañana el Gobierno os arrebatara por medio de un simple decreto vuestra propiedad o confisca vuestros bienes; acudís en demanda de amparo ante los Tribunales de Justicia; el Gobierno niega, como ahora, a éstos la facultad de intervenir en el negocio, por la razon antedicha; queda de hecho armada la cuestion de competencia; i el Consejo de Estado, es decir el Gobierno mismo, resuelve en su favor, i vosotros os quedais mirando a la luna i pidiendo al cielo la venganza de la injuria²²⁴.

No tendrán, pues, ... los habitantes de esta buena tierra de Chile, que se vean atropellados en sus derechos o despojados de sus propiedades, la satisfacción –tan consoladora para él como honro-

Continuación nota 222

nombrados por el Congreso. Pero el Presidente controlaba también el nombramiento de diputados y senadores, de modo que al final del día, el Presidente controlaba el Consejo. Así, por ejemplo, el diario *El Independiente*, edición de 15 de septiembre de 1889, afirma: “todos sabemos lo que es en Chile un tribunal como el Consejo de Estado, formado en su mayoría, si no en la casi totalidad de sus miembros, por personas a quienes los intereses de la política, que difieren por cierto, en mucho de los de la justicia, llevan a este puesto para desempeñar allí el oficio de aquellos finos cortesanos de otro tiempo mui adictos i leales servidores de la voluntad del rei, su amo i señor”, recopilado en CONSEJO DE ESTADO, *Contienda de Competencia entre el Presidente de la República y la Corte Suprema*, Imprenta Cervantes, Santiago, Chile, 1889, p. 34 (en adelante CONTIENDA).

223 *Ibid.*, p. 10.

224 *El Independiente*, edición de 15 de septiembre de 1889, recopilado en CONTIENDA, *supra* nota 221, p. 35.

*sa para su país— del molinero berlinés que esclamaba, en presencia del atropello de que era víctima: Hai jueces en Berlín! porque en Chile no hai jueces cuando es el Poder Ejecutivo o alguno de sus agentes el autor de la violación o del despojo*²²⁵.

Además, varios medios se rebelaban más en general contra el modelo de solución de conflictos tipo francés adoptado por la Constitución de 1833. Lo hacían, como *El Ferrocarril*, en los siguientes términos:

*Atribuir a una rama del Poder Ejecutivo, como el Consejo de Estado, la facultad de resolver las competencias que se susciten entre este mismo poder i los tribunales de justicia, es algo tan chocante que no necesita demostracion. Tal sistema no existe en los países modelos en materia de libertad política, como Inglaterra i Estados Unidos. En esos países está establecido de una manera jeneral i absoluta, que el conocimiento de todos los asuntos contenciosos, sea cual fuere su naturaleza i la condicion de las personas que en ellos sean parte o tengan intereses, corresponda exclusivamente al Poder Judicial*²²⁶.

A la compañía le quedaba todavía una última carta judicial por jugar: replantear el mismo conflicto como una controversia entre dos compañías privadas, esto es, entre la Nitrate Railways y la Compañía de Salitres i Ferrocarril de Agua Santa (Campbell, Outram y Cía.). Así lo hicieron inmediatamente en mayo de 1890, libelo en cual solicitaban se declarara que:

Don Joaquín Lira Errázuriz [palo blanco de Campbell, Outram y Cía.] no tiene derecho

*para construir línea férrea entre la oficina salitrera Agua Santa y Caleta Buena, mientras subsistan los privilegios otorgados por los contratos de 8 de mayo de 1869 i 2 de noviembre de 1871, celebrados por el gobierno del Perú con los señores Montero Hermanos, i que fueron parcialmente transferidos por éstos a la Compañía de los Ferrocarriles Salitreros Limitada*²²⁷.

Nuevamente, la Corte Suprema afirmó la competencia para conocer del litigio por interlocutoria de fecha 23 de junio de 1892, pero dejando en claro que el fundamento de la alegación de incompetencia interpuesta por la defensa se refería a una cuestión de fondo que sólo podía ser resuelta en la sentencia definitiva²²⁸.

Luego de una larga, sofisticada y voluminosa tramitación, la Corte Suprema dictó sentencia definitiva de segunda instancia con fecha 11 de diciembre de 1895²²⁹. Este fallo fue un fiel reconocimiento de la nueva doctrina o jurisprudencia que negaba al Poder Judicial la revisión de actos administrativos:

*Que por lo anteriormente espuesto se ve que en el presente juicio se pide que se declare solo con respecto de la Compañía de Salitre i Ferrocarril de Agua Santa lo mismo que, en forma jenerica, se pidió en la demanda de 8 de mayo de 1886... Que establecido que el mencionado decreto de 1886 es una disposicion legalmente obligatoria i de carácter jeneral sobre cuya legalidad o ilegalidad, está declarado por autoridad competente, que no compete pronunciarse a los Tribunales de Justicia...*²³⁰.

