REPUBLICA DE CHILE
COMISION RESOLUTIVA

RESOLUCION N° 667 /

Santiago, treinta de octubre de dos mil dos.

VISTOS:

1.- Con fecha 25 de enero de 1999, se interpone por parte de los abogados señores **Ramón Briones Espinosa** y **Hernán Bosselin Correa** una denuncia en la cual señalan que la sociedad española Endesa S.A., en adelante también denominada **Endesa España**, del giro eléctrico, ha anunciado que desarrollará un proceso de toma de control la una sociedad chilena Enersis S.A., también denominada **Enersis**. Que a través de su organización empresarial, Enersis posee el control de compañías con intereses en el Sistema Interconectado Central (SIC), en agua potable y obras públicas concesionadas, entre otras actividades.

Añaden que la empresa ha señalado en una notificación pública que, como condición previa para adquirir el 32% de acciones de Enersis, pretende modificar el monto mínimo que está permitido acceder en participación a un grupo empresarial en la sociedad, límite que tiene su origen en el interés de conservar en dicha sociedad un grado de dispersión de la propiedad por razones de orden público económico, ya que en ella invierten las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP), que administran capital previsional de millones de chilenos.

Indican que el aumento de concentración accionaria de Enersis tiene evidentes consecuencias para el orden público chileno y establece una condicionante que afecta a varios sectores económicos.

Señalan que no resulta intrascendente que los principales accionistas de Endesa España sean dos bancos con operación directa en Chile, el Santander y el Central Hispano, éste último parte del grupo controlador del Banco Santiago.

En cuanto a la intervención de las AFP en esta operación, éstas no pueden acceder al control de las sociedades involucradas y no pueden participar de un decisión vinculada a una venta accionaria en forma conjunta. Luego, la situación de estas empresas resulta agraviada por esta operación. Agregan otras argumentaciones en este sentido, las que objetan la operación de toma de control respecto de Enersis por medio de una oferta pública de acciones.

COMISION RESOLUTIVA ☆ SECRETARIA ☆ DEFENSA

ES COPIA DEL ORIGINAL

En cuanto a la legislación vigente, expresan que no existiendo ley que regule estas ofertas públicas el acto debe ser analizado a la luz de la totalidad de la legislación chilena, considerando que se busca obtener un control de carácter dominante en el sector eléctrico y con posibilidad de extenderlo al sector de los servicios sanitarios.

Añaden que esta Comisión Resolutiva ha conocido y emitido fallos sobre la integración vertical en el sector eléctrico en 1992 y en 1997 y, en el caso sublite, la mencionada integración en el sector eléctrico queda subsumida dentro de una operación de mayor alcance y proyecciones y que afecta al sector bancario y sanitario, los que pasarían a ser controlados totalmente por un accionista extranjero que no tendrá contrapesos y que, además, pretende usar la infraestructura nacional para la base de sus operaciones en el exterior.

Agregan que esta tentativa monopólica debe ser analizada en profundidad dada la gravedad de los hechos toda vez que si bien el oferente paga un mejor precio que el existente hoy día en bolsa, no es menos cierto que ella misma y a través de su filial chilena Elesur S.A., en adelante también **Elesur**, ha provocado en parte la caída bursátil de las acciones eléctricas chilenas por la llamada operación del siglo que provocó una pérdida de confianza en el mercado.

Solicitan tener por interpuesta la denuncia en contra de Endesa España y sus filial chilena Elesur y declarar, en definitiva, que los actos de toma de control denunciados son contrarios a la legislación antimonopolios chilena, por configurar sus objetivos finales un cartel económico que al abarcar tal número de áreas económicas, quedando todas en una sola mano, se constituye en una concentración que tenderá al abuso de su posición dominante.

2.- A fs. 12 esta Comisión Resolutiva ordena pasar los antecedentes de la denuncia a la Fiscalía Nacional Económica para que se sirva informar sobre la materia.

3.- A fs. 22 se evacua el informe por parte de la Fiscalía Nacional Económica, mediante oficio N° 160, de fecha 20 de abril de 1999.

La Fiscalía aborda los fundamentos de la denuncia en cuanto al aumento de participación accionaria en Enersis, como también los antecedentes recopilados en su investigación que se refieren a la oferta pública lanzada por Enersis para aumentar su participación en la generadora Empresa Nacional de Electricidad S.A., en adelante también denominada **Endesa**. Esta operación fue también materia de una nueva presentación de los

COMISION RESOLUTIVA SECRETARIA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

ES COPIA DEL ORIGINAL

denunciantes, en donde solicitaron se decretara una medida precautoria a fin de impedir el aumento de la participación de Enersis en Endesa.

3.1.- El informe presenta los siguientes antecedentes respecto de la operación de oferta de adquisición de acciones de Endesa:

La participación, a la fecha del informe, de diversos accionistas en Endesa, es la siguiente:

AFPs	:	27,40%
ENERSIS	:	25,28%
ADRs	:	13,17%
GRUPO MATTE	:	2,43%
OTROS	:	31,72%

Los dos ofertas de adquisición de acciones que se encontraban vigentes eran:

(1) DUKE ENERGY CORPORATION (Duke Energy Co.), la que por medio de Duke Energy International Llc., pretende obtener el control de hasta un 65% del capital accionario de Endesa, fijando como precio $275 pesos por acción;

(2) ENDESA S.A. de España (Endesa España), a través de Enersis y otros sociedades filiales pretendía incrementar su participación mediante la compra de hasta un máximo de un 34,7% del capital accionario de Endesa, a un precio de $360 por acción, lo que unido a su participación original de 25,28%, le permitiría acceder a casi el 60% de la propiedad.

3.2.- La Fiscalía, en cuanto a la denuncia original en relación a la toma de control de Enersis por parte de Endesa España, a través de su filial Elesur, considera que no ha podido concluirse que este proceso constituya una infracción a las normas sobre libre competencia, en virtud de las siguientes argumentaciones:

3.2.1.- Que al efectuarse la denuncia la propiedad de casi un 32% de Enersis ya le permitía a Endesa España ser el principal accionista de la compañía y mantener un control precario, el que estaba condicionado a los acuerdos que pudiera alcanzar con otros inversionistas minoritarios, especialmente las AFP. Al concretarse la adquisición de acciones a terceros, luego que la Junta de Accionistas de Enersis autorizara un incremento de hasta el 65% del límite máximo de concentración, el inversionista español ha logrado su proposición original de obtener el control de la gestión de la misma, mediante una participación en el 64% del capital social de Enersis.

ES COPIA DEL ORIGINAL

3.2.2.- Que la toma de control total de Enersis por parte de Endesa España modifica la propiedad del holding nacional pero no altera mayormente la estructura del mercado eléctrico en aquellos aspectos que pudieren afectar negativamente el régimen de competencia, como lo son la concentración de la industria de generación o el nivel de integración vertical entre las actividades de generación, transmisión y distribución. Tampoco modifica mayormente la estructura de otros mercados donde Enersis tiene una participación relevante, tales como el sector sanitario e inmobiliario.

3.2.3.- Que no está acreditado que los mecanismos utilizados por Endesa España para adquirir acciones de Enersis pertenecientes a terceros, haya constituido una infracción a la libre competencia. Es efectivo que nuestro país carece de una adecuada regulación sobre la materia, sin embargo, ello no justifica impedir la realización de operaciones de mercado abierto como lo son las ofertas públicas de adquisición de acciones, las que en todo caso son fiscalizadas por la Superintendencia de Valores y Seguros.

En resumen, sugiere a esta Comisión desechar, en parte, la denuncia interpuesta declarando que la toma de control de Enersis por parte de Endesa España, ya producida a la fecha, no sería contraria a la legislación de defensa de la competencia.

3.3.- Que en otro orden de materias, en relación a la presentación efectuada por los denunciantes respecto a la toma de control de Endesa, estima, en cambio, y con el objeto de preservar adecuadamente la libre competencia en los mercados involucrados, que esta Comisión se avoque al conocimiento del asunto, como asimismo acoja la medida precautoria de suspender las ofertas de adquisición de acciones u ofertas públicas de acciones en remate de Endesa, por las siguientes razones:

3.3.1.- Existe variada información pública de que al menos dos inversionistas extranjeros Duke Energy Co. y Endesa S.A. de España, pretenden obtener el control de Endesa, mediante ofertas de adquisición de acciones en remate público, que les permita acceder a más del 51% de la propiedad de esa compañía.

Que en el caso de Duke Energy Co., esta empresa está desarrollando un proceso de adquisición de acciones tendientes a controlar hasta un 65% de la propiedad de Endesa y por otro lado Endesa España, a través de Enersis, esta desarrollando un proceso paralelo destinado a incrementar su participación en Endesa S.A hasta un 60%.

ES COPIA DEL ORIGINAL

3.3.2.- Que de concretarse la toma de control de la propiedad de Endesa por parte de cualquiera de los dos inversionistas, no solo se estará modificando la composición accionaria de la principal empresa generadora del país, sino que también se está alterando el régimen de competencia de un mercado que actualmente presenta un alto índice de concentración e integración vertical.

Endesa tiene una participación de un 55% de la capacidad de generación del SIC, el que representa alrededor de un 80% del consumo eléctrico nacional y adicionalmente es propietaria de un 99,99% de Transelec, empresa que administra las principales líneas de alta tensión y unidades de transformación en el SIC. Por otra parte, Enersis es propietaria de aproximadamente un 75% de Chilectra y 90% de Río Maipo, las cuales representan alrededor del 50% de las ventas de las empresas distribuidoras del SIC y finalmente, es dueña de casi un 26% de Endesa.

3.3.3.- Que en el caso de que Duke Energy Co. se adjudicara el control de Endesa se acrecentarán los problemas de concentración en el mercado de la generación, por cuanto tiene vinculación estratégica con Gener S.A., la principal competidora de Endesa en el SIC, y dicha vinculación se refleja en la participación conjunta de Duke Energy Co. y Gener S.A. en proyectos de inversión tanto en Chile como en el extranjero. Y así, de mantenerse la vinculación estratégica y adjudicarse a Duke Energy Co. el control de Endesa, se verificará una infracción a las normas de libre competencia por cuanto existe una integración horizontal con evidentes características monopólicas entre dos empresas que conjuntamente producen el 79% de la generación del SIC.

3.3.4.- Que, por otro lado, si Endesa España se adjudicara el control absoluto de Endesa se incrementará brutalmente el grado de integración vertical en el SIC, pues pasaría a dominar sin contrapesos los principales activos de generación, transmisión y distribución del SIC, ya que a través de la propiedad de un 60% de su filial Endesa, Enersis controlaría absolutamente el 55% de la capacidad de generación del SIC, el 50% del mercado de distribución y el 100%, 73% y 70% de las líneas de transmisión de alta tensión de 500 Kv, 220 Kv y 154 Kv, respectivamente, lo que constituiría una clara contravención a las normas de la libre competencia, por cuanto un solo inversionista pasaría a monopolizar un mercado cuyo marco regulatorio establecido por el Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de 1982, del Ministerio de Minería, supone la separación de actividades de generación, transmisión y distribución.

Esta situación afectaría negativamente a los competidores actuales y potenciales de Endesa por cuanto verían limitado su acceso a contratos de abastecimiento con las distribuidoras

SECRETARIA ... DEFENSA ... COMPETENCIA

ES COPIA DEL ORIGINAL

relacionadas y con los clientes libres ubicados en las zonas de distribución de aquellas. Igualmente, la operación acentuaría la integración horizontal que ya se observa en los mercados eléctricos, de agua potable, inmobiliario y otros.

3.3.5.- La Fiscalía hace referencia a diversas sentencias de los Comisiones Antimonopolios y la Corte Suprema que inciden sobre la materia, que revelarían la constante preocupación por esta mercado. Entre otros fallos, son citados los siguientes: Resoluciones N° s 368, 372, 399, 448 y 488 de esta Comisión Resolutiva; los Dictámenes N°s 722, 735, 874 y 977 de la Comisión Preventiva Central. Además, se expone latamente sobre decisiones de la Excma. Corte Suprema sobre la materia, en especial, el fallo de fecha 10 de septiembre de 1992, recaído en el recurso de queja interpuesto por el señor Fiscal Nacional Económico en contra de la Resolución N° 372.

3.3.6.- Otros argumentos que se presentan por la Fiscalía, aluden a las siguientes materias: los principios rectores de los procesos de privatización llevados a cabo por el Gobierno; las consideraciones del legislador al momento de estatuirse el Decreto Ley N° 211; y las declaraciones de prensa de personeros vinculados a Enersis, en relación con la operación de oferta pública de acciones de Endesa.

Adicionalmente, la Fiscalía manifiesta aprensiones respecto de la omisión de los gestores de la operación cuestionada de consultar, en forma voluntaria, la operación y de poner en conocimiento de los Organismos Antimonopolios sus características. El argumento central de este predicamento es que la Resolución N° 488, no constituye una autorización para incrementar la integración vertical en el sector eléctrico, en los términos que ahora se pretende por esta operación en cuestión.

Por último, entre otras argumentaciones, la Fiscalía presenta consideraciones relativas a los valores de control ofrecidos por ambas empresas que compiten por el control.

3.3.7.- En conclusión, en opinión de la Fiscalía Nacional Económica, la toma de control de Endesa por parte de Enersis, en las actuales condiciones de mercado, constituirá un hecho que tiende a impedir la libre competencia en el mercado eléctrico e importaría una infracción a las normas del Decreto Ley N° 211, toda vez que dicha acción produciría un incremento sustancial de la integración vertical en dicho mercado.

Asimismo, la toma de control de Endesa por parte de Duke Energy Co., en las actuales condiciones en que participa en la generación del SIC, conjuntamente con Gener a través de

SECRETARIA

ES COPIA DEL ORIGINAL

la Sociedad Eléctrica Santiago, incrementará la integración horizontal, a menos que venda su participación en la mencionada empresa.

Solicita la Fiscalía Nacional Económica que esta Comisión, en el ejercicio de las atribuciones privativas que le conceden los artículos 17 y 18 del Decreto Ley N° 211, se avoque de oficio al conocimiento de los hechos materia de la denuncia, a fin de pronunciarse sobre la licitud o ilicitud de las ofertas de adquisición de acciones de Endesa y sobre la consiguiente toma de control de ella por parte de Enersis y de Duke Energy Co.

Asimismo, pide que se acceda a la medida cautelar solicitada por los denunciantes, consistente en suspender las ofertas públicas de acciones en remate o por cualquier otra vía de la Empresa Nacional de Electricidad S.A. que llevan a cabo las empresas Enersis y Duke Energy Co., sea en forma directa o por interpósita persona o a través de personas naturales o sociedades relacionadas, coligadas, filiales o controladas por aquellas.

4.- A fs. 59, luego de conocer el informe de la Fiscalía Nacional Económica, esta Comisión resuelve investigar de oficio si un posible aumento del capital accionario que Enersis, sea en forma directa o indirecta, llegare a tener en Endesa, como asimismo, si la adquisición de acciones de esta empresa por Duke Energy International, directa o indirectamente, podrían constituir un atentado a la libre competencia, confiriendo traslado a los afectados.

5.- A fs. 124 la Fiscalía Nacional Económica formula requerimiento en contra de la sociedad anónima abierta Enersis S.A. y señala en el capítulo denominado "CONDUCTA OBJETO DEL REQUERIMIENTO: CONTROL TOTAL DE ENDESA CHILE POR ENERSIS", que de concretarse la toma de control de la propiedad de Endesa por parte de Enersis, no solo se estará modificando sustancialmente la composición accionaria de la principal empresa generadora, sino que también se estará alterando el régimen de competencia de un mercado que presenta una alto índice de concentración e integración vertical.

