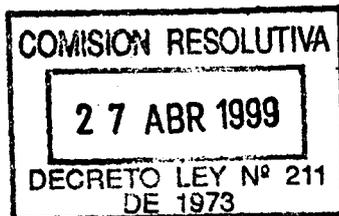


REPUBLICA DE CHILE
FISCALIA NACIONAL ECONOMICA
Agustinas N° 853, Piso 12
Santiago



124

OF. ORD. FNE N° : 170 /

EN LO PRINCIPAL: Formula requerimiento en contra de la empresa Enersis S.A.; **EN EL PRIMER OTROSÍ:** Solicita con carácter de precautoria la medida que indica, sin previa audiencia de la requerida; **EN EL SEGUNDO OTROSI:** Acumulación.

H. COMISION RESOLUTIVA.

Rodrigo Asenjo Zegers, Fiscal Nacional Económico, con domicilio en Agustinas 853, piso 12, Santiago, a esa H. Comisión Resolutiva con el debido respeto