225 *La Unión*, edición de 15 de septiembre de 1889, recopilado en CONTIENDA, *supra* nota 221, p. 37.

226 *El Ferrocarril*, edición del 15 de septiembre de 1889, recopilado en CONTIENDA, *supra* nota 221, p. 28. *Vid.* también edición del 25 de septiembre de 1889, recopilada en CONTIENDA, *supra* nota 221, p. 57.

227 DEMANDA II, *supra* nota 90, p. 10.

228 *Ibid.*, pp. 58-59.

229 Debe recordarse que, en esta demanda, al igual que en la anterior, en primera instancia conoció de ella un ministro de la Corte Suprema en calidad de tribunal unipersonal de excepción.

230 DEMANDA II, *supra* nota 90, p. 807.

Llegaban así a término las aventuras judiciales de la Nitrate Railways. Esto adelantaba también el término que habría de tener su poder monopólico al año siguiente, cuando firmara un contrato con la casa Gibbs obligándose a transportar el salitre por 6 peniques por quintal español.

2) Revisión judicial en la historia de Chile

El conflicto de la Nitrate Railways muestra cómo antes de 1889, la Corte Suprema afirmaba firmemente su competencia para revisar actos administrativos, basada en la práctica y la jurisprudencia en general favorable del Consejo de Estado. En este escenario, Balmaceda afirmó sus poderes presidenciales exclusivos y, en control del Consejo de Estado, generó una sentencia que interpretó el artículo 4° de la Ley de Organización i Artribucion de los Tribunales de Chile en el sentido de destruir el control judicial de actos administrativos.

Aunque nos adentramos aquí en el terreno de la conjetura, dada la falta casi total de control judicial de actos administrativos durante el siglo XX, es posible aventurar la tesis de que el conflicto constitucional protagonizado por Balmaceda tuvo funestos efectos en la historia del control judicial en Chile. En efecto, este control general de actos administrativos sólo aparecerá parcialmente en 1976 con el recurso de protección y plenamente en 1989 con la reforma constitucional que eliminó la referencia a los tribunales contencioso-administrativos en el artículo 79 de la Constitución de 1980.

Durante el siglo XX los tribunales ordinarios sólo pudieron intervenir en cuestiones expresamente entregadas a su competencia, esto

es, lo que suele llamarse “contencioso-administrativos especiales”. Así lo señalaban en 1959 Jirón, Mery y Saric, al afirmar que “los Tribunales Ordinarios de Justicia, tienen intervención en materias administrativas sólo por excepción, es decir cuando una ley expresamente se las otorga”²³¹. Aunque es del caso señalar que la gran excepción estuvo constituida por los contratos-administrativos, en los cuales, el Poder Judicial continuó afirmando su competencia incluso ante falta de ley expresa. Así lo explica Patricio Aylwin:

*Para aún fuera de los casos que un texto expreso de ley confiere al Poder Judicial competencia en materia contencioso-administrativa, y a pesar de la ausencia de toda disposición especial que así lo establezca, nuestros Tribunales Ordinarios conocen actualmente –a falta de Tribunales Administrativos– en los juicios que se susciten con motivo de los contratos administrativos entre al Administración y el contratista*²³².

Nuestra conjetura acerca del impacto del conflicto constitucional Ejecutivo-Corte Suprema desatado por Balmaceda intenta explicar cómo nuestro país pasó de un sistema de control en el cual los tribunales ordinarios revisaban actos administrativos en contenciosos anulatorios y reparatorios, a uno en que el Ejecutivo quedó casi completamente al margen de la revisión de los tribunales ordinarios (salvo en el caso de ley expresa y de contratos administrativos).

La involución en términos de protección de los derechos de los ciudadanos no fue menor, especialmente considerando que hacia fines del siglo XIX –antes de que se dictara la citada sentencia del Consejo de Estado– la opinión más autorizada era completamente

231 ENRIQUE JIRÓN VARGAS, ALEJANDRO SARIC PAREDES, y SERGIO MERY BRAVO, *Lo Contencioso-administrativo*, Editorial Jurídica, Santiago, Chile, 1959, pp. 218-219.