En esta parte el requerimiento, a modo de consideraciones y de enumeración de antecedentes de hecho y de derecho, retoma las argumentaciones expuestas en su informe descrito en el visto tercero precedente, y adicionalmente se explaya sobre otras materias a fin de reforzar su acción:

5.1.- Que la oferta de Enersis incluye los beneficios ilegítimos asociados al hecho de alcanzar un nivel de integración vertical que restringe severamente la competencia en el SIC. En efecto, el hecho de que el valor ofrecido por el control de Endesa supera en 140%

ES COPIA DEL ORIGINAL

el valor de las transacciones normales de estas acciones en bolsa, solamente podría explicarse por las ganancias que obtendrá al monopolizar un mercado. Que estas transacciones no involucran ningún incremento en la capacidad instalada del SIC.

5.2.- El resultado de incorporar a Endesa a un conglomerado internacional, es el peligro de que puedan adoptarse decisiones que privilegian motivaciones por entero diversas a la inversión, desarrollo y crecimiento del sector eléctrico, para centrar el énfasis en el desarrollo de otras actividades dentro del territorio o en otras latitudes.

El peligro de la conglomeración también se manifiesta en evidentes asimetrías de información con el consiguiente riesgo de efectividad de las normas regulatorias. La sola posición de Endesa al margen de sus controladoras o matrices ha significado en los últimos diez años una efectiva y real barrera de ingreso a nuevos generadores en el SIC, lo que se ve agravado por el hecho de ser el mayor poseedor de derechos de agua, lo que constituye una barrera de entrada.

Exista la posibilidad que se generen transacciones entre partes relacionadas que impliquen el desvío, subsidios cruzados o remesas encubiertas de utilidades desde el negocio regulado a uno regulado en forma beneficiosa o simplemente no regulado.

La competencia que se manifiesta en el mercado por el control corporativo, radica en la rivalidad que se da por el control o la administración de las compañías por medio de adquisiciones. La operación que se objeta precluye esta importante fuente de competencia o la hace impracticable.

5.3.- Finalmente, solicita tener por interpuesto requerimiento en contra de la empresa Enersis, acogerlo en todas sus partes, declarando que la toma de control de Endesa S.A. por parte de Enersis, directamente o por interpósita persona natural o jurídica, mediante la compra en remate o por cualquier otra vía del 34.7% de sus acciones, lo que unido a la tenencia actual del 25,28% le otorga el control de más del 60% del capital social, constituye una conducta contraria a la libre competencia en el mercado eléctrico que transgrede los artículos 1°, 2°, y 6° del Decreto Ley N° 211, y solicita que se adopten algunas de las siguientes medidas:

a) Que se sancione a la empresa Enersis con el máximo de la multa establecida en el artículo 17, letra a), N° 4, del Decreto Ley N° 211, equivalente a 10.000 Unidades Tributarias, por no haber requerido un pronunciamiento previo de los organismos de defensa de la competencia que la hubiere autorizado para intentar obtener por vía de una

ES COPIA DEL ORIGINAL

oferta pública de adquisición de acciones el control absoluto de la sociedad Endesa, no obstante existir reiterados pronunciamientos sobre la materia que cuestionan el alto grado de concentración económica y profundización de la integración vertical en el sector eléctrico, lo que hacia absolutamente necesario que tal operación fuese consultada por tratarse de un acto que puede alterar la libre competencia en los términos establecidos en la letra b) del artículo 8° en relación con el artículo 14 del Decreto Ley N° 211;

b) Que se prohiba el aumento de participación accionaria de Enersis en Endesa en cuanto exceda su actual participación de un 25,28% del capital social de ésta última;

c) Que en el evento que Enersis a la fecha de dictación de la sentencia definitiva haya adquirido un participación superior al 25,28 % de Endesa, se disponga la enajenación del exceso en el plazo que determine esta Comisión;

d) Que en el ejercicio de la facultad contenida en el artículo 17, letra b), del Decreto Ley N° 211, dicte instrucciones de carácter general y vinculantes destinadas a aumentar los niveles de competencia y transparencia en el desarrollo del mercado eléctrico consistentes en:

d.1.- que los procesos de auditoría que deban ejecutarse anualmente en relación a Enersis y Endesa, sean efectuados por empresas auditoras diferentes e independientes, sin vinculación de ninguna naturaleza entre ellas;

d.2.- que las empresas señaladas no podrán tener directores comunes, sean estos titulares o suplentes en sus respectivos directorios;

e) Que con el objeto de evitar que se produzcan situaciones similares a aquellas denunciadas en este requerimiento, en el ejercicio de la facultad contenida en el inciso cuarto del artículo 5°, en relación con la letra d) del inciso segundo del artículo 17 del Decreto Ley N° 211, requiera del Supremo Gobierno el envío a trámite legislativo de una modificación al régimen legal del sector eléctrico vigente, a fin de regular restrictivamente la integración vertical en el sector y la concentración económica excesiva en el control de las empresas que actúan en este sector.

f) Todas otras medidas o sanciones que estime procedente esta Comisión.

6.- A fs. 161 esta Comisión confiere traslado del requerimiento a Enersis.

COMISION RESOLUTIVA SECRETARIA DEFENSA LA LIBRE COMPETENCIA

ES COPIA DEL ORIGINAL

7.- A fs. 194 se hacen parte, en carácter de terceros coadyuvantes, como consta de la resolución de fs. 335, los H. Senadores Jorge Lavandero y Ricardo Nuñez, y los H. Diputados Isabel Allende, Laura Soto, Eugenio Tuma, Rodolfo Seguel, Aldo Cornejo, Waldo Mora, Manuel Bustos, Sergio Velasco, Gabriel Ascencio, Zarko Luksic, Edgardo Riveros, Jaime Mulet, Guillermo Ceroni, Patricio Walker, Víctor Reyes, Edmundo Villouta, Homero Gutiérrez, Francisco Encina, Pedro Muñoz, Enrique Jaramillo, Samuel Venegas, Adriana Muñoz y Carlos Abel Jarpa.

8.- A fs. 233 Elesur, empresa a quien se le tuvo como tercero coadyuvante, según resolución de fs. 351, contesta el traslado conferido y expone diversas argumentaciones para fundar sus conclusiones respecto de la acción emprendida por la Fiscalía Nacional Económica y la investigación de oficio iniciada por el Tribunal:

8.1.- Que el objeto de Endesa España siempre fue obtener el control del holding Enersis, que comprende a Endesa. Esta información fue proporcionada al público en general por medios de avisos que describieron las intenciones de esta empresa, tanto al adquirir el paquete accionario en 1997 respecto de Enersis, como también al anunciar su intención de incrementar el límite de concentración accionaria en esta misma empresa, en febrero de 1999. Esta intención, además, fue comunicada a las autoridades reguladoras.

8.2.- Que Enersis desde mediados del año 1996 tenía el carácter de matriz y de controladora de Endesa y la única diferencia es que tales caracteres ahora - producido el remate en Bolsa de las acciones - se dan por otras causales contempladas en los artículos 97 de la ley N° 18.045 sobre el Mercado de Valores y 86 de la ley N° 18.046 sobre Sociedades Anónimas. Y que jurídicamente la situación actual no es distinta de aquellas que conoció esta Comisión previamente y que culminó con la Resolución N° 488.

8.3.- Un capítulo de su contestación alude a las normas constitucionales y legales que amparan el ejercicio de su actividad, como asimismo hace referencia a jurisprudencia de los Tribunales de Justicia y del Tribunal Constitucional. Estas exposiciones hacen referencia a la interpretación del principio de reserva legal: solamente toca al legislador determinar el modo de usar, gozar y disponer de la propiedad, como asimismo las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social.

Estas consideraciones son expuestas por Elesur para sustentar como defensa de fondo que los Organismos Antimonopolios no podrían afectar con sus decisiones los atributos o facultades esenciales del dominio, sino solamente el desarrollo de la actividad misma (en este caso en el sector eléctrico), y en tanto cuanto se acredite que en el ejercicio del derecho

ES COPIA DEL ORIGINAL

de propiedad se incurrió en conductas concretas y probadas contrarias a la libre competencia.

8.4.- Presenta consideraciones sobre la concentración accionaria y la integración vertical, la forma en que se produce, cuándo surten efectos negativos sobre la competencia y las regulaciones internacionales sobre esta materia, como también la jurisprudencia sentada en otros países que han abordado estos problemas. Elesur describe el marco regulatorio chileno y en síntesis arguye que esta normativa impediría la realización de actos que atenten en contra de la libre competencia.

Las conclusiones de la contestación de Elesur son, en síntesis, las siguientes:

8.5.- Que el aumento de participación accionaria de Enersis en Endesa no atenta en contra de la libre competencia ya que la propiedad común de la generación y distribución bajo unos mismos accionistas sólo es impugnable en cuanto dé lugar a ejercicios de poder de mercado que distorsionen las condiciones de competencia o limiten la transparencia de la información.

8.6.- Que al adjudicarse los contratos de abastecimiento de electricidad mediante licitación pública, la empresa distribuidora que licita no tiene posibilidad de favorecer a una generadora ni obtiene ventajas ni perjudica en nada los intereses de los consumidores si contrata con algún generador o con cualquier otro. Tampoco existe alguna ventaja en las licitaciones por tener accionistas comunes con una distribuidora, porque éstas son públicas y transparentes y el precio de nudo está determinado por la autoridad sectorial.

8.7.- Que la reglamentación actual, junto con la implantación de la licitación de los contratos de abastecimiento, garantizan la libre entrada de competidores.

La participación de Enersis en las distintas actividades del mercado eléctrico nacional, de generación, distribución y transmisión se realiza a través de personas jurídicas distintas, con personalidad y patrimonios propios, sociedades abiertas, salvo el caso de Transelec que es cerrada pero sometida a las normas de las anónimas abiertas.

Además, este marco regulatorio no puede eludirse por la sola circunstancia de poseer un controlador común o que en el caso de Endesa se aumente la participación accionaria de Enersis. Tanto en las áreas de generación como de transmisión y distribución, el sistema de precios y tarifas es regulado y en su fijación participa activa y determinadamente la

ES COPIA DEL ORIGINAL

autoridad sectorial, lo cual es un elemento adicional que impide la ejecución de actos contrarios a la libre competencia.

8.8.- Que la misma materia a que se refieren estos autos ya fue tratada y resuelta por esta Comisión Resolutiva en la Resolución N° 488, negándose lugar a la desintegración y desconcentración del sistema eléctrico en lo que se refiere a las empresas del Grupo Enersis.

8.9.- Que en lo que toca al mercado eléctrico la situación ha mejorado desde el punto de vista de la competencia ya que han ingresado nuevos actores distintos de Endesa y en cuanto a la distribución, la propia autoridad en el Reglamento de la Ley General de Servicios Eléctricos estableció la obligatoriedad para las distribuidoras de licitar la contratación de potencia.

Finalmente, solicita tener por contestado el auto cabeza de proceso y resolver nuevamente que el aumento de participación accionaria de Enersis en Endesa no constituye un acto contrario a la libre competencia y, adicionalmente, rechazar el requerimiento.

9.- A fs. 290 Enersis contesta el auto cabeza de proceso y asimismo, en forma subsidiaria, el requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica e indica:

En cuanto al auto cabeza de proceso:

9.1.- Que la Resolución que esta Comisión dictó para iniciar una investigación se refería a que si la compra y adquisición de nuevas acciones de Endesa por Enersis podría constituir un atentado a la libre competencia. Las vinculaciones entre Enersis y Endesa no constituyen un atentado a la libre competencia en el mercado nacional de energía que abastece al Sistema Interconectado Central, ya que éste es más competitivo que antes, al haber ingresado a él nuevas plantas generadoras que son propiedad de diferentes empresas y se ha producido la diversificación de las fuentes de energía que utilizan muchas de esas nuevas plantas.

El auto cabeza de proceso no propone la adopción de ninguna medida específica que pudiera afectar a Enersis y señala que ello no procedería mientras no se reúnan antecedentes que pudieren constituir alguna conducta anticompetitiva; y que por ahora tampoco procede hacer valer la excepción de cosa juzgada respecto del auto cabeza de proceso ya que no contiene ningún reproche a Enersis S.A.

ES COPIA DEL ORIGINAL

Se refiere a continuación a dos Resoluciones anteriores de esta Comisión Resolutiva, a saber, la N° 372 y N° 488 en las cuales se rechazaron requerimientos de la Fiscalía Nacional Económica en contra de Enersis, y que ha sido esta Comisión la que ha declarado que las relaciones accionarias entre generación y distribución eléctrica por intermedio de Enersis no constituyen arbitrios que lesionen o tiendan a lesionar la libre competencia.

9.2.- A continuación la requerida se explaya sobre diversos tópicos, entre otros, el aumento de la competencia y la transmisión de energía en el SIC, concluyendo que tanto la transparencia como la competitividad han incrementado en el mercado eléctrico. Se refiere además a la importancia que las decisiones de esta Comisión le han dado a dichos temas, en especial al de la transparencia en el sector.

Explica que esta Comisión, luego de un estudio exhaustivo de todos los antecedentes, ha podido constatar que no ha habido ninguna conducta de Enersis o sus empresas relacionadas que pudiere haber constituido motivo de reproche por afectar negativamente la transparencia del mercado.

9.3.- Que, técnicamente, no se ha producido una integración vertical, ya que las empresas distribuidoras están independizadas de las generadoras. Las distribuidoras tienen la obligación de adquirir toda su energía a las generadoras con una tarifa máxima fijada por el regulador (el precio de nudo) y mediante convocatoria a propuesta pública a las empresas generadoras.

9.4.- Que desde 1996 y por aplicación de las normas del mercado de valores, Enersis ha sido controlador de Chilectra y de Endesa, teniendo en ambas influencia decisiva en la administración y gestión. Este era un hecho conocido al momento de la dictación de la Resolución N° 488. El aumento de participación a un porcentaje superior al 50% no es un hecho creador de control.

En definitiva, solicita tener por contestado el auto cabeza de proceso y declarar que el aumento de capital accionario que Enersis ha llegado a tener en Endesa no constituye un atentado a la libre competencia.

En cuanto al requerimiento del Fiscal Nacional Económico:

Enersis contesta el requerimiento en el mismo orden en que aparecen las peticiones de la Fiscalía Nacional Económica e indica, en síntesis, lo siguiente:

ES COPIA DEL ORIGINAL

9.5.- En cuanto a la petición de aplicación de una multa máxima de 10.000 Unidades Tributarias, señala que esta petición carece de causa jurídica, toda vez que toda multa o sanción debe tener como causa precisa el incumplimiento de una obligación y hay que tener presente que en el derecho chileno no existe la obligación de consultar ni de requerir un pronunciamiento previo de los organismos de la competencia o de los organismos de la administración pública para formular una oferta pública de adquisición de acciones (OPA).

Que por el contrario, la Resolución N° 125, de 13 de julio de 1982, señala que en ninguna disposición del Decreto Ley N° 211 aparece en forma clara tal exigencia de consulta; además de no existir presunciones serias y concordantes que abonen la pretensión del Fiscal sino más bien presunciones a favor de la requerida para no solicitarlo. Así, opone la excepción perentoria de inexistencia de causa jurídica de la multa cuya imposición se pretende, por no existir ley que imponga la obligación que se supone infringida.

En subsidio, opone las alegaciones o defensas consistentes en que no era necesario obtener pronunciamiento previo de la Comisión Preventiva Central por existir presunciones serias, precisas y concordantes sobre la licitud de la OPA.

9.6.- En cuanto a la petición segunda del requerimiento de prohibir el aumento de participación accionaria de Enersis en Endesa por sobre la participación del 25,28% del capital social, señala que se autorizó por resolución firme y ejecutoriada de 10 de mayo de 1999 - (Resolución N° 542) - el perfeccionamiento de la OPA por lo que esta petición carece de oportunidad; además de señalar que siempre careció de mérito y solicita se declare que no procede una decisión sobre esta petición segunda por haber perdido oportunidad. Y en subsidio, de estimarse que ésta decisión procede, tener por interpuesta la excepción de cosa juzgada y en subsidio de lo anterior, rechazarla por su absoluta improcedencia en derecho, ya que requiere de esta Comisión una decisión jurisdiccional que no tiene cabida en ninguno de los números 1 a 5 del artículo 17 del Decreto Ley N° 211.

9.7.- En cuanto a la decisión tercera del requerimiento, no es procedente que a Enersis se le ordene vender, total o parcialmente las acciones de Endesa compradas al perfeccionarse la OPA, por no constituir esta compra un atentado a la libre competencia. Esta petición no reconoce su origen en hechos comprobados y por el contrario ésta ha sido ya resuelta y obra a favor de Enersis la excepción perentoria de cosa juzgada, la que procede en los juicios regidos por la Ley de Defensa de la Competencia, y así por lo demás ha quedado establecido en la Resolución N° 488, consignando, a mayor abundamiento, que existen dos votos de minoría de este fallo que estuvieron por acoger dicha excepción.

SECRETARIA

ES COPIA DEL ORIGINAL

Añade que tanto en la causa decidida mediante Resolución N° 372, como la terminada por la Resolución N° 488 y asimismo en el actual proceso, existe la triple identidad a que se refiere el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil por lo que la excepción planteada es perfectamente oponible, a saber:

Identidad de personas: señala que la causa decidida por la Resolución N° 488 se inició por requerimiento del Fiscal Nacional, siendo requerida Enersis por lo que son idénticas las personas del requirente y requerido o demandante y demandado.

Identidad de cosa pedida, debiendo entenderse según la doctrina "el intento final que las partes tuvieron al proponer sus demandas por vías de acción o de excepción, en otros términos lo que fue materia de la discusión y de la decisión"; por ello la materia de discusión y de decisión ya en 1995 era exactamente igual a la solicitada en este procedimiento: se pidió que se declarare que no debe haber control de Enersis respecto de Endesa.

Identidad de causa de pedir, que conforme al artículo 177 del Código de Procedimiento Civil la causa de pedir es "el fundamento inmediato del derecho deducido en juicio" y en ambas causas el fundamento es el mismo, esto es, la tutela jurídica de la legislación de defensa de la competencia, y en consecuencia, concurriendo en la especie todos los requisitos de dicho artículo 177, solicita se acoja en definitiva la excepción perentoria de cosa juzgada que opone a la petición tercera del requerimiento.

En subsidio de lo anterior, y para el caso que ésta no sea acogida, la opone en el carácter de alegación o defensa, ya que han existido dos sentencias firmes en las cuales fueron parte la Fiscalía Nacional Económica y Enersis que decidieron que el control de Endesa por Enersis no constituye un atentado a la libre competencia.

9.8.- En cuanto a la petición cuarta del requerimiento señala que ésta es discriminatoria, ilegal e inconstitucional ya que se ha solicitado a esta Comisión que ejerza una atribución administrativa, de carácter normativo o regulatorio y no corresponde que se efectúa una petición de esta naturaleza en un proceso jurisdiccional. Tampoco se entiende la petición del Fiscal Nacional Económico en el sentido de dictar instrucciones generales que se refieran únicamente a dos personas en todo el territorio nacional y de acceder a ella, esta sería nula absolutamente y de derecho público por contravenir numerosas disposiciones constitucionales.

ES COPIA DEL ORIGINAL

9.9.- En cuanto a la petición quinta del requerimiento, relativa a requerir del Supremo Gobierno la dictación de normas a fin de regular la integración vertical en el sector eléctrico, solicita su rechazo toda vez que no se ha aportado ningún antecedente que lo justifique, petición que carece de causa razonable y suficiente.

9.10.- En cuanto a la petición sexta del requerimiento, que solicita la dictación por la Comisión de aquellas medidas o la aplicación de las sanciones que estime del caso, en ejercicio de sus atribuciones, ésta carece de fundamento toda vez que la Comisión Resolutiva no podría en la sentencia definitiva que dicte en estos autos, adoptar otras medidas de carácter jurisdiccional ni imponer otras sanciones que aquellas que hayan sido expresamente solicitadas en el requerimiento y por otro lado, no puede solicitarse la aplicación de sanciones respecto de las cuales no hay emplazamiento ni discusión ni prueba.

Solicita finalmente tener por contestado el requerimiento, por opuestas las excepciones, alegaciones y defensas y acogerlas en todas sus partes, declarando que se rechaza el requerimiento, con costas.

10.- A fs. 432 esta Comisión estimó que no habían hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos y ordenó traer los autos en relación.

11.- Tuvo lugar la vista de la causa, alegando los apoderados de las partes y quedaron los autos en estado de fallo.

CON LO RELACIONADO Y CONSIDERANDO:

EN CUANTO A LA EXCEPCION DE COSA JUZGADA ALEGADA POR ENERSIS S.A.

PRIMERO: Que al evacuar el traslado del requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica, Enersis opuso diversas excepciones las que serán resueltas al analizarse el fondo de la materia, salvo la de cosa juzgada ya que por su naturaleza es de previo y especial pronunciamiento;

SEGUNDO: Que se sostiene por la requerida que en la causa terminada por Resolución N° 372, de 2 de junio de 1992, luego en la fallada por la Resolución N° 488, de 11 de junio de 1997, y en la presente causa, existe la triple identidad del artículo 177 del Código de

SECRETARIA

ES COPIA DEL ORIGINAL

Procedimiento Civil, sin que la Comisión pueda pronunciarse sobre la materia que nos ocupa por estar ya resuelta y existir cosa juzgada. No se emitirá pronunciamiento sobre la existencia o no de la triple identidad entre la acción que derivó en la dictación de la Resolución N° 372 y la causa terminada mediante Resolución N° 488, por constituir una materia ya resuelta mediante esta última sentencia, limitándose a analizar la identidad que pudiera existir entre la causa Rol N° 460-94, Resolución N° 488, y la presente;

TERCERO: Que se debe reconocer la importancia de la institución de la cosa juzgada, ya que tiene por objeto dar seguridad jurídica a los litigantes, evitar la existencia de decisiones contradictorias o la renovación de acciones respecto de contiendas ya resueltas. Que sin desmedro de lo anterior, el efecto propio de las sentencias que este Tribunal emite debe asimilarse al de la cosa juzgada denominada formal. En efecto, como lo indica la Fiscalía Nacional Económica en su requerimiento, en los asuntos de índole económico, que atañen al orden público económico, en razón de la permanente movilidad de los mercados y sus variables condiciones de funcionamiento, no son aplicables los principios de inamovilidad y rigidez que se observan en las sentencias de carácter civil, sin que se pueda en consecuencia reconocer dicho efecto en carácter sustancial o de fondo, sino en carácter formal. La Fiscalía ha sostenido que la Excma. Corte Suprema ha validado este predicamento, como se desprende del fallo dictado en el recurso de queja interpuesto por ella respecto de la Resolución N° 372, de 2 de junio de 1992, que también se pronunció sobre conductas en el mercado eléctrico y que se cita más adelante en el motivo vigésimo segundo. En ese fallo el máximo Tribunal sostuvo que los organismos de defensa de la competencia debían "*junto con vigilar el comportamiento de las empresas involucradas* (Enersis y Endesa*), tendrán que adoptar oportunamente las medidas necesarias para asegurar y restablecer la transparencia en dicho mercado* (de la energía eléctrica)";

CUARTO: Que esta Comisión comparte lo expresado por el Fiscal, por cuanto se desprende de las funciones de los órganos encargados de la defensa de la competencia, que sus decisiones no obstan a la adopción de nuevas medidas o, incluso, al establecimiento de responsabilidades por actos contrarios a la competencia en materias en que ya ha existido un pronunciamiento y siempre en base a nuevos antecedentes que puedan proporcionarse. Por consiguiente, es procedente rechazar por estos argumentos la excepción de cosa juzgada, en los términos solicitados por la requerida, por no ser aplicable a la especie. Que sin desmedro de lo expresado, esta Comisión, para el evento que pudiere entenderse procedente la aplicación de este efecto de inamovilidad a esta clase de materias, se pronunciará sobre los argumentos expuestos;

QUINTO: Que sobre la identidad de personas, Enersis sostiene que existe tal identidad por cuanto ella fue parte requerida en los autos rol N° 460-94 y, asimismo, que en la presente también es sujeto del requerimiento aquí analizado. En esta parte, la Comisión no concuerda con lo alegado, puesto que si bien en la citada causa previa la Fiscalía Nacional Económica amplió su requerimiento, dirigiéndolo además en contra de Enersis, la acción original entablada se dirigió contra otras entidades distintas a la requerida, a saber Endesa S.A., Chilectra S.A. y Transelec S.A., variando en consecuencia los sujetos que fueron alcanzados por el requerimiento del Fiscal. Esta diferencia en los sujetos pasivos de la acción entablada hace improcedente tener por configurada la identidad de personas;

SEXTO: Que en lo que atañe a la identidad de cosa pedida, entre ambos procesos surgen divergencias de fondo que no permiten tener por sentado este requisito. En efecto, en la causa rol N° 460-94 la Fiscalía Nacional Económica interpuso un requerimiento que tenía por objeto lograr la desconcentración y la descentralización de las actividades de generación, transmisión y distribución de energía eléctrica en el Sistema Interconectado Central (SIC), mediante la creación de empresas con patrimonios independientes y administración separada. El fin, por consiguiente, era la transformación de una estructura de propiedad en el mercado eléctrico del SIC que abarcaba distintas entidades. Que por el contrario, en la especie, la petición central de la Fiscalía Nacional Económica pretende lograr que Enersis S.A. se desprenda de un participación accionaria específica en la Empresa Nacional de Electricidad S.A.. En efecto, la investigación de oficio iniciada y el requerimiento de la especie atañen en particular al aumento de participación accionaria del controlador, Enersis, en la empresa generadora;

SEPTIMO: Que en consecuencia, la acción deducida por la Fiscalía Nacional Económica tiene por finalidad obtener la adopción de medidas tendientes a restituir a un estado anterior - antes del remate de acciones de fecha 11 de mayo de 1999 y la posterior adquisición en los Estados Unidos de América - la situación de control accionario de Enersis en Endesa, lo que es sustancialmente diferente a pretender la desintegración de un sector. Por tales razones no se dará lugar a lo sostenido por la requerida en cuanto a la identidad de cosa pedida ya que las materias de discusión y de decisión son diametralmente distintas, no pudiendo equipararse en sus fundamentos y consecuencias jurídicas y económicas;

OCTAVO: Que, por consiguiente, al no existir identidad de personas ni de la cosa pedida, no se cumplen los requisitos copulativos del artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, debiendo rechazarse la excepción de cosa juzgada y proceder esta Comisión a analizar el fondo de la materia;

ES COPIA DEL ORIGINAL

EN CUANTO AL FONDO

NOVENO: Que la presente causa se formó luego que esta Comisión Resolutiva decidiera investigar de oficio si un posible aumento del capital accionario que la empresa Enersis, ya sea en forma directa o indirecta, llegare a tener en la empresa generadora de electricidad Endesa, como asimismo, si la adquisición de acciones de esta empresa por Duke Energy International, directa o indirectamente, podrían constituir un atentado a la libre competencia. Con posterioridad, el auto motivado que dio inicio a la causa fue limitado al excluirse de la investigación la empresa Duke Energy International, la que desechó continuar con su oferta de compra de acciones de la generadora. La decisión de formar causa se basó en el informe del señor Fiscal Nacional Económico que resumió las investigaciones realizadas con ocasión de las ofertas de adquisición de acciones comunicadas al público en general por Duke Energy International en el mes de febrero de 1999 y por Enersis en el mes de abril del mismo año, para la compra de acciones de Endesa, en el cual se formularon diversos reparos respecto de la participación en estos procesos de las empresas Enersis y Duke Energy International, los que se encuentran suficientemente detallados en los vistos del presente fallo. Este informe, además, desechó los fundamentos de la denuncia presentada por los señores Briones y Bosselin, la cual se centraba en el control de Endesa S.A. de España de la empresa Enersis, materia que de acuerdo a la Fiscalía no ameritaba ser investigada, por no constituir una situación que pudiera afectar la competencia;

DECIMO: Que luego de iniciarse la investigación, la Fiscalía Nacional Económica decidió interponer un requerimiento basado tanto en los hechos ya establecidos en el informe elevado a esta Comisión como también en otras consideraciones que serán revisadas a continuación;

UNDECIMO: Que son partes afectadas por la investigación iniciada las empresas Elesur, que también intervino en la oferta de compra de acciones de Endesa, y la propia Enersis, empresa que era titular de parte de las acciones de la generadora y que fue la principal oferente en la operación que motivó esta investigación. El requerimiento, por su parte, se dirigió directamente en contra de Enersis, por constituir ésta la empresa a la cual se le atribuyeron las conductas centrales objetadas. No se recibió la causa a prueba por estimar el Tribunal que las cuestiones debatidas se basaban en hechos acreditados en el proceso, sin que existieran hechos substanciales, pertinentes y controvertidos que probar, decisión que no fue impugnada por las partes;

COMISION RESOLUTIVA SECRETARIA FISCALIA DE DEFENSA

ES COPIA DEL ORIGINAL

DECIMO SEGUNDO: Que la conducta o hecho central objetado por el requerimiento consiste en el denominado control total de Endesa por Enersis, situación que a juicio de la Fiscalía Nacional Económica modificaría sustancialmente la composición accionaria de la principal generadora del país, al tener un controlador con más de un 60% de participación, lo que alteraría el régimen de competencia en un mercado con un alto índice de concentración y de integración vertical de sus distintos segmentos;

DECIMO TERCERO: Que dentro de las principales argumentaciones de la Fiscalía para objetar dicha situación de control, se encuentran, en síntesis, las siguientes: **a)** Que una sola persona jurídica pasaría a monopolizar un mercado cuya operación eficiente y competitiva es vital para el desarrollo de toda la economía nacional y cuyo marco regulatorio se basa en la separación de las actividades de generación, transmisión y distribución de electricidad; **b)** Que un control absoluto de Enersis sobre Endesa afectaría negativamente a los competidores actuales y potenciales de la generadora, por cuanto verían limitado su acceso a contratos de abastecimiento con las distribuidoras relacionadas con esta última empresa y los clientes libres ubicados en sus zonas de concesión, así como a las líneas requeridas para trasmitir electricidad a sus clientes; **c)** Por otra parte, se expresa por la Fiscalía que el control absoluto, aludiendo a la propiedad de más del 60 % de las acciones de Endesa, permitiría a Enersis anular el contrapeso que hasta la fecha del requerimiento han ejercido las Administradoras de Fondos de Pensiones o AFPs, como también el ejercido por otros accionistas minoritarios, contrapeso que ha tenido como resultado evitar acciones discriminatorias que favorezcan a la matriz, Enersis, y sus demás empresas relacionadas, en desmedro de sus competidoras; **d)** Que esta nueva situación intensificaría los problemas de asimetría de información que favorecen a las empresas relacionadas, respecto de quienes no tienen dicha vinculación; y, **e)** Que este control y en definitiva el poder de mercado resultante, se reflejó en el alto precio que estuvo dispuesta a pagar Enersis por la operación;