232 PATRICIO AYLWIN AZÓCAR, *Manual de Derecho Administrativo*, Editorial Jurídica, Santiago, Chile, 1952, pp. 299 y ss.

contraria al sistema de justicia francés representada por el *Conseil d'État*. En efecto, tal vez la opinión más contundente en este sentido es expresada por Jorge Huneeus, probablemente el constitucionalista-administrativista chileno de mayor peso durante el siglo XIX, quien luego de oponerse frontalmente a la adopción del sistema francés y a cualquier ejercicio de funciones jurisdiccionales por parte de la Administración, opina que:

*Suprímase cuanto antes las otras atribuciones judiciales que aun inviste el Consejo de Estado, i deróguese, por completo i con mano firme, todo aquello que aun se conserva en nuestras instituciones del sistema frances, que se ha bautizado con el curioso nombre de administrativo-contencioso...*²³³.

Se vé, por los casos precedentemente citados, que la jurisdicción administrativa se ha ido restringiendo mas i mas, i que la tendencia marcada de nuestras leyes constitucionales i secundarias, ha sido, en estos últimos años, la de encomendar a los tribunales ordinarios el conocimiento esclusivo de todos los asuntos judiciales que, en el orden temporal, se promuevan en el territorio de la República, sea cual fuere su naturaleza i la condición de las personas que en ellos intervengan... Todo esto, que hoi nos parece tan obvio, pues es una necesaria i lójica consecuencia del principio de separación de los poderes públicos, fué lamentablemente desconocido en las diversas leyes que hemos recordado para hacer notar que

*hoi están —¡a Dios gracias!— completamente derogadas*²³⁴.

O sea, pasamos desde un sistema contrario a la autotutela judicial de la Administración —como el del siglo XIX, confirmado en parte por la reforma constitucional de 1874 que eliminó la competencia del Consejo de Estado en materia de contratos-administrativos—, a uno en el se recogió el concepto de tribunales contencioso-administrativos. De hecho, este último sistema ya aparece nítidamente hacia la década del 1920: el artículo 87 la Constitución de 1925²³⁵ y el proyecto Koch de tribunales contencioso-administrativos de 1927²³⁶ no dejan ninguna duda. Si bien parece ser que el concepto constitucional de 1925 no corresponde a una jurisdicción dependiente del Ejecutivo al modo del *Conseil d'État* —el artículo aparece en el capítulo del Poder Judicial—, en la práctica, el resultado fue incluso peor, pues como bien es sabido, la ley que debió organizar estos tribunales nunca se dictó, dejando en general a los actos administrativos sin control judicial.

Aunque no hemos investigado el período posterior al presentado en este trabajo, no parece haber ningún hecho de la envergadura del conflicto de la Nitrate Railways como para haber determinado en el período 1895-1925 un cambio profundo en la orientación jurídico-política de nuestra clase dirigente y su cultura jurídica²³⁷. Y sin sorpresa para nosotros, la presencia de revisión judicial en este tiempo intermedio parece haber sido confusa por no

233 JORGE HUNEEUS, *La Constitución ante el Congreso*, Vol. II., Imprenta de Los Tiempos, Santiago, Chile, 1880, p. 226.

234 *Ibid.*, pp. 243-244.

235 Artículo 87: "Habrán Tribunales Administrativos, formados con miembros permanentes, para resolver las reclamaciones que se interpongan contra los actos o disposiciones arbitrarias de las autoridades políticas o administrativas y cuyo conocimiento no esté entregado a otros Tribunales por la Constitución o las leyes. Su organización y atribuciones son materia de ley".

236 El proyecto aparece en el libro editado por la UNIVERSIDAD DE CHILE, *La jurisdicción contencioso-administrativa. Decisiones legislativas al año 2001*, Ediciones Universidad de Chile, Santiago, Chile, 2001, p. 65.

237 Este trabajo es sólo relativo a un capítulo de nuestra historia del control judicial, y constituye en tal sentido un llamado a que los demás capítulos sean escritos por quienes sienten interés en el tema.

decir inexistente²³⁸. Si bien puede ser cierto que la postura de Balmaceda en 1889 no determinó directamente el resultado en cuestión, sin duda debe haber sido un grado de influencia no menor en el sentido de restringir la revisión judicial.

B) LAS CONFESIONES DE CORRUPCIÓN DE LOS DIRECTORES DE LA NITRATE RAILWAYS EN 1897

Para completar esta investigación, no podemos dejar de referirnos al último capítulo de la historia de la Nitrate Railways que es uno de los más espectaculares. Con la muerte de John Thomas North el 5 de mayo de 1896, y con la pérdida del monopolio de hecho ese mismo año, la compañía dejó de repartir dividendos. Los accionistas comenzaron entonces una investigación de la administración de la compañía y encontraron, durante 1897, que existían más de 93.000 libras esterlinas en “gastos e indemnizaciones legales” efectuados entre 1887 y 1895 sin respaldo documental. Para dar cuenta exacta del espíritu que acompañaba esta investigación, es del caso señalar que la editorial de fecha 1° de enero de 1898 del diario inglés *The Railways Times* llamó a estos gastos el “Fondo de Cohecho y Corrupción de los Ferrocarriles Salitreros”.