DECIMO CUARTO: Que a los anteriores fundamentos se agregan otros que dicen relación con el *efecto de conglomeración o de diversificación* al cual se alude en el requerimiento. Este efecto fomentaría evidentes asimetría de información con el consiguiente riesgo de efectividad de las normas regulatorias de la actividad, la posibilidad de operaciones entre partes relacionadas que impliquen el desvío de utilidades, el establecimiento de subsidios cruzados o de "remesas encubiertas" desde el negocio regulado a uno regulado en forma más beneficiosa o no regulado. Que una de las virtudes de un mercado competitivo radica en las presiones y en la disciplina que el ambiente ejerce sobre las empresas, que proviene del comportamiento de sus rivales y eventualmente del regulador. La Fiscalía se refiere además a las denominadas *formas alternativas de competencia*, en especial a aquella que se vincula con la existencia de un *mercado por el control corporativo*, el que entraña una

COMISION RESOLUTIVA SECRETARIA DEFENSA DE LA COMPETENCIA

ES COPIA DEL ORIGINAL

rivalidad por el control o por la administración de las compañías por medio de adquisiciones de acciones o de paquetes de control. Que la elevación de los límites máximos de concentración accionaria en Endesa, desde un 32 % a 65 %, situación que se concretó luego de la toma de control de Enersis por Endesa España, como asimismo la toma del control absoluto de la generadora precluiría esta importante fuente de competencia. Que ante la existencia de un control "precario" siempre sería posible que la configuración de poderes al interior de la compañía cambie ya sea por un cambio generado en forma interna o en virtud de un tercer interesado externo a la empresa, lo que resulta impracticable con un controlador de acciones con porcentajes de más del 60 %;

DECIMO QUINTO: Que para abordar los aspectos que se han presentado en la etapa de discusión, es preciso analizar en primer término las argumentaciones que se refieren a la profundización de la integración vertical en este sector. El tema de la integración vertical en el sector ya fue analizado tanto por la Fiscalía Nacional Económica como por esta Comisión Resolutiva en la causa Rol N° 460-94, la cual terminó con la dictación de la Resolución N° 488. De acuerdo con la información proporcionada en esa causa y que consta en esa Resolución citada, las participaciones correspondientes en los distintos segmentos eran las siguientes: Endesa, incluido Pehuenche, que le pertenecía en un 92,55%, tenía una participación en el mercado cercana al 60%, siendo los otros dos principales generadores las empresas Chilgener (22%) y Colbun (12%), ambas independientes entre sí y de Endesa. A su vez Endesa era propietaria de un 99,99% de Transelec, empresa de transmisión que concentraba el 44% del total de líneas de transmisión del SIC, y un 37% de la capacidad total en MVA de transformación eléctrica de este sistema. Su participación se concentraba en las principales líneas y unidades de transformación de este sistema, donde poseía el 100%, 73% y 70% de las líneas de 500 kV, 220 kV y 154 kV, respectivamente, y el 100%, 37% y 34% de la capacidad total de transformación en MVA en 500 kV, 220 kV y 154 kV, respectivamente. Estas empresas de generación y transmisión, que se encontraban integradas, estaban a su vez ligadas a la mayor distribuidora del país que es Chilectra S.A., vía la participación de Enersis en la propiedad de cada una de ellas. En efecto, a septiembre de 1996 esta última empresa era propietaria de un 25,28 % de Endesa y por ende de igual porcentaje de Transelec, y también de un 23,23% de Pehuenche y de un 74,65% de Chilectra;

DECIMO SEXTO: Que los antecedentes proporcionados por la Fiscalía Nacional Económica en su requerimiento y que constan en estos autos daban cuenta de las siguientes participaciones a la fecha de su interposición, el 27 de abril de 1999: Endesa y sus filiales con una participación del 55% de la capacidad de generación del SIC, el que suministra alrededor de un 80% del consumo eléctrico nacional; los otros dos generadores más

SECRETARIA

ES COPIA DEL ORIGINAL

relevantes, Gener, actual AES Gener S.A. y sus filiales, y Colbún S.A., que representan respectivamente un 24% y 16% de la capacidad de generación del SIC. Endesa era propietaria de un 99,99% de Transelec, empresa que administra las principales líneas de alta tensión y unidades de transformación del SIC. Enersis era propietaria de un 75% de Chilectra y de un 90% de Río Maipo, las cuales representaban alrededor de un 50% de las ventas de empresas distribuidoras del SIC, y finalmente dueña de un 26% aproximado de Endesa;

DECIMO SEPTIMO: Que en la actualidad, desde la interposición del requerimiento, no se han presentado variaciones relevantes en las participaciones de mercado en lo que atañe a generación y distribución de electricidad, manteniéndose a grandes rasgos la información antes indicada. Pero sí debe consignarse que Enersis ha aumentado su participación en sus distribuidoras, elevando el control a un 98,2% en Chilectra y a un 98,4% en Río Maipo, aproximadamente. Estos datos evidentemente deben ser complementados con la operación que es materia central de esta investigación y que se realizó con posterioridad al requerimiento, cual fue el aumento de participación de Enersis desde un 25,28% a un 59,98% en Endesa. Con respecto a Transelec, en el mes de julio de 2000 Endesa inició un proceso de venta de su participación accionaria en la Compañía Nacional de Transmisión Eléctrica S.A. o Transelec, la principal empresa de transmisión de electricidad del SIC, e informó a esta Comisión en el mes de diciembre del mismo año que adjudicó la totalidad de las acciones que poseía a dos subsidiarias de la empresa canadiense Hydro Quebec International Inc., en un 99% a la empresa Inversiones HQI TRANSELEC Ltda. y en un 0,01% a Inversiones HQI Chile Holding Ltda.;

DECIMO OCTAVO: Analizando el actual escenario, cabe señalar que constituye un hecho central de la causa la venta de Transelec a un operador distinto, desvinculado del grupo Enersis, situación que resta fundamento al requerimiento en tanto cuanto sus peticiones centrales se basaban en el grado de control de Endesa del segmento de la transmisión;

DECIMO NOVENO: Que por otra parte se debe resaltar el avance en cuanto a generar mayores condiciones de competencia que se ha producido con la dictación del Reglamento de la Ley General de Servicios Eléctricos o Reglamento Eléctrico, contenido en el Decreto Supremo N° 327, de 1998, del Ministerio de Minería, y al cual la Resolución N° 488 hace expresa mención en la instrucción general 4.1.;

VIGESIMO: Que, teniendo presente lo anterior, si bien las condiciones de competencia han experimentado cambios desde la fecha de pronunciamiento de la Resolución N° 488, de 1997, en opinión del Tribunal no resulta procedente renovar un análisis de la estructura del

ES COPIA DEL ORIGINAL

sector, materia que ya fue tratada con ocasión del requerimiento interpuesto en la causa Rol N° 460-94. Sin embargo, sí resulta procedente analizar el actual estado de la industria en aquellas materias que pueden ser perfeccionadas a fin de generar mayor competencia;

VIGESIMO PRIMERO: Que en cuanto a los cuestionamientos que se refieren a la nueva situación de control de Endesa por Enersis, cabe establecer que se ha producido un cambio en la figura de control de Endesa al perfeccionarse por un accionista una operación de adquisición de acciones adicional al 25,28 % que detentaba, otorgándole un control, en forma directa e indirecta, de un 59,98% del capital social, según se manifiesta en la información proporcionada por Enersis a fs. 250 y siguientes del cuaderno de medidas precautorias. En efecto, Enersis, antes del remate de acciones efectuado con fecha 11 de mayo de 1999, al controlar un 25,28% del total de las acciones de Endesa, se encontraba en la situación contemplada en el artículo 99 de la Ley N° 18.045 del Mercado de Valores, que dispone que se entenderá que *influye decisivamente en la administración o gestión de una sociedad*, entre otras, toda persona que "*directamente o a través de otras personas naturales o jurídicas, controla al menos un 25% del capital con derecho a voto de la sociedad....*". Y al influir decisivamente Enersis en la administración de Endesa, en consecuencia, se entendía que era *controladora* al aplicarse lo dispuesto en el artículo 97, letra b), de dicha Ley N° 18.045. Cabe tener presente que el nivel de participación que actualmente tiene Enersis de un 59,98%, se produjo por haberse aprobado la modificación del límite máximo de concentración en Endesa, desde un 32% a un 65% de la tenencia accionaria. Hoy Enersis mantiene su influencia decisiva en la administración de Endesa, pero ahora también al poder *asegurar la mayoría de votos en las juntas de accionistas y elegir a la mayoría de los directores*, lo que se contempla en la letra a) del citado artículo 97 de la Ley del Mercado de Valores. Finalmente, cabe consignar que es aplicable a la situación de control que se analiza el artículo 86 de la Ley N° 18.046 sobre Sociedades Anónimas, que dispone que "*Es sociedad filial de una sociedad anónima, que se denomina matriz, aquella en la que ésta controla directamente o a través de otra persona natural o jurídica más del 50% de su capital con derecho a voto o del capital, si no se tratare de una sociedad por acciones o pueda elegir o designar o hacer elegir o designar a la mayoría de sus directores o administradores.*", generándose una relación de matriz y filial entre Enersis y Endesa, con los efectos que esa condición presupone;

VIGESIMO SEGUNDO: Que la forma en que se ejerce actualmente el control de Empresa Nacional de Electricidad S.A. tiene consecuencias que deben ser analizadas por esta Comisión desde el punto de vista de la necesaria transparencia que debe existir en la administración de empresas verticalmente integradas. Cabe considerar que ya la Excma. Corte Suprema de Justicia al rechazar con fecha 10 de septiembre de 1992 el recurso de

ES COPIA DEL ORIGINAL

queja interpuesto por la Fiscalía en contra de la citada Resolución N° 372, declaró que "*la circunstancia de que un personero o representante de Enersis S.A. haya sido elegido Presidente del Directorio de Endesa S.A., a contar del presente año 1992, unida a la mayor significación o aumento de la presencia accionaria a que pudiere acceder Enersis en la principal generadora del país, Endesa S.A., constituyen antecedentes que pudieran traducirse negativamente en la transparencia que debe existir en el mercado de la energía eléctrica, y diere lugar a cualquier arbitrio tendiente a restringir o a entorpecer el tráfico y libre competencia en dicho sector, por lo que los organismos y autoridades que tienen a su cargo el control antimonopólico, de acuerdo con la normativa prevista en el DL 211, junto con vigilar el comportamiento de las empresas involucradas, tendrán que adoptar oportunamente las medidas necesarias para asegurar y restablecer la transparencia en dicho mercado.....*";

VIGESIMO TERCERO: Que este precedente manifiesta la importancia de velar por la transparencia en la administración de entidades verticalmente integradas que controlan recursos de carácter esencial para la economía nacional, como lo constituyen los activos de generación de energía eléctrica y de distribución, estos últimos en carácter de monopolio natural en los respectivos mercados geográficos, y que sirven a una gran cantidad de usuarios y clientes del país. Asimismo, tal como lo expresara antes esta Comisión en la Resolución N° 488, es parte fundamental del rol que la ley asigna a los organismos de defensa de la competencia, prevenir la ocurrencia de acciones estratégicas de empresas, o grupos de ellas, que les permitan crear, aumentar y/o mantener un poder de mercado que significativamente modifique las condiciones en que éste opera cuando se las compara con estructuras de mercado alternativas y eficientes;

VIGESIMO CUARTO: Que en lo concerniente al ejercicio de las facultades de administración de una sociedad, cabe tener presente que en algunos ejemplos de la legislación comparada sobre defensa de la competencia, los directorios vinculados, esto es, la figura que se concreta cuando una misma persona ocupa un asiento o cargo de director en dos o más sociedades competidoras – acumulación directa de mandatos–, es una materia reglamentada por disposiciones especiales que prohiben o limitan tal suerte de vinculación. Si bien Enersis y Endesa no pueden considerarse competidoras, tanto las vinculaciones entre la administración de una y otra, dado el carácter de matriz y filial con un control de casi el 60% del capital accionario de la segunda, como la utilización de cierta información por los directorios de estas entidades, debe ser objeto de un debido resguardo con el fin de evitar prácticas del controlador integrado que pudieren excluir a rivales o a otros actores del mercado, propiciar conductas discriminatorias o acciones que desincentiven la rivalidad de los competidores, como también que puedan afectar las facultades de los entes reguladores

SECRETARIA

ES COPIA DEL ORIGINAL

y fiscalizadores. Estas consideraciones son igualmente aplicables a la administración que se ejerce respecto de las distribuidoras controladas por Enersis, Chilectra S.A. y Compañía Eléctrica del Río Maipo S.A., las que se encuentran vinculadas por el controlador común con Endesa;

VIGESIMO QUINTO: Que la normativa que actualmente rige a las sociedades anónimas abiertas ha impuesto resguardos que apuntan al establecimiento de gobiernos corporativos sometidos a estrictas normas de transparencia. En efecto, las normas que regulan el deber de reserva, los conflictos de intereses y el uso de la información privilegiada, dentro del marco del reciente fortalecimiento que se ha realizado del régimen aplicable a los gobiernos corporativos en la nueva ley de OPAS, N° 19.705, constituyen reglamentaciones que tienen por objeto transparentar y velar por el correcto desempeño de sus organismos de administración. (Entre otras normas, Art. 43, 50 Bis y 44 en relación con los artículos 89 y 93 de la Ley N° 18.046 sobre Sociedades Anónimas; Arts. 164, 165 y 166 de la Ley N° 18.045 del Mercado de Valores, y demás modificaciones relacionadas introducidas por la Ley N° 19.705 de OPAS);

VIGESIMO SEXTO: Que teniendo presente este mismo orden de consideraciones, esta Comisión dictó ciertas medidas cautelares con el fin de resguardar la debida transparencia en la gestión de Endesa y Enersis. La Resolución N° 542, de 10 de mayo de 1999, ordenó que los cargos de directores de Enersis y Endesa, ya fueran titulares o suplentes, deberán ser desempeñados por personas distintas e independientes, siendo incompatible el nombramiento del cargo de director de Enersis con el de director de Endesa. Adicionalmente, por Resolución N° 544, de fecha 16 de junio de 1999, esta Comisión determinó, frente a una solicitud de la parte denunciante, que un director de Enersis es independiente cuando no desempeña cargos, trabajos o actividades en condición de dependencia de Endesa ni de cualquiera de sus directores. Que del mismo modo, un director de Endesa es independiente cuando no desempeña cargos, trabajos o actividades en condición de dependencia de Enersis S.A. ni de cualquiera de sus directores. Asimismo, la Resolución N° 542 dispuso que la auditoría externa de Enersis y de Endesa, que de conformidad a la legislación que rige a las sociedades anónimas abiertas debe ejecutarse anualmente, deberá ser desempeñada por firmas o empresas auditoras distintas e independientes, sin relación o vinculación de ninguna naturaleza entre ellas; y que los inspectores de cuentas que se designen en Endesa deberán ser personas no relacionadas e independientes absolutamente de Enersis;

VIGESIMO SEPTIMO: Que las medidas antes indicadas, dada la actual situación o conformación del poder de control de Enersis sobre Endesa, deberán ser adoptadas en

ES COPIA DEL ORIGINAL

forma permanente por ambas sociedades como asimismo respecto de las empresas distribuidoras también bajo control de la primera, Chilectra y Río Maipo, con el fin de reforzar los resguardos establecidos por ley, pudiendo las dos empresas distribuidoras tener directores, auditores externos e inspectores de cuenta comunes. Con todo, es necesario que estas cuatro empresas, Enersis, Endesa, Chilectra y Río Maipo, continúen sometidas a la fiscalización de la Superintendencia de Valores y Seguros y a la observancia de las disposiciones aplicables a las sociedades anónimas abiertas, aunque pierdan ese carácter, con el fin de no hacer ilusorio lo ya expresado en cuanto a la aplicación de la legislación de valores y de sociedades anónimas, que atañe a su administración;

VIGESIMO OCTAVO: Que siguiendo con el análisis de los efectos de la actual estructura de control de la empresa Endesa, cabe considerar que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 67 de la Ley sobre Sociedades Anónimas, se requiere del voto conforme de las dos terceras partes de las acciones emitidas con derecho a voto para la adopción de los acuerdos relativos, entre otras, a la transformación, división de la sociedad y a su fusión con otra sociedad. El elevado nivel de participación de Enersis en Endesa constituye un situación que podría dar lugar a la posibilidad de que existan decisiones futuras del grupo empresarial Enersis en orden a fusionar la empresa generadora Endesa con una o ambas de las empresas distribuidoras que controla, Chilectra S.A. y Compañía Eléctrica del Río Maipo S.A. Si bien la actual participación no habilita al actual controlador para tomar decisiones de esta naturaleza, un futuro acuerdo de actuación conjunta o el apoyo de otros accionistas para lograr el voto conforme de los dos terceras partes de las acciones emitidas con derecho a voto, podría concretar una modificación de esta índole. Cabe tener presente que Enersis tiene el control aproximadamente de más del 98% de las acciones de las empresas distribuidoras Chilectra S.A. y Compañía Eléctrica del Río Maipo S.A., respectivamente, según se ha informado públicamente por esta empresa;

VIGESIMO NOVENO: Que una fusión entre Endesa S.A. y Chilectra S.A., con las participaciones de mercado ya señaladas, puede afectar el mercado de la generación debido a la pérdida de un poder de compra tan importante como es Chilectra, produciéndose un efecto de cierre de mercado para los generadores existentes y/o potenciales. Por otra parte, los usuarios sometidos a fijación de precios perderían la posibilidad de beneficiarse de la competencia en las licitaciones de suministro ya que no se traspasarían los menores costos de compra, tal como se establece en la Resolución N° 488, sino que siempre estarían afectos a la tarifa máxima determinada por la autoridad. Que estos perjuicios superan con creces los eventuales menores costos de transacción que supondría una acción de fusión entre estas empresas y respecto de los cuales no se beneficiarían los usuarios. En virtud de las consideraciones anteriores esta Comisión es de parecer de adoptar un medida en el

SECRETARIA

ES COPIA DEL ORIGINAL

sentido de prohibir a Enersis S.A. y a Elesur S.A., y en consecuencia también a Empresa Nacional de Electricidad S.A., Chilectra S.A. y Compañía Eléctrica del Río Maipo S.A., ejecutar cualquier acto u operación que involucre la fusión de las actividades de generación y distribución de electricidad en un sola entidad o empresa;

TRIGESIMO: Que en cuanto a los medios necesarios para promover mayor competencia, atendidas las condiciones que se aprecian en el sector y la actual estructura de propiedad que domina la relación entre la principal generadora del país, Endesa, y la mayor distribuidora de electricidad, Chilectra, cabe reiterar lo expresado por esta Comisión en la Instrucción General contenida en el numeral 4.4. de la parte resolutiva de la Resolución N° 488, en cuanto a que "*es necesario desde todo punto de vista, en función de una mayor transparencia, que las empresas distribuidoras liciten públicamente sus abastecimientos de energía y potencia sobre la base de condiciones libremente desarrolladas por ellas, que sean de general aplicación en un momento determinado, objetivas y no discriminatorias, y que a diferencia de la situación actual, sean de público conocimiento, eliminando con ello cualquiera posibilidad de discriminación arbitraria e ilegítima, traspasando a los usuarios los eventuales menores costos derivados de este sistema de compras.*";

TRIGESIMO PRIMERO: Que sin perjuicio de lo anterior, teniendo en consideración el artículo 240 del Reglamento Eléctrico, es necesario dictar por esta Comisión instrucciones generales con el fin de que las empresas distribuidoras, en los procesos de licitación de suministro que convoquen, apliquen criterios tendientes a profundizar una mayor apertura del mercado, cuidando la necesaria publicidad y transparencia de los mismos, para así permitir la participación de toda empresa, asociación o consorcio de empresas con actual o potencial capacidad de suministro, pudiendo conocer de antemano los contratos que se suscriban al perfeccionarse la entrega del suministro licitado y, además, en todo caso, estando facultadas para presentar ofertas por el total del suministro que se pretenda contratar o por una parte de los bloques de energía y potencia en licitación;

TRIGESIMO SEGUNDO: Que dentro de este mismo orden de materias, cabe reiterar la importancia de lo resuelto mediante Resolución N° 592, de fecha 21 de marzo de 2001, por esta Comisión. En ejercicio de las facultades establecidas en el artículo único de la Ley N° 19.674 que modificó la Ley General de Servicios Eléctricos, se resolvió que el Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción debía proceder al establecimiento de los precios de los peajes adicionales para clientes libres (utilización de instalaciones de distribución y subtransmisión) ubicados dentro de las zonas de concesión de las empresas distribuidoras de electricidad. Este proceso se encuentra en curso y su resultado asegurará mayores condiciones de entrada a nuevos operadores y fomentará la competencia entre los actuales

ES COPIA DE

actores respecto de los clientes libres, por lo que la autoridad deberá actuar con la mayor diligencia y premura atendida su importancia y prioridad;

TRIGESIMO TERCERO: Que, concluyendo, y pronunciándose sobre las peticiones del requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica y las excepciones opuestas por la defensa de la requerida, cabe expresar: **a)** En cuanto a la aplicación de una multa a la requerida por no haber solicitado un pronunciamiento sobre la operación para aumentar la participación accionaria en Endesa, materia de esta causa, este Tribunal no dará lugar a ella por no existir mérito para tal sanción; **b)** en cuanto a las peticiones segunda y tercera, en orden a prohibir la compra de las acciones y, frente a la concreción de la operación, de disponer la venta de la participación superior alcanzada, la segunda se rechazará por falta de oportunidad, como lo alega la requerida, tomando en cuenta el estado actual del proceso; y la tercera petición, no se accederá a la misma por considerar el Tribunal que no existen antecedentes que permitan declarar la ilegalidad de la operación o la contravención a las normas de defensa de la competencia por Enersis con motivo del aumento de su participación desde un 25,28% a un 59,98% en la empresa generadora Endesa. Lo anteriormente expuesto es sin desmedro de las medidas e instrucciones generales que se dispondrán en la parte resolutiva de esta sentencia. **c)** En cuanto a las instrucciones generales que se solicitan, no se accederá a ellas por estimar improcedente su aplicación respecto de personas jurídicas determinadas según se expresa en el petitorio, acogiendo de esta forma la defensa de la requerida. Sin embargo, dada la importancia de las medidas sugeridas por la Fiscalía, se acogerá esta petición sólo en cuanto se dispondrán las medidas respecto de los cargos de directores y auditores externos que se analizaron en los motivos 24°, 25°, 26° y 27° precedentes; y **d)** en cuanto a la última petición, en orden a solicitar al Supremo Gobierno su patrocinio para los efectos de efectuar modificaciones a las regulaciones y a la legislación del sector eléctrico, esta también será rechazada por no existir antecedentes que ameriten tal decisión, sin desmedro de las medidas e instrucciones generales que esta Comisión adoptará en lo resolutivo.

Y visto además lo dispuesto en los artículos 1°, 2°, 6°, 17, letras a) y b), y 18 del Decreto Ley N° 211, y artículos 144 y 177 del Código de Procedimiento Civil, **esta Comisión RESUELVE**:

1°.- Que se desecha la excepción de cosa juzgada opuesta por Enersis S.A.;

2°.- Que se rechaza la denuncia de fs. 4 de los señores Ramón Briones Espinosa y Hernán Bosselin Correa, sin costas, por haber tenido motivo plausible para litigar;

COMISION RESOLUTIVA ☆ SECRETARIA ☆ DEFENSA

ES COPIA DEL ORIGINAL

3°.- Que se hace lugar a la petición cuarta del requerimiento de fs. 124 de la Fiscalía Nacional Económica, rechazándose en todo lo demás dicha acción, en cuanto se adoptan como medidas de transparencia a ser cumplidas por las empresas Enersis S.A., Empresa Nacional de Electricidad S.A., Chilectra S.A. y Compañía Eléctrica del Río Maipo S.A., y hasta tanto no se emita un nuevo pronunciamiento en contrario por esta Comisión, las siguientes:

3.1.- Los cargos de directores de las sociedades Enersis S.A., Empresa Nacional de Electricidad S.A., o de alguna de éstas con Chilectra S.A. y Compañía Eléctrica del Río Maipo S.A., ya fueren titulares o suplentes, deberán ser desempeñados por personas distintas e independientes. Se entenderá que un director es independiente cuando no desempeña cargos, trabajos o actividades en condición de dependencia de alguna de estas sociedades ni de cualquiera de sus directores; y,

3.2.- La auditoría externa de Enersis S.A., Empresa Nacional de Electricidad S.A., y de Chilectra S.A. o Compañía Eléctrica del Río Maipo S.A., que de conformidad a la legislación que rige a las sociedades anónimas abiertas debe ejecutarse anualmente, será desempeñada por firmas o empresas auditoras distintas e independientes, sin relación o vinculación de ninguna naturaleza entre ellas. Igual medida será aplicable para el caso de que los estatutos de dichas sociedades contemplen el nombramiento de inspectores de cuentas;

4°.- Ejerciendo sus facultades de oficio, se adoptan las siguientes medidas que regirán hasta tanto no se emita una resolución en contrario por esta Comisión Resolutiva:

4.1.- Las sociedades Enersis S.A., Elesur S.A., Empresa Nacional de Electricidad S.A., Chilectra S.A. y Compañía Eléctrica del Río Maipo S.A., no podrán celebrar acto o ejecutar operación alguna que tenga por objeto la fusión de las sociedades controladas por el grupo empresarial Enersis que realicen actividades de generación y de distribución de electricidad, debiendo Enersis S.A. mantener el desarrollo de ambos segmentos en forma separada, por medio de empresas distintas que representen unidades de negocios independientes; y,

4.2.- Enersis S.A., Empresa Nacional de Electricidad S.A., Chilectra S.A. y Compañía Eléctrica del Río Maipo S.A. deberán continuar sometidas a la fiscalización de la Superintendencia de Valores y Seguros y observar las disposiciones aplicables a las sociedad anónimas abiertas, aunque pierdan ese carácter;

COMISION RESOLUTIVA ☆ SECRETARIA ☆ DE LA DEFENSA

ES COPIA DEL ORIGINAL

5°.- En ejercicio de las facultades establecidas en el artículo 17, letra b), del Decreto Ley N° 211, esta Comisión Resolutiva dicta las siguientes instrucciones generales a las cuales deberá someterse toda persona que por aplicación del artículo 240 del Reglamento Eléctrico, Decreto N° 327, de 1998, del Ministerio de Minería, deba licitar públicamente suministro y potencia en los términos expresados en dicha norma:

5.1.- En los procesos de licitación de suministro podrán participar todas aquellas empresas, asociaciones o consorcios de empresas con actual o potencial capacidad de suministro;

5.2.- Las bases de licitación deberán permitir a los postulantes presentar ofertas por el total del suministro que se pretenda contratar o por una parte de los bloques de energía y potencia en licitación, e incluirán íntegramente los contratos que se firmarán entre las partes para perfeccionar la entrega del suministro licitado; y,

5.3.- La recepción y apertura de las ofertas serán públicas. Las bases de licitación que se elaboren, así como el resultado de la adjudicación, deberán ser informados a la Fiscalía Nacional Económica en forma simultánea a la realización de dichos actos.

6°.- Se dejan sin efecto cualesquiera otras medidas de carácter cautelar o precautorio dictadas en estos autos, en particular, la ordenada mediante Resolución N° 542 numeral 1°, de 10 de mayo de 1999, que consta a fs. 132 del cuaderno de medidas precautorias.

Acordado lo resuelto con el voto en contra del Presidente de la Comisión, Ministro señor José Luis Pérez Zañartu, quien estuvo por acoger el requerimiento de autos, además, en cuanto éste solicita la aplicación de una multa en contra de la requerida por no haber consultado la operación en forma previa, y de ordenar a Enersis S.A. la venta de la mayor participación obtenida y por ende, disminuir su participación en Endesa S.A. desde un 59,98% hasta el 25,28% que poseía en Abril de 1999, en virtud de las siguientes consideraciones:

1.- Que en Abril de 1999 la Fiscalía Nacional Económica y a fs 124 interpuso requerimiento en contra de la Empresa ENERSIS S.A. por cuanto ésta intenta tomar el control de la Empresa ENDESA (CHILE) S.A. mediante una Oferta Pública de Acciones (OPA) por el sistema de compra en remate en Chile, y a través de una Bolsa de Valores hasta 2.460.526.374 acciones representativas del 30% del capital social de ENDESA S.A. y un "Tender Offer" en los Estados Unidos de América de hasta 385.482.465 acciones, incluidas las que se adquieran en forma de ADR, representativas del 4,7% del capital social

ES COPIA DEL ORIGINAL

de la misma empresa. En total, 34,7% de las acciones de ENDESA S.A., como se desprende de la publicación que en copia aparece a fs 423 del expediente de la Fiscalía Nacional Económica que se ha tenido a la vista.

2.- Sostiene el Fiscal Nacional Económico que de concretarse esta adquisición, la Empresa ENERSIS S.A. poseería casi el 60% (59,98%) de las acciones de ENDESA S.A. ya que a la época ya tenía el 25,28% de ellas, **pudiendo adquirir en el futuro hasta el 65% de dichas acciones** en conformidad al máximo de concentración accionaria que actualmente permiten los Estatutos de dicha empresa.

Agrega el Fiscal que por "sus propias apreciaciones" la toma de control de ENDESA S.A. por ENERSIS S.A. "en las actuales condiciones del mercado, constituiría un hecho que tiende a impedir la libre competencia en el mercado eléctrico e importaría una infracción a las normas del texto en vigor del D.L. N° 211, de 1973, toda vez que dicha acción produciría un incremento sustancial de la integración vertical en dicho mercado, a menos que se adopten medidas preventivas y/o correctivas oportunas que eviten tal integración".