A fin de analizar la posibilidad de entablar una acción indemnizatoria en contra de

los directores de la compañía –responsabilidad personal– los accionistas de la compañía crearon un Comité de Investigación, el que durante 1897 interrogó largamente a varios de los directores y ejecutivos de la compañía. Lo más interesante para nuestro estudio es que los interrogados confesaron abiertamente que habían usado tales fondos para comprar parlamentarios y políticos chilenos²³⁹.

Tal vez la más descarnada de estas confesiones fue la del director de la compañía y parlamentario inglés sir Ashmead-Martlett, quien afirmó que:

Pregunta [hecha por el Comité de Investigación]: “¿Puede darme Ud. detalles de la inversión de esos grandes ítems, de modo que se pueda ver cómo se ha producido?” Respuesta: “No podría distinguir exactamente... lo que por supuesto, no es un secreto para nadie consistía en dinero regalado a jentes de Chile que se creía pudieran ser útiles al ferrocarril. La administración pública de Chile es como Ud. sabe muy corrompida y como se nos atacaba de todos modos, se nos aconsejó de hacer ese gasto para resguardar los derechos del ferrocarril”. Pregunta: “¿Alguna vez manifestó usted su opinión con respecto a la corrección de esos pagos?” Respuesta: “Tuvimos muchas discusiones, pero llegamos a la conclusión... que no tendríamos posibilidades de éxito en nuestras legítimas pretensiones, a menos que hiciéramos ese gasto”²⁴⁰.

238 Vid. ROLANDO PANTOJA BAUZÁ, “La Jurisdicción Contencioso-Administrativa-Decisiones legislativas al año 2001”, en UNIVERSIDAD DE CHILE, *La jurisdicción contencioso-administrativa. Decisiones legislativas al año 2001*, Ediciones Universidad de Chile, Santiago, Chile, 2001, pp. 19-43. Comentando el período posterior a 1874, PANTOJA BAUZÁ comenta que “el tiempo vino a confirmar que efectivamente existía un vacío normativo en esta materia, al no estar consagrada la facultad de impugnar por ilegalidad los actos administrativos por vía jurisdiccional” (p. 39). Asimismo, citando la historia fidedigna de la Constitución de 1925, nos muestra a Fernando Alessandri replicando a Domingo Amunátegui respecto a la falta de existencia de revisión de actos administrativos en los siguientes términos: “No puede hacerlo –replicó el señor Alessandri– porque ésta [la Justicia Ordinaria] es y se declara incompetente para conocer en esas materias y el particular queda burlado, a menos que recurra a gestores administrativos para que ellos consigan con el Ministro respectivo que derogue el decreto de renovación”. Esto parece confirmar nuestra tesis del impacto de la sentencia del Consejo de Estado en el caso de la Nitrate Railways.

239 Vid. transcripciones completas de los interrogatorios en el diario *El Ferrocarril*, ediciones de los días 9, 10 y 11 de febrero de 1898. Vid. también, los artículos y remitidos, en particular los de Julio ZEGERS, publicados en el mismo diario los días 12, 13, 14, 15, 16, 18 y 25 del mismo mes y año.

240 *El Ferrocarril*, 11 de febrero de 1898.

Otras tres interrogaciones que le siguen en crudeza fueron las de los directores Robert Harvey –Presidente de la compañía en aquel momento–, E. Manby, y del ex gerente general en Chile S.F. Rowland, quienes afirmaron respectivamente (énfasis agregado por nosotros):

“Se le hacían estas entregas de dinero porque él [North] defendía los pleitos de la Compañía y porque afirmaba que gastando esas sumas conseguiría atraerse influencias que nos asegurarían el éxito y que debería ganar esos juicios y que para conseguirlo necesitaba ese dinero. Debe Ud. tener entendido que el modo de proceder de la justicia en Chile no está basado en ese alto patrón de pureza que existe en este país. No digo que sea absolutamente necesario cohechar jueces, pero creo que muchos miembros del Senado, escasos de recursos, sacaron algún beneficio de parte de ese dinero en cambio de sus votos; y que sirvió para impedir que el Gobierno se negara en absoluto a oír nuestras protestas y reclamaciones”. Luego continúa: “...teníamos que proseguir los juicios de acuerdo con las costumbres del país, costumbres que probablemente las personas habituadas al sistema de las cortes de justicia de Europa no aprobarían, pero estábamos en sus manos. Nuestros competidores fueron igualmente inescrupulosos y se pagaban de un lado y de otro. Tuvimos que combatir dinero con dinero y logramos postergar la concesión del ferrocarril de Chucumata y obtener posteriormente su completo retiro, lo que considero una gran victoria”²⁴¹.