3.- Que para llegar a estas conclusiones sostiene que ENDESA S.A. y sus filiales tienen una participación de alrededor del 55% de la capacidad instalada de generación del Sistema Interconectado Central (SIC), el que suministra alrededor de un 80% del consumo eléctrico nacional, siendo los otros generadores relevantes del SIC, GENER S.A. y sus filiales (24%) y COLBUN S.A.(16%). Por su parte ENERSIS S.A. es poseedora de dos grandes empresas distribuidoras, siendo propietaria de alrededor de un 75% de las acciones de Chilectra S.A. y de un 90% de las de Río Maipo S.A., que representan en conjunto alrededor del 50% del total de las ventas de las empresas distribuidoras del SIC.

En consecuencia, si ENERSIS S.A. se adjudica el control absoluto de ENDESA S.A. se incrementaría brutalmente el grado de integración vertical en el SIC pues **controlaría absolutamente el 55% de la capacidad de generación del Sistema y el 50% o más del mercado de distribución,** agregando que la concreción de este escenario constituye una clara contravención de las normas sobre libre competencia, por cuanto una sola persona jurídica pasaría a monopolizar un mercado cuya operación eficiente y competitiva es vital para el desarrollo de toda la economía nacional, y cuyo marco regulatorio, establecido en el D.F.L. N° 1, de 1982, supone la separación de las actividades de generación y distribución, pues ello afectaría negativamente a los competidores actuales y potenciales de ENDESA S.A. en el mercado de generación, por cuanto verían limitado su acceso a contratos de abastecimiento con las distribuidoras relacionadas con ENERSIS S.A. y los clientes libres ubicados en sus zonas de concesión.

4.- Que por Resolución N° 541 de fecha 28 de Abril de 1999 escrita a fs 161, y a fs 32 del cuaderno de medidas precautorias, esta Comisión Resolutiva atendida la gravedad de lo señalado dio lugar a una medida precautoria solicitada por el Fiscal Nacional Económico, en virtud de la cual mientras dure la tramitación de la presente causa, "la Empresa

SECRETARIA

ES COPIA FIEL Original

ENERSIS S.A., por si o por interpósitas personas, sean naturales o jurídicas o a través de sociedades relacionadas, coligadas, filiales o controladas por ENERSIS S.A. no podrá adquirir, por cualquier medio, acciones de la Empresa Nacional de Electricidad S.A. en una cantidad que exceda su actual participación del 25,28% del capital accionario de dicha Empresa, de que es actualmente propietaria".

Esta medida fue modificada por fallo dividido (3x2) por la Resolución N° 542, de 10 de Mayo de 1999, escrita a fs 132 del cuaderno de medidas precautorias, por la cual quedó solo vigente que "las acciones emitidas por la Empresa Nacional de Electricidad S.A.(ENDESA CHILE) que Enersis S.A. o personas relacionadas a estas pretendieran adquirir en exceso de 25,28% del capital accionario de ENDESA CHILE de que Enersis S.A. es actualmente propietaria, podrán ser adquiridas única y exclusivamente por ENERSIS S.A. y deberán permanecer inscritas a su nombre en el Registro de Accionistas de ENDESA CHILE quedándole prohibido a ENERSIS S.A. enajenarlas o gravarlas a título alguno o pactar o aceptar cualquier clase de prohibiciones, limitaciones de dominio o medidas que pudieren impedir, embarazar o entrabar en cualquier forma **una expedita enajenación** de tales acciones a que pudiere eventualmente quedar compelida ENERSIS S.A. como resultado de la sentencia de término que se dicte en el litigio de autos".

En esta Resolución se decretaron, además, diversas medidas tendientes a evitar que las mismas personas pudieran ser directores de ambas empresas y que las auditorías que deben realizarse a ellas sean efectuadas por empresas auditoras distintas e independientes, sin relación o vinculación de ninguna naturaleza entre ellas.

Esta segunda medida precautoria, substitutiva de la primera decretada, fue aclarada por Resolución N° 544, de 16 de Junio de 1999, escrita a fs 206 del cuaderno de medidas precautorias.

5.- Que a fs 290 ENERSIS S.A. contesta el auto cabeza de proceso y en forma subsidiaria, el requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica, en la forma detallada en el motivo 9° de la parte expositiva de esta sentencia, haciendo valer las excepciones que en dicho resumen se señalan.

6.- Que a fs 233 ELESUR S.A., empresa a la que se tuvo como tercero coadyuvante de ENERSIS S.A., según resolución de fs 351, contesta el traslado conferido, en la forma que se resume en el considerando Octavo de la parte expositiva de este fallo.

7.- Que en esencia, ambas empresas sostienen argumentaciones semejantes, en el sentido que han actuado en conformidad con la ley vigente; que en el mercado de la generación eléctrica existe competencia completa y que ésta ha aumentado; que no existen barreras de entrada; que hay transparencia en el mercado eléctrico y que nunca se ha acreditado una conducta que pudiera constituir un reproche por afectar negativamente la transparencia de dicho mercado.

ES COPIA

Agregan que las anteriores Resoluciones de la Comisión Resolutiva, como la N° 372 y 488, que rechazaron requerimientos del Fiscal Nacional Económico en contra de Enersis S.A. dejaron establecido que "en la generación de la electricidad del Sistema Interconectado Central intervienen distintas empresas que desarrollan una actividad competitiva sujeta a regulaciones legales" (Consd. 3° Res. N°372) y que "esta Comisión Resolutiva ha llegado a la convicción que en el desarrollo del sector eléctrico **la actual estructura de propiedad** que presentan las empresas dominantes, no es un factor relevante y determinante que, por si solo, afecte la competencia, o que tienda a ello" (Cons 27° Res. N° 488).

8.- Que respecto de estas observaciones cabe tener presente, en todo caso, que la Resolución N° 372, de 2 de Junio de 1992, se dictó cuando ENERSIS S.A. poseía solo el 12,5% de participación accionaria de ENDESA S.A. y que la Resolución N° 488, de 11 de Junio de 1997, cuando ENERSIS S.A. poseía el 25,28% de las acciones de ENDESA S.A., lo que le daba, a lo más, la característica de ser una empresa coligada, en el primer caso, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 87 de la ley 18.046, y en ningún caso podría considerarse a esa fecha matriz y/o controladora de ENDESA S.A. como se ha sostenido en la contestación de ELESUR S.A., y que solo cuando obtuvo el 25,28% pudo ser considerada controladora de ENDESA S.A. de acuerdo al artículo 97 letra b) y 99 de la ley 18.045.

9.- Que por otra parte cabe considerar que al dictarse la Resolución N° 372, entre los antecedentes acumulados se encontraba el Oficio N° 136, de 1990, de la Comisión Nacional de Energía, en el que se concluyó "que si bien **no es ilegal** que una empresa distribuidora de energía eléctrica adquiera acciones de una empresa de generación eléctrica, **en el contexto actual de alta participación de ENDESA S.A. en el mercado de generación eléctrica, la compra de acciones de esta por parte de ENERSIS S.A. es un factor que no contribuye a la necesaria transparencia del sector eléctrico".**

10.- Que las condiciones en que se dictaron las Resoluciones N° 372 y 488 no corresponden con las que existen en la actualidad, pues ENERSIS S.A. posee el 59,98% de las acciones de ENDESA S.A. al autorizarse el remate correspondiente por la Resolución N° 542, de 1997, pudiendo eventualmente, en el futuro, llegar a poseer hasta el 65 % de dichas acciones, de acuerdo al máximo de concentración accionaria que permiten sus Estatutos, y la misma empresa posee en la actualidad, no el 75% de las acciones de Chilectra S.A., como se señalara en el requerimiento del Sr. Fiscal Nacional Económico, sino que el 98,2% de su capital, ni el 90% del capital de Río Maipo S.A., como se indicara en el mismo documento, sino que el 98,4% del mismo, como aparece de la información legal dada y al alcance de cualquiera persona que se interese en el tema, tendiendo cada vez mas hacia el cierre de dichas sociedades anónimas.

11.- Que si la Comisión Resolutiva aceptara los planteamientos de Enersis S.A. y Elesur S.A. - coadyuvante de la primera- no cabe duda que Enersis podría rápidamente llegar a

SECRETARIA

una participación del 65% del capital accionario de Endesa S.A., lo que unido a su participación del 98,2% de Chilectra S.A. y del 98,4% de Río Maipo S.A. llevaría a dicha empresa a monopolizar más del 55% de la generación en el Sistema Interconectado Central y más del 50% de la distribución en el mismo sistema.

12.- Que por sentencia de 10 de Septiembre de 1992 de la Excma. Corte Suprema al desestimar un recurso de queja deducido por el Fiscal Nacional Económico en contra de la Resolución N°372 de la Comisión Resolutiva, ésta declaró que "los organismos y autoridades que tienen a su cargo el control antimonopolio, de acuerdo con las normas previstas en el Decreto Ley N° 211, junto con vigilar el comportamiento de las empresas involucradas, **tendrán que adoptar oportunamente las medidas que sean necesarias para asegurar y restablecer la transparencia de dicho mercado".**

13.- Que de acuerdo con su ley orgánica, la Comisión Resolutiva tiene la obligación de supervigilar la adecuada aplicación de las normas del Decreto Ley N° 211, y en ejercicio de sus facultades puede conocer, de oficio o a solicitud del Fiscal Nacional Económico, las situaciones que pudieran constituir infracciones a la presente ley (D.L. 211) e investigar respecto de ellas, con las más amplias atribuciones, y puede adoptar, en cada caso, si fuere necesario, una o más de las siguientes y graves resoluciones:

a) Modificar o poner término a los actos, contratos, convenios, sistema o acuerdos que sean contrarios a las disposiciones de la presente ley;
b) Ordenar la modificación o disolución de las sociedades, corporaciones y demás personas jurídicas de derecho privado que hubieren intervenido en los actos, contratos, convenciones, sistemas o acuerdos a que se refiere el número anterior;
c) Aplicar multas a beneficio fiscal hasta por una suma equivalente a 10.000 UTM.

Todo esto en perjuicio de aquellos que ejecuten o celebren, individual o colectivamente, cualquier hecho, acto o convención **que tienda a impedir la libre competencia dentro del país en las actividades económicas.**

14.- Que para una adecuada y justa resolución de esta causa, esta Comisión Resolutiva deberá tener presente cual ha sido la política nacional en materia institucional eléctrica, especialmente desde que el régimen político que instaló en Chile el régimen de economía libre de mercado, inició la privatización de las empresas eléctricas que formaban parte del régimen patrimonial del Estado.

15.- Que no cabe duda que la política institucional eléctrica seguida por todos los regímenes políticos desde 1982 en adelante, época en que se dictó el DFL N° 1, ha sido hacia la separación de la generación, transmisión y distribución, creando condiciones de competitividad –entre quienes pueden competir- y la disposición de las empresas creadas dispersándose su propiedad entre muchos accionistas, sin una participación relevante entre ellos en cada empresa.

ES COPIA DEL ORIGINAL

16.- Que de esta manera se dividió la Compañía Chilena de Electricidad S.A. en una empresa de generación eléctrica, entregándole los activos de generación –actual Gener S.A.- y dos compañías de distribución –actual Chilectra S.A.- que posteriormente creo con parte de sus activos una filial de distribución denominada Río Maipo S.A, y Chilquinta S.A., que distribuye en el área de las provincias de Valparaíso y Aconcagua

17.- Que el principal activo del Estado en materia de electricidad, la Empresa Nacional de Electricidad S.A. (ENDESA), y que comprendía la generación, transmisión y distribución, se separó íntegramente, creándose diferentes empresas eléctricas de distribución constituidas como sociedades anónimas, como las de Arica, Iquique, Antofagasta, Atacama, Coquimbo, La Ligua, Melipilla, Colchagua, Maule, Aysen y Magallanes (algunas con activos de generación propios, atendida su ubicación geográfica), que unidas a las preexistentes Empresa Eléctrica de la Frontera S.A. (Frontel) y Sociedad Austral de Electricidad S.A. (Saesa) filiales de ENDESA, fueron enajenadas a particulares.

18.- Que con los activos de generación de ENDESA se crearon sociedades anónimas ad hoc para las Centrales Hidroeléctricas Pilmaiquen y Pullinque, que como Pilmaiquen S.A. y Pullinque S.A. fueron transferidas a inversionistas privados.

Que, asimismo, con el sistema de generación de ENDESA existente en el Norte del país se creó Edelnor S.A., con un sistema de transmisión asociado (SING), que permitía la interconexción de distintos generadores, empresa que fue igualmente enajenada al sector privado.

19.- Que capítulo aparte merece el complejo Colbún-Machicura, que comprendía las centrales hidroeléctricas Colbún, Machicura y San Ignacio, con un total de 527 MW de potencia, que después de constituirse en sociedad anónima abierta fue enajenada a particulares, de manera que ninguno de sus accionistas tuviera dentro de ella una posición dominante o hegemónica.

Que no obstante que Colbún S.A. es poseída equilibradamente por varios grupos económicos de importancia ha continuado creciendo, habiendo construido con posterioridad una central de ciclo combinado de 351 MW y la hidroeléctrica Rucúe de 160 MW, y además, ha iniciado una ampliación de la primera.

20.- Que por su parte, la misma ENDESA con solo los rubros generación y transmisión, sufrió un fuerte proceso de privatización, vendiéndose el capital accionario a sus empleados, funcionarios públicos y de las Fuerzas Armadas, Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP), Fondos de Inversiones y a particulares, habiendo llegado a tener registrados más de 60.000 accionistas, y sin uno que fuera dominante.

21.- Que una de las resoluciones de la Comisión Resolutiva más trascendentales que se hayan dictado en materia eléctrica, la N° 488, de 1997, establece como instrucción de carácter general, en materia de transmisión, que se hace "necesario que la empresa Transelec S.A. (filial de ENDESA) se transforme, en la forma que definan sus accionistas y

SECRETARIA

ES COPIA DEL ORIGINAL

en un lapso prudente, en dueña de los activos de transmisión que hoy administra y en sociedad anónima abierta de giro exclusivo", agregándose que se "hace conveniente que la empresa de transmisión se abra a la participación accionaria de terceros, generadores o no, interesados en tales ampliaciones".

22.- Que cumpliendo las recomendaciones señaladas precedentemente, ENDESA traspasó a Transelec S.A. los activos de transmisión que administraba y la enajenó por lo que ENDESA en la actualidad es propietaria principalmente de activos de generación.

23.- Que en todo caso cabe destacar el efecto poderosísimo de haber sido ENDESA mayoritariamente –por no decir la única propietaria de Transelec S.A.- donde poseía el 99,99%, ya que no obstante que la Resolución N° 488, de 1997, estableció en el fundamento Vigesimoprimero que "dado el rol preponderante de la empresa de transmisión en la definición del precio de sus servicios, la ley contempla, también, la instancia de negociación y, de no existir acuerdo entre las partes, de arbitraje por parte de un tribunal arbitral, que fallaría, en definitiva, sobre los valores a pagar a esta", con lo cual, teoricamente estarían salvados los inconvenientes para que un generador pueda transmitir su energía por las lineas de un tercero, pero fué de público conocimiento que los costos que Transelec S.A., propiedad de ENDESA en un 99,99%, como se ha establecido, cobraba a Colbún S.A. para transmitir la energía de esta fueron de tal magnitud, que a esta última le resultó más conveniente construir su propia línea de transmisión de 220 KV entre la S/E Colbún y la S/E Alto Jahuel, y todo esto dentro de un mercado que se suponía competitivo, legalmente regulado y con instancias de arbitraje, etc, como lo señaló la propia Resolución N° 488, de 1997.