“Muy altos honorarios fueron pagados al sr. Z. y ocasionalmente a otros abogados para que lo ayudaran. Personas influyentes, en muchos casos abogados, recibieron trabajos en conexión con estos asuntos, principalmente con el pro-

pósito de asegurar su buena voluntad y con el objeto de reaccionar en cierto modo contra la mala voluntad que universalmente prevalece en Chile contra los ferrocarriles salitreros”²⁴².

“Todos esos pagos eran desembolsos hechos con el objeto de procurar evitar competencia que temíamos se hiciera a la compañía. Ud. recordará que este ferrocarril siempre creyó ser dueño de un privilegio y el coronel North, por un buen número de años, nos hizo creer que el gobierno chileno era un gobierno tan recto como el gobierno inglés, y que los chilenos eran los ingleses del Pacífico. Pero no parece que lo sean y todo parece que estos desembolsos se han hecho, supongo, que con el propósito de procurar mantener a flote nuestro privilegio. Dinero perdido”. Luego, ante la pregunta sobre si dichos fondos eran usados para cohechar funcionarios públicos, responde que “No puedo asegurarlo, diría que a funcionarios del ferrocarril no, pero más bien a funcionarios del gobierno”²⁴³.

En vez de enfrentar el problema, la sociedad chilena prefirió esconder la cabeza en la arena. Parte del discurso público pasó por hacerse las víctimas de quienes serían los verdaderos corruptos, los ingleses. Se defendió la santidad de las instituciones nacionales y se trajo como prueba de ello el hecho que la Nitrate Railways hubiese perdido en todas las instancias, políticas y judiciales. El siguiente artículo publicado en *El Ferrocarril* de fecha 15 de febrero de 1898 muestra la actitud asumida frente a la investigación inglesa y sus conclusiones:

El abogado y los agentes de aquella compañía declaran que invariablemente perdieron todos los juicios ante los Tribunales, que el Con-

241 *Ibidem*.

242 *El Ferrocarril*, 12 de febrero de 1898.

243 *El Ferrocarril*, 10 de febrero de 1898.

greso rechazó todas sus pretensiones de monopolio, que el gobierno le tuvo constantemente mala voluntad a esta compañía cuyo pretendido monopolio fue declarado fenecido por el Consejo de Estado mediante la integérrima firmeza de los presidentes Santa María y Balmaceda para entablarle competencia a la Corte Suprema y evitar que el monopolio se hiciera efectivo con el solo hecho de eternizar los juicios ante los Tribunales... Lo que aquí aparece es que la corrupción no está en la administración pública de Chile, sino en los directores industriales que fracasan en sus intentos de corromperla para hacer negocios inmorales. Nadie tiene en Chile que corromper conciencias para que se le respete su derecho²⁴⁴.

Aunque las confesiones de los directores no eran necesariamente veraces, ni en todo ni en parte, por supuesto que la derrota de la Nitrate Railways no significaba mucho. Como prueba Gary Becker, el resultado que pueden obtener los grupos de interés depende de la presión *relativa* –y de la eficacia también *relativa*– de cada uno de los grupos respecto al otro. De modo que el hecho que un grupo pierda no significa que no presionó, sino que fue menos efectivo que su competencia. Y como vimos, Campbell, Outram y Cía. y su grupo de políticos fueron, a final de cuentas, más efectivos que la Nitrate Railways y su equipo, sin

perjuicio del éxito que cabe atribuirle a este último por haber podido mantener el statu quo en favor de la compañía por un número considerable de años.

CONCLUSIONES

Tanto la figura de Balmaceda como la Guerra Civil de 1891 son eventos históricos que deben analizarse en el marco y lógica de la era del salitre (1880-1930). El Estado y la política chilena antes y después de la incorporación de las provincias salitreras son dos mundos distintos. Después de la Guerra del Pacífico, producto del ascenso del salitre y del descenso de la plata y del cobre, Chile pasó a ser un Estado rico, y rico sin un sacrificio especial de parte de sus propios nacionales. La clave del período 1880-1930 es, a nuestro juicio, la lucha entre los distintos grupos de interés –todos miembros de la elite chilena– en torno a cómo repartirse el “botín” proveniente de los impuestos a la exportación del salitre. El enfrentamiento de los modelos *portaliano* y parlamentario en 1891 no fue meramente académico –como se pregunta Valdés Carrera en la cita que abre este trabajo– sino que se trató de un choque potenciado a una escala hasta entonces desconocida por la riqueza del salitre²⁴⁵.