24.- Que en concordancia con lo transcrito en el motivo 12 precedente, en relación con lo señalado por el más alto Tribunal de la República, la Resolución N° 488, de 1997, estableció, además, que "es parte fundamental del rol que la ley asigna a los organismos antimonopolios en general, y a la Comisión Resolutiva en particular, **el prevenir la ocurrencia de acciones estratégicas de empresas, o grupos de ellas, que les permitan crear, aumentar y/o mantener un poder de mercado que significativamente modifique las condiciones en que éste opera** cuando se las compara con estructuras de mercado alternativas y eficientes".

25.- Que lo expuesto precedentemente no es sino que una constante en la jurisprudencia de esta H. Comisión, debiendo tenerse presente que por Resolución N° 368, de 7 de Abril de 1992, y teniendo presente el principio contenido en la letra f) del artículo 2° del Decreto Ley N° 211, que son hechos, actos o convenciones que tienden a impedir la libre competencia "cualquier otro arbitrio que tenga por finalidad eliminar, restringir o entorpecer la libre competencia", y por este motivo, **una participación relevante que existía en dos empresas del mismo rubro**, en dicha causa se sentenció que la empresa Telefónica de España S.A. que poseía un 48% del capital accionario de la Compañía de

SECRETARIA
FISCALIA DE DEFENSA

ES COPIA DEL ORIGINAL

Teléfonos de Chile S.A. y un 20% de las acciones de ENTEL (Considerando Décimo Cuarto) debía poner término al sistema simultáneo de propiedad accionaria de Telefónica de España S.A. en la Compañía de Teléfonos de Chile S.A. y en la Empresa Nacional de Telecomunicaciones S.A., otorgándosele un plazo de 18 meses para enajenar unas u otras de dichas acciones, a su elección.

26.- Que un caso similar al de Telefónica de España ocurrió recientemente en la República Argentina, en el Area Metropolitana de Buenos Aires, donde la distribución eléctrica en esa Región está repartida entre las empresas EDESUR y EDENOR, ambas con participación relevante de ENDESA (España), oportunidad en que los organismos que velan por la competencia en dicha nación decidieron, en Agosto de 2000, ordenar a ENDESA desprenderse de la totalidad de las acciones, que en forma directa o indirecta, posea en EDESUR o EDENOR y de la calidad de operador o co-operador y obligándola a presentar un cronograma o plan de acción para la transferencia de dichas acciones.

Para los efectos de resolver de esta manera los entes reguladores argentinos tuvieron presente **que esta situación generaba un perjuicio actual y potencial para los consumidores**, por las siguientes razones: a) La falta de independencia entre EDESUR y EDENOR **aumenta la posibilidad** de que las empresas señaladas favorezcan el acceso a la red de distribución a aquellas empresas de generación eléctrica en las cuales tengan alguna participación accionaria, con lo cual las empresas generadoras discriminadas no tendrán forma de competir en el mercado eléctrico del Area Metropolitana de Buenos Aires, quedando desplazadas del mercado, y b) Que la presencia de ENDESA (España) en ambas distribuidoras afectaría una de las principales herramientas regulatorias que contempla la ley argentina, cual es, la posibilidad de hacer uso del mecanismo de competencia por comparación.

La solución ideada por las autoridades argentinas finalizó en Julio de 2001 cuando se aprobó la transferencia accionaria de ENDESA en EDENOR a la empresa francesa EDF.

27.- Que una situación semejante se vivió en España con la intención de absorción de IBERDROLA por ENDESA, en la que el Tribunal de la Competencia declaró que "en los términos en que ha sido notificada, crearía una posición de dominio que obstaculizaría el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado español de la electricidad".

28.- Que la decisión más trascendente que contiene la Resolución Nº 488, de 1997, es sin duda aquella contemplada en el numeral 4.4 que establece que "es necesario desde todo punto de vista, en función de una mayor transparencia, **que las empresas distribuidoras liciten públicamente sus abastecimientos de energía y potencia** sobre la base de condiciones libremente desarrolladas por ellas, **que sean de general aplicación** en un momento determinado, **objetivas y no discriminatorias** y que, a diferencia de la situación actual, **sean de público conocimiento**, eliminando con ello cualquier posibilidad de

discriminación arbitraria o ilegítima, **traspasando a los usuarios los eventuales menores costos derivados de este sistema de compras".**

29.- Que esta decisión de la H. Comisión Resolutiva de 1997, generalmente obligatoria, quedó plasmada en el Reglamento Eléctrico publicado en el Diario Oficial del día 9 de Septiembre de 1998 y que entró formalmente en vigencia el 9 de Noviembre del mismo año, en cuyo artículo 240 se estableció la obligación para las empresas eléctricas de servicio público, o sea, las distribuidoras, de licitar sus suministros de electricidad y obtener con este sistema contratos de suministros con un horizonte no inferior a tres (3) años.

30.- Que el artículo 67 de la ley 18.046 sobre sociedades anónimas establece que "los acuerdos de la Junta Extraordinaria de accionistas que impliquen reforma a los estatutos sociales, deberán ser adoptados con la mayoría que éstos determinen" agregándose por el inciso segundo que "requerirán el voto conforme de las dos terceras partes de las acciones emitidas con derecho a voto, los acuerdos relativos a las siguientes materias: a)....**su fusión con otra sociedad".**

31.- Que de no actuar preventivamente esta Comisión Resolutiva a fin de evitar que ENERSIS mantenga el porcentaje que posee en la actualidad en el capital accionario de ENDESA o que lo aumente hasta el 65%, que es el límite máximo que los Estatutos de ENDESA permiten tener a un accionista, como ENERSIS posee el 98,2% de Chilectra S.A. y el 98,4% en Río Maipo S.A., podrá en cualquier momento, con suma facilidad, fusionar Chilectra S.A. y Río Maipo S.A., que en conjunto representan las empresas eléctricas distribuidoras más grandes del Sistema Interconectado Central, con más de un 50% del consumo del sistema de distribución, con la generadora más importante del mismo, cuya capacidad de generación supera el 55% del Sistema Interconectado Central.

32.- Que esta eventualidad en que se ha puesto esta H. Comisión no es una ficción alejada de la realidad, pues ENDESA (España) propietaria de Enersis S.A. a través de Elesur S.A., en España intentó fusionarse con Iberdrola, la segunda generadora en importancia en ese país, como se ha señalado con anterioridad, fusión que fracasó por las exigencias que plantearon previamente los Organismos defensores de la competencia en la Madre Patria.

Con este antecedente, resulta no solo posible tal intención sino que probable, pues Enersis S.A. siendo controladora de ENDESA S.A. y pudiendo elegir a la mayoría del Directorio con solo el 25,28% de las acciones, como se ha establecido con anterioridad, ha optado por el camino de adquirir la mayor parte de los títulos, facilitando así una eventual fusión entre las distribuidoras de su dominio y la mayor generadora del país.

33- Que esta situación produciría un gigante de la distribución y generación eléctrica, total y absolutamente autosuficiente en materia de suministros, razón por la cual, por su naturaleza, no necesitaría licitar la energía que debería comprar para distribuír entre sus consumidores, pues esta mega empresa la obtendría de sus propias fuentes de producción.

ES COPIA DEL ORIGINAL

34.- Que en esta eventualidad se producirían cuatro (4) efectos perniciosos para la competencia en el mercado eléctrico: a) Al no existir licitación de suministros, la energía se cotizaría al precio de nudo fijado por la autoridad, **sin que pudiera traspasarse "a los usuarios los eventuales menores costos derivados de este sistema de compras"**, o sea, licitación, de acuerdo a la exigencia contenida en la decisión 4.4 de la Resolución N° 488, de 1997; b) Esta mega empresa coparía o acapararía la casi totalidad de la energía que la actual ENDESA produciría a través de sus plantas hidro y termo eléctricas, dejando virtualmente desabastecido al resto de los usuarios del sistema, que prácticamente tendrían que comprar la energía que necesitan en un mercado mucho más reducido, y por lo tanto, menos competitivo; c) Que al no existir suministradores extraños a la mega empresa que se forme no podrían reclamarse las indemnizaciones por no satisfacción de la demanda a que tendrían derecho los usuarios, de acuerdo con la normativa del artículo 99 bis de la Ley General de Servicios Eléctricos, en caso de desabastecimiento eléctrico, el que debe ser indemnizado a todo evento; d) Que también es de presumir que esta situación favorezca la posibilidad de dificultar el suministro de otras generadoras a clientes de precio libre en el área de concesión, como lo previó el Organismo Controlador Argentino con EDENOR y EDESUR, y como ocurrió de hecho con anterioridad en nuestro país, con el suministro de Colbún S.A. a la empresa METRO S.A., como fue de público conocimiento, lo que llevó a esta H. Comisión a resolver en el mes de Marzo de 2001, por Resolución N° 592, y de acuerdo a la facultad que le confirió la ley 19.674, en el sentido que debe estar sujeto a fijación de precios, entre otros servicios asociados al suministro eléctrico, **"los peajes adicionales para clientes libres (utilización de instalaciones de distribución y subtransmisión) ubicados dentro de la zona de concesión".**

35.- Que atendida la obligación que confiere el artículo 17 del Decreto Ley N° 211 a esta Comisión Resolutiva, en orden a supervigilar la adecuada aplicación de esta ley, y las facultades que dicho artículo le confiere, la declaración de la Excma Corte Suprema en orden a que los organismos que tienen a su cargo el control antimonopolio, junto con vigilar el comportamiento de las empresas involucradas, **tendrán que adoptar oportunamente las medidas que sean necesarias para asegurar y restablecer la transparencia de dicho mercado**, como se recordara en el fundamento 12 de este voto, y la declaración de esta H. Comisión Resolutiva hecha en el fundamento Décimo Séptimo de la Resolución N° 488, de 1997, **en orden a "prevenir la ocurrencia de acciones estratégicas de empresas o grupos de ellas, que les permitan crear, aumentar y/o mantener un poder de mercado que significativamente modifique las condiciones en que éste opera"**, recordada en el motivo 24 precedente, este disidente llega a la conclusión que la participación que actualmente ENERSIS tiene en ENDESA y que llega al 59,98% y que podría llegar al 65%, como se ha señalado, si este Tribunal no adopta medidas correctivas sobre el particular, **constituye un atentado a la libre competencia que esta**

ES COPIA DEL ORIGINAL

Comisión debe evitar, por lo que estima absolutamente necesario ordenar que la empresa ENERSIS S.A. se desprenda de las acciones de la Empresa Nacional de Electricidad S.A. (ENDESA) que posea por sobre el 25,28% que tenía a la fecha de la Resolución N° 488, de 1997, porcentaje que fue aceptado tácitamente por la antedicha Resolución, como se ha recordado en el considerando 7° precedente, debiendo limitarse a ese porcentaje su participación en dicha empresa, dentro de un término o plazo de dieciocho (18) meses para que proceda a enajenar a terceros extraños las acciones que posea por sobre el porcentaje señalado.

36.- Que aunque no existiera la intención de fusionar las empresas distribuidoras y de generación de propiedad de ENERSIS, resulta evidente que al poseer esta última tal grado de participación en ellas, debería llegarse la misma conclusión contenida en el motivo 35 precedente, o sea, que existe una situación contraria a la libre competencia, razón por la cual debe ordenar la enajenación del 34,7% de las acciones de ENDESA S.A. adquiridas por ENERSIS en la OPA y Tender Offer de 1999, porque casi las mismas perniciosas consecuencias establecidas en el fundamento 34 anterior se podrían producir siendo ENERSIS abrumadoramente mayoritaria en Chilectra S.A., Río Maipo S.A. y ENDESA S.A.

37.- Que de aceptarse que ENERSIS S.A., controlada por ENDESA ESPAÑA, pueda tener el 65% de las acciones de ENDESA S.A. (CHILE), significaría de hecho, destruir todo el esfuerzo institucional realizado por el país desde 1982 en adelante, tendiente a dejar sin efecto el monopolio eléctrico de la generación que pertenecía al Estado, reemplazándolo por un monopolio particular, con la agravante de que ENDESA S.A. es la poseedora legal de la inmensa mayoría y más importantes derechos de aprovechamiento en el Sistema Interconectado Central y de los grandes caudales de los ríos del Sur de Chile, como el Baker, Pascua y otros, capaces más que duplicar la capacidad hidroeléctrica instalada del país.

38.- Que una decisión como la expuesta en el motivo 35 del presente voto, tiene una aprobación importante en el ámbito académico, como aparece de la inserción que en copia rola a fs 211 del cuaderno de medidas precautorias, en la que los distinguidos economistas José de Gregorio, Eduardo Engel, Ronald Fischer, Alexander Galetovic, Patricio Meller, Alejandra Mizala, Andrea Repetto y Pilar Romaguera, del Centro de Economía Aplicada (CEA) del Departamento de Ingeniería Industrial de la Universidad de Chile, en la que sostuvieron que "una vez más se discute la conveniencia de la integración vertical en el sector eléctrico. Esta vez ENERSIS tomó el control absoluto de ENDESA, con un 60% de las acciones, a diferencia de ocasiones anteriores, en que el control dependía de la anuencia de los fondos de pensiones. ¿Qué implica para el bienestar del país que una empresa controle la principal distribuidora de electricidad.....y más del 60% de la capacidad de generación del Sistema Interconectado Central?" Se agrega a continuación en dicha

SECRETARIA
ES COPIA DEL ORIGINAL

declaración que "el problema es que la integración vertical en el sector eléctrico tiene el potencial de ayudar a que el monopolio natural eluda la regulación permitiendo que la firma integrada obtenga rentas monopólicas" y esto porque "un monopolista integrado puede traspasar los costos de la generación a la empresa distribuidora, (como se advirtió en el motivo 34 letra a) de este voto) dándole rentas a la generadora y haciendo que los usuarios paguen mayores tarifas de distribución. La transferencia de utilidades se ve facilitada debido a que ENERSIS es dueña de porcentajes similares de Chilectra y Endesa", concluyendo que **"creemos que fue un error permitir que Enersis tomara el control de Endesa, lo que hará más difícil regular el sector en forma eficiente."**

39.- Que por su parte el académico **Paul Joskow**, profesor y director del Massachusets Institute of Technology (MIT) de Estados Unidos, en una entrevista publicada en El Mercurio de 18 de Julio de 2000 y que rola a fs 441 del tomo II del Cuaderno Principal de esta causa, donde se expresa que se quiere evitar la concentración de propiedad que impida la participación conjunta de una misma sociedad en la generación, transmisión y distribución de energía eléctrica y posibles monopolios en un sector estratégico de la economía y las alzas de precios que se generarían de lo anterior, sostiene "que los problemas se tornan peores cuando se combinan en un sistema un gran generador con un solo gran distribuidor, no dejando espacio para firmas menores independientes", asegurando "que el sistema chileno sufre el problema de la concentración", agregando que el camino más claro **"para tener un sistema eficiente es la desintegración vertical".**

40.- Que en su contestación de fs 290 y siguientes, ENERSIS plantea que la causa de autos tiene por mercado relevante al Sistema Interconectado Central y no a la transacción de acciones de ENDESA, haciendo presente que ésta última es mucho más que las instalaciones de generación que posee en Chile, teniendo en el país, además, inversiones inmobiliarias y en el extranjero activos eléctricos que no influyen en el desarrollo eléctrico del país.