244 Contrátese este artículo con el publicado en el mismo diario casi 15 años antes, el 7 de octubre de 1884, bajo el título “La Moralidad de los Hombres Públicos”. En él, el periodista se quejaba que el “oro corruptor de las grandes empresas esta derramado en Santiago con una profusión deslumbradora i que antes de ahora era completamente desconocida entre nosotros. Para arribar al resultado que se proponen, se adopta el sistema de interesar en favor de los proyectos cuya realizacion se persigue al mayor número posible de persona influyentes; i es al campo de la politica al que se acude cuando el conocimiento de estos negocios pende ante el gobierno”. Asimismo, atacaba el uso de honorarios excesivos que “dadas estas circunstancias, se satisface a los patrocinantes, no significan en realidad la justa i equitativa retribución de servicios importantes que se prestan, sino que autorizan para suponer que con ellos se trata de mover las influencias políticas de que disponga la persona cuyos servicios se solicitan”. Respecto a Tarapacá, decía que “hoi no es un misterio para nadie que la representacion en los asuntos particulares que se llaman administrativos i que vienen del norte, constituye el más lucrativo ejercicio de la profesion de abogado, i que es muy reducido el circulo de aquellos cuya cooperacion es buscada a este objeto”.

245 Como testigo de la época, en 1911, FRANCISCO ANTONIO ENCINA, *Nuestra inferioridad económica. Sus causas, sus consecuencias*, Editorial Universitaria, Santiago, Chile, 4ª Ed., 1978, p. 127, señalaba que “De este cambio en la situación fiscal ha tomado pie una teoría, aceptada hasta hoy sin contradicción por la unanimidad de nuestros intelectuales, que explica por el desequilibrio entre la riqueza fiscal y la fortuna privada, las perturbaciones morales que el alma chilena ha experimentado en los últimos años”. Más adelante, aunque insatisfecho desde su perspectiva “sociológica”, pp. 130-131, dejaba constancia de lo siguiente: “Se comprende que un impuesto percibido en una

Parece indispensable aprovechar los espectaculares avances de la ciencia política positiva para estudiar a fondo el sistema político chileno durante la *república parlamentaria*. En efecto, el parlamentarismo, la *comuna autónoma* y el nuevo sistema electoral deben haber formado parte de un mecanismo orientado a repartir los fondos fiscales de manera satisfactoria entre los miembros de la elite, o en todo caso, en forma más conveniente a aquella que determinasen o pudiesen seguir determinando en el futuro eventuales presidentes portalianos del estilo de José Manuel Balmaceda. Manuel Montt pudo sobreponerse a las frondas en 1851 y 1859, pero Balmaceda no pudo en 1891 porque había demasiados recursos en juego²⁴⁶. En síntesis, creemos que sólo un estudio pormenorizado de los ganadores de la crisis de 1891 y del esquema político del reparto de las rentas fiscales puede arrojar nueva luz sobre el conflicto de 1891 y sus participantes²⁴⁷.

Por el momento, podemos afirmar que el estudio de un hecho aislado como lo fue el conflicto de la Nitrate Railways es consistente

con lo recientemente señalado. Creemos haber demostrado que fue una controversia de naturaleza político-económica entre distintos grupos de interés, incluyendo chilenos y extranjeros, y esencialmente protagonizado por empresarios ingleses asistidos por políticos chilenos. Por ello, los estudios que pretenden mostrar a Balmaceda como un héroe nacionalista luchando contra el imperialismo inglés—interpretaciones que, por lo demás, ya han sido descartadas hace un buen tiempo—son confirmadas aquí como esencialmente incorrectas. Incluso versiones más sofisticadas y atractivas como las de Maurice Zeitlin²⁴⁸, donde se presenta a dos bandos intra-elite—los hombres del cobre y de la plata contra los hombres del salitre—tampoco resultan aplicables al caso de la Nitrate Railways. Insistimos: sólo un estudio detallado y exhaustivo en torno a los intereses personales y familiares de los miembros de elite y su beneficio del aparato estatal a lo largo de la república parlamentaria podrá permitir, en retrospectiva, entender mejor las fuerzas en pugna.