41.- Que lo cierto es que para obtener el control de más del 55% del sistema de generación del Sistema Interconectado Central, ENERSIS tuvo que adquirir acciones de la sociedad anónima denominada EMPRESA NACIONAL DE ELECTRICIDAD S.A., y como los títulos de ella son indivisibles por su naturaleza, ésta Comisión solo puede actuar respecto de la toma de control absoluto de ENDESA por medio de las acciones adquiridas, y en consecuencia, la decisión de ordenar que ENERSIS disminuya su participación en ENDESA desde un 59,98% de su propiedad hasta el 25,28% que poseía en Abril de 1999, se ajusta a derecho, pues lo contrario obligaría a esta Comisión a tomar decisiones relativas a la división de dicha empresa, lo que podría perjudicar a sus accionistas y esta medida no hace otra cosa que reponer la situación patrimonial al estado anterior que existía antes que se produjera el requerimiento del Fiscal Nacional Económico por la conducta monopólica de la requerida.

ES COPIA DEL ORIGINAL

42.- Que en su contestación de fs 233 y siguientes, ELESUR S.A. sostiene que el requerimiento del Fiscal Nacional Económico contraría la garantía constitucional del artículo 19 N° 21 de la Constitución Política de la República, que garantiza a todas las personas "el derecho a desarrollar cualquier actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen", agregando que si bien es efectivo que no hay dudas que el Decreto Ley 211 forma parte de las "normas legales" que regulan la actividad económica, no lo es menos que el mismo y sus órganos no pueden sobrepasar a la Constitución. De esta forma, si no hay norma legal que prohiba, limite o entrabe la participación simultánea en la propiedad de las empresas eléctricas en sus diversos rubros, no se visualiza como podría, al amparo de dicha disposición legal, conculcar un derecho constitucional.

43.- Que tal alegación debe desestimarse desde el instante que la misma coadyuvante reconoce que la legislación contenida en el Decreto Ley 211 forma parte de las normas legales que regulan la actividad económica, y es precisamente esta legislación, como se ha determinado en los considerandos 13° y 25 ° de esta disidencia, la que permitiría impedir conductas monopólicas para evitar que se afecte la libre competencia, y son los órganos de la competencia, entre los cuales se encuentra esta H. Comisión, los que pueden adquirir, en un proceso llevado con la regularidad que la ley establece, la convicción de que determinados hechos o actuaciones, como la compra de acciones en un alto porcentaje de una empresa estratégica del sector de la generación eléctrica, constituye un acto contrario a la libre competencia y pueden, asimismo, tomar medidas para evitar que ello ocurra, como sucedió efectivamente en el sector telecomunicaciones en la causa contra Telefónica España.

Así, por lo demás, lo resolvió la I. Corte de Apelaciones de Santiago en fallo de 19 de Octubre de 1992, confirmado por la E. Corte Suprema el 19 de Abril de 1993, en recurso de protección deducido en contra de esta H. Comisión Resolutiva, en ocasión cuando esta H.Comisión, como se señalara en el motivo 25 de esta disidencia, dictó la Resolución N° 368, de 7 de Abril de 1992, ordenando que Telefónica de España, que poseía un 20% de acciones de Entel y un 48 % de las acciones de la Compañía de Teléfonos de Chile, debía optar por uno de esos títulos, por cuanto la posesión conjunta de dichas acciones constituía un atentado en contra de la libre competencia.

44.- Que en relación con la presunta infracción de la garantía constitucional del N° 23 del artículo 19, también planteada por la coadyuvante, se pueden dar las mismas razones precedentemente señaladas para rechazar tal alegación.

45.- Que en relación con la garantía constitucional del derecho de propiedad establecida en el numeral 24 del artículo 19 de la Carta Fundamental, la misma sentencia citada en el considerando 43 anteprecedente, se encarga de señalar que una decisión como la tomada por la H. Comisión Resolutiva es una resolución judicial ajustada a derecho, que no importa

SECRETARIA

ES COPIA DEL ORIGINAL

expropiación y que no es un acto expropiatorio, por cuanto no se está afectando el derecho de dominio.

46.- Que para precaver la correcta ejecución de esta medida, es opinión de este disidente que deberán adoptarse diversos resguardos para preservar la integridad de ENDESA como sociedad anónima, entre las que deberán considerarse las siguientes: a) ENERSIS como accionista de ENDESA y mientras dure el proceso de reducción de su participación accionaria del 59,98% al 25,28%, sólo podrá utilizar el poder que le dan las acciones que posea para dar quórum en las Juntas Ordinarias o Extraordinarias de Accionistas, pero para tomar decisiones en esas Juntas Ordinarias o Extraordinarias de Accionistas solo podrá utilizar el poder que le dan el 25,28% de dichas acciones; b) Mientras dure el proceso de reducción de su participación accionaria solo podrá concurrir con su voto con un poder de 25,28% a la toma de decisiones relativas a la enajenación de activos de ENDESA o relacionados con su fusión o división; c) Se mantendrán íntegramente vigentes las medidas adoptadas en la Resolución N° 542, de 10 de Mayo de 1999, aclarada por la N° 544, de 16 de Junio de 1999, relacionadas con los Directores de ambas empresas y las empresas auditoras que las fiscalicen; d) ENERSIS deberá informar mensualmente a esta Comisión Resolutiva el cumplimiento de las medidas que adopte para reducir su participación accionaria, y las demás que contiene este fundamento.

47.- Con todo, en opinión de este disidente cabría acceder a la aplicación de una multa solicitada por la Fiscalía Nacional Económica, por cuanto ENERSIS omitió requerir un pronunciamiento previo de los organismos de defensa de la competencia, que le hubiere autorizado para intentar obtener por vía de una oferta de adquisición de acciones el control absoluto de ENDESA, no obstante existir reiterados pronunciamientos sobre la materia que cuestionan el alto grado de concentración accionaria en dicha empresa y la mayor profundización de la integración vertical en el sector eléctrico. Estos precedentes hacían necesario que la operación fuere consultada, razón por la cual debería aplicarse, al no pedir dicha autorización la requerida, un multa en el máximum que permite la ley, esto es, de 10.000 unidades tributarias mensuales, atendida la cuantía de la negociación.

Notifíquese por cédula al Fiscal Nacional Económico, a Enersis S.A., Empresa Nacional de Energía S.A., Elesur S.A., Chilectra S.A., Compañía Eléctrica del Río Maipo S.A., y a las partes denunciante y coadyuvante.

Comuníquese al Ministro de Economía, Fomento y Reconstrucción, a la Secretaria Ejecutiva de la Comisión Nacional de Energía, al Superintendente de Electricidad y Combustibles y al Superintendente de Valores y Seguros.

Publíquese en extracto por una sola vez en el Diario Oficial, la parte resolutiva contenida en los numerales 1° a 6° precedentes.

ES COPIA DEL ORIGINAL

Regístrese y archívese, en su oportunidad.
Rol N° 577-99.

Pronunciada por don José Luis Pérez Zañartu, Ministro de la Excma. Corte Suprema y Presidente de la Comisión; don Alberto Undurraga Vicuña, Director del Servicio Nacional del Consumidor; don Eduardo Jacquin Navarrete, subrogando al Director del Servicio Nacional de Aduanas; don Antonio Bascuñán Valdés, profesor y ex Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile; y don Patricio Rojas Ramos, Decano de la Facultad de Ciencias Económicas y Administrativas de la Universidad Finis Terrae.

COMISION RESOLUTIVA
SECRETARIA
DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

JAIME BARAHONA URZUA
Secretario Abogado
COMISION RESOLUTIVA

ES COPIA DEL ORIGINAL

JUICIO CON AGREGADOS
3 cuadernos

INGRESO Nº : 4338 QUEJAS

FECHA : 06/11/2002
FOJAS : 1 A 101

SALA: 3ª
RELATOR: Sr. VENEGAS.

Ordenado foliar.
[illegible]

CORTE SUPREMA
CHILE

Sr. Urrutia
3ª Sala
06.03.07
Autos Sr. Fáez

(CIVIL) QUEJA

INTERPUESTO POR : BRIONES ESPINOSA RAMON

CONTRA SR(S). : UNDURRAGA VICUÑA ALBERTO
JACQUIN NAVARRETE EDUARDO
BASCUÑAN VALDES ANTONIO
ROJAS RAMOS PATRICIO

TRIBUNAL RECURRIDO: HONORABLE COMISIÓN RESOLUTIVA

SALA : (ROL CORTE : 577-1999)

ROL JUZGADO : 0

JUZGADO : .

CARATULADO: FISCAL NACIONAL CONTRA ENERSIS S.A,.

MATERIA : ,.

RECUSADO SR.: INHABILITADO SR.:

Con

ABOGADO DEL RECURRENTE:
BOSSELIN CORREA HERNAN

ABOGADO DE LA CONTRAPARTE:

PROCURADOR DEL NUMERO DEL RECURRENTE:

PROCURADOR DEL NUMERO DE LA CONTRAPARTE:

09.01.07

Poder Judicial

178

Santiago, quince de mayo del año dos mil tres.

Vistos y teniendo presente:

1°) Que el recurso de queja se encuentra contemplado en el Título XVI del Código Orgánico de Tribunales, que trata "De la jurisdicción disciplinaria y de la inspección y vigilancia de los servicios judiciales", y está reglamentado en su párrafo primero que lleva el epígrafe de "Las facultades disciplinarias";

2°) Que conforme al artículo 548 de ese cuerpo legal, el recurso de queja solamente procede cuando en la resolución que lo motiva se haya incurrido en falta o abuso graves, constituidos por errores u omisiones manifiestos e igualmente graves;

3°) Que, en el presente caso, el mérito de los antecedentes no permite concluir que los jueces recurridos -al decidir como lo hicieron- hayan realizado alguna de las conductas que la ley reprueba y que sería necesario reprimir y enmendar mediante el ejercicio de las atribuciones disciplinarias de esta Corte; y

4°) Que lo anterior no significa necesariamente compartir la apreciación de los hechos y la aplicación del Derecho efectuada por los funcionarios reclamados.

Y de conformidad, además, con lo dispuesto en los artículos 545 y 549 del Código Orgánico de Tribunales, se declara que **se desecha** el recurso de queja interpuesto en lo principal de la presentación de fojas 70.

Acordada con los votos en contra de los Ministros Srta. Morales y Sr. Oyarzún, quienes estuvieron por acoger el recurso en los términos planteados por los recurrentes, por estimar que en la aludida sentencia se incurrió en falta o abuso reparable por esta vía disciplinaria.

I) En efecto, en lo considerativo de dicha sentencia se reconoce la nueva situación de control de Endesa por Enersis, puesto que ha llegado a detentar un 59,98% de su capital

social, lo que las constituye a ambas en empresas verticalmente integradas, controladoras de recursos de carácter esencial para la economía nacional, como son los activos de generación y distribución de energía eléctrica (considerando 23°);

II) En la citada resolución, se deja, además, expresa constancia de las diversas situaciones que en dicho escenario podrán ocurrir, como "acciones estratégicas de empresas, o grupos de ellas que les permitan crear, aumentar y/o mantener un poder de mercado que significativamente modifique las condiciones en que este opera cuando se las compara con estructuras de mercado alternativas y eficientes..." (igual considerando);

III) Reconoce que: "El elevado nivel de participación de Enersis en Endesa constituye una situación que podría dar lugar a la posibilidad de que existan decisiones futuras del grupo empresarial Enersis en orden a fusionar la empresa generadora Endesa con una o ambas de las distribuidoras que controla Chilectra S.A. y Compañía Eléctrica del Río Maipo S.A. (considerando 28°);

IV) Considera que "una fusión entre Endesa S.A. y Chilectra S.A., con las participaciones de mercado ya señaladas, puede afectar el mercado de la generación debido a la pérdida de un poder de compra tan importante como es Chilectra, produciéndose un efecto de cierre de mercado para las generadoras existentes y/o potenciales..." y "...los usuarios sometidos a fijación de precios perderían la posibilidad de beneficiarse de la competencia en las licitaciones de suministro ya que no se traspasarían los menores costos de compra, ...sino que siempre estarían afectos a la tarifa máxima determinada por la autoridad" (considerando 29°)

Corte Suprema
Poder Judi

29°);

V) No obstante las distintas posibles y graves repercusiones en el mercado eléctrico que en la citada sentencia se detallan, de las que se ha dejado constancia ut supra, en lo decisorio sólo acoge la petición cuarta del requerimiento formulado a fojas 124 de los autos a la vista, por el señor Fiscal Nacional Económico de la época, abril de 1998, don Rodrigo Asenjo Zegers, quien en las peticiones 1ª, 2ª y 3ª solicitaba la adopción de medidas más drásticas respecto de Enersis S.A., fundado en que la aludida empresa no requirió "un pronunciamiento previo de los organismos que la institucionalidad chilena contempla para la defensa de la libre competencia que la hubiere autorizado para intentar obtener por vía de una Oferta Pública de Adquisición de Acciones, el control absoluto de la Sociedad Endesa S.A., no obstante existir reiterados pronunciamientos sobre la materia que cuestionan el alto grado de concentración económica y profundización de la integración vertical en el sector eléctrico, lo que hacía absolutamente necesario que tal operación fuera consultada por tratarse de un acto que puede alterar la libre competencia en los términos establecidos en la letra b) del artículo 8°, en relación con el artículo 14 del Decreto Ley N°211, de 1973;

VI) Queda así de manifiesto que la recurrida, con pleno conocimiento de lo irregular de la iniciativa de Enersis S.A., concretada durante la tramitación del requerimiento -toda vez que logró una participación del 59,98% de las acciones de Endesa S.A.-, desoyó u olvidó sus propios asertos y recomendaciones vertidos en las Resoluciones N°368 de 7 de abril de 1992 y N°488 de 11 de junio de 1997, esta última

cuando Enersis sólo controlaba el 25,27%, porcentaje que si bien estimó que en ese momento no afectaba en términos relevantes la competencia, no impidió que reconociera como parte fundamental el rol que la ley le asigna "prevenir la ocurrencia de acciones estratégicas de empresas o grupos de ellas, que les permitan crear, aumentar y/o mantener un poder de mercado que significativamente modifique las condiciones en que éste opera...". Esta es la actual posición de Enersis S.A., según se dejó consignado en los propios fundamentos del fallo que se impugna; como también olvidó considerar lo que ha sido la política nacional en materia de generación, tramisión y distribución eléctrica, adoptada a raíz de la privatización de las empresas eléctricas de propiedad del estado y que detalladamente se señala en los considerandos del 14° al 20° del voto de minoría;

VII) Finalmente, en criterio de quienes disienten, no es óbice a su posición de acoger el recurso de que se trata, la circunstancia de que sean los terceros coadyuvantes y no el señor Fiscal Nacional Económico quienes recurren, ya que al ser aceptados como tales hicieron suyos los planteamientos del requirente y por tal circunstancia se les debe estimar agraviados con lo resuelto

Agréguese copia de la presente resolución a los autos traídos a la vista, hecho, devuélvanse ellos al tribunal de origen.

Regístrese, comuníquese y archívese.

N°4338-2002.

ciento ochenta

Poder Judicial

186

si
os
mo
la
de
ier
en
.,
o
do
y
de
ue
n°

es
la
l
er
iel
ar

os
de

Pronunciado por los Ministros señores Ricardo Gálvez B., Domingo Yurac S., Humberto Espejo Z., señorita María Antonia Morales V. y señor Adalis Oyarzún M.

En Santiago, a QUINCE de MAYO de dos mil DIECIS notifiqué por el estado diario la resolución precedente.