Continuación nota 245

forma que no sólo no duele a la gran masa de la nación, sino que, todavía, aleja de las clases dirigentes hasta la más remota idea de gravamen, como ocurre con el que pesa sobre la exportación del salitre, sea un estímulo a la prodigalidad fiscal y un incentivo para el desarrollo de la empleomanía". En otra cita interesante, p. 202, afirmaba que "Abandonamos la explotación [de salitre] al extranjero, y nos limitamos a suministrar los brazos —a la sazón relativamente abundantes, a causa de la debilidad del desarrollo agrícola— y a cobrar un impuesto que nos ha permitido construir algunos ferrocarriles, puentes y palacios y alimentar una nube de parásitos, sin gravar las demás industrias".

246 ALFREDO JOCELYN-HOLT en "La crisis de 1891: civilización moderna versus modernidad desenfrenada", en LUIS ORTEGA (Ed.), *La Guerra Civil de 1891. 100 años hoy*, Universidad de Santiago de Chile, Santiago, Chile, 1991, pp. 30 y ss. afirma que Balmaceda no pudo "convencer" a la elite de su programa, y que la elite se equivocó al no seguirlo. Por el contrario, desde la perspectiva de los intereses de la elite, nosotros creemos que los vencedores de 1891 no se equivocaron al elegir administrar el rico Estado del salitre bajo un sistema anti-presidencial ("parlamentario"), y que por lo mismo, Balmaceda no tenía opción alguna de "convencer" a la elite.

247 Una aclaración: creemos que es el período parlamentario el que permitirá comprender mejor la Guerra Civil y no al revés, porque como aclara MONTEÓN, *supra* nota 134, p. 87, la Guerra Civil no tuvo prácticamente ningún impacto en la conformación de la elite social y política chilena.

248 Vid. ZEITLIN, *supra* nota 1, pp. 134-216. De hecho el propio Zeitlin muestra a Lauro Barros en sus cuadros, pero no lo representa como un hombre vinculado a la industria salitrera. Esto indica que un trabajo como el de Zeitlin requiere de la realización previa de muchos estudios pormenorizados de sectores o hechos singulares como el que hemos intentado en esta investigación. En contra de la tesis de Zeitlin, *vid.* MICHAEL MONTEÓN, *supra* nota 134, p. 86: "In contrast to Zeitlin, I do not believe that an incipient bourgeoisie and the economic order it might have created were destroyed. The upper class in Chile was not reshaped by the war. Balmaceda lacked support within substantial elements of the elite, and they did control many of the new sectors of the economy. Any plan for industry would have had to include enhanced state spending".

En definitiva, creemos no equivocarnos al afirmar que con el ferrocarril nacieron las regulaciones económicas y con ellas la política-económica que caracteriza la intervención pública en el mercado. Así como la gravedad curva el espacio en la teoría de relatividad de Einstein, la política también “curva” los eventuales fines de interés público que debiera tener toda normativa de derecho público. No formulamos aquí un juicio de valor, sino una mera observación descriptiva de la democracia. Por ello, el estudio de las regulaciones no puede ser reducido a los enfoques exclusivos de la dogmática jurídica o de la ciencia económica, sino que debe necesariamente valerse también del punto de vista aportado por la ciencia política.

Por ser uno de los primeros en su especie, el conflicto de la Nitrate Railways demuestra con una claridad espectacular la lucha política y económica que suelen dar las grandes compañías en los procesos regulatorios, cosa que no ha dejado de ocurrir desde entonces, no sólo en Chile, sino en todos los países del mundo. Los usuarios del ferrocarril, atrapados bajo el poder de mercado del monopolio legal de la Nitrate Railways, usaron su “voz” en el proceso político. Las palabras de Zegers citadas al principio de este trabajo demuestran que el conflicto fue esencialmente político y sólo secundariamente legal: el monopolio era “odioso” por la sencilla razón que los usuarios eran numéricamente más y, a la larga, más efectivos políticamente que la Nitrate Railways. Luego de diez años de intensa lucha política y judicial, Campbell, Outram y Cía. logró imponerse sobre la Nitrate Railways en 1890, y así lo hicieron también los demás productores de salitre en 1896, cuando la compañía perdió la casi totalidad de su poder monopólico.

Pero aparte de la mayor influencia política, el bando ganador también tuvo la “suerte” de que el conflicto mayor de la industria del salitre hiciera fuerza en su favor. Las combinaciones salitreras, que tantos malos ratos

dieron a Balmaceda y a los demás gobiernos de fines del siglo XIX –por las reducciones de impuestos a la exportación del salitre que causaban–, constituyeron el telón del fondo de la controversia de la Nitrate Railways. La consolidación de un monopolio de ferrocarriles integrado verticalmente con los más poderosos productores de salitre –i.e. un mismo enemigo con doble faz– determinó que los intereses fiscales se alinearan con los de Campbell, Outram y Cía. y de los demás productores en la lucha contra la Nitrate Railways. El conflicto de las combinaciones salitreras fue así una pieza crucial que explica el resultado final de la controversia de la Nitrate Railways.

Desde la perspectiva política, tal como ha quedado claro en este trabajo, la influencia y efectividad de los grupos de interés constituye un tema central en el estudio de las regulaciones económicas. Por cierto que hay diferencias cualitativas y cuantitativas entre distintas formas de influencia política, desde el financiamiento legítimo de campañas políticas hasta el cohecho, desde el lobby hasta la captura. En tal sentido, es indiscutible la importancia que tienen las normativas sobre probidad y transparencia para el sano funcionamiento de las democracias. Pero el vector político es omnipresente: los políticos no sólo son seres humanos con todas las debilidades propias de nuestra especie, sino que además necesitan ganar la siguiente elección y para ello necesitan votos y recursos. Ese es su negocio, a eso se dedican. Además, desde una visión normativa, el proceso político tiene que reflejar, de un modo u otro, las preferencias concretas de las personas que forman la base electoral del sistema.

Finalmente, volviendo a la controversia regulatoria mirada desde el punto de vista de la historia legal, cabe llamar la atención en estas conclusiones sobre la curiosa evolución del conflicto de los ferrocarriles en Chile. Apegados a la inviolabilidad de los contratos, no se aceptó entre nosotros –ni siquiera se discutió– la posibilidad de imponer regulación de pre-

cios, y ni siquiera se insinuó la idea de crear agencias reguladoras independientes que resolvieran los conflictos entre usuarios y proveedores desde una perspectiva del “interés público”. En cambio, el Estado se irguió como una parte contratante con poderes exorbitantes –autotutela declarativa y ejecutiva– y negó acceso a la revisión judicial de los actos dictados en ejercicio de dichos poderes especiales. El mensaje final era que todo el proceso regulatorio se definía en una negociación permanente entre los empresarios privados y el Gobierno, dominada por criterios políticos. En este sentido, desde una perspectiva institucional, Balmaceda –en su afán por afirmar los poderes centrales del Presidente de la República– asataba un duro golpe al Poder Judicial, golpe que tendería a repercutir profundamente en la historia de la revisión judicial en Chile. El conflicto fue así no sólo entre el Ejecutivo y el Congreso (partidos políticos), sino también entre el Ejecutivo y el Poder Judicial.

Esto contrasta con el desarrollo ocurrido en otros países, particularmente en Estados Unidos. En una síntesis muy general, en Estados Unidos, producto de la presión política de agricultores y comerciantes, se introdujo regulación de precios a los ferrocarriles. La Corte Suprema respaldó tal regulación de precios no obstante la existencia de contratos que pudieran proteger a las compañías –salvo provisión expresa de libertad de fijar tarifas–. Con el ferrocarril nacieron también las primeras agencias estatales (en sentido de no-federales), creadas a partir de los 1840s, y federales a partir de

la creación de la Interstate Commerce Commission (ICC), la primera agencia reguladora federal independiente establecida en 1887. A nivel de revisión judicial, si bien la Corte Suprema afirmó primero en 1877 –en los *Granger cases*, resueltos juntos con *Munn v. Illinois*– que la revisión de tarifas era un asunto exclusivamente de la competencia de los órganos políticos, más tarde, en 1886 –en los *Railroad Commission Cases*²⁴⁹–, modificó su criterio, aceptando la existencia de límites controlables desde la perspectiva del debido proceso (*substantive due process*). La idea básica era por cierto que no podía haber expropiación sin indemnización. Más tarde, en el famoso caso *Smyth v. Ames* (1898)²⁵⁰, la Corte se aventuró con mayor profundidad en fijar los criterios concretos para determinar la existencia de expropiación en regulación de precios.

Parece ser así que mientras nosotros terminábamos el siglo bajo las ideas de intangibilidad de los contratos y ausencia de revisión judicial, en Estados Unidos se debilitaba la máxima de la santidad de los contratos pero simultáneamente la Corte Suprema elaboraba sofisticados tests para determinar la existencia de expropiaciones encubiertas en el proceso regulatorio. Es necesario estudiar en términos concretos la evolución de las regulaciones económicas y de la revisión judicial en Chile a partir de 1895 para comprobar el real impacto de la controversia de la Nitrate Railways y del fuerte golpe de timón dado por Balmaceda en 1889. Es otra de las tareas pendientes para futuras investigaciones.

249 *Railroads Commission Cases*, 116 U.S. 307-352 (1886). Ver CORTNER, supra nota 21, pp. 11-16.

250 *Smyth v. Ames*, 169 U.S. 466 (1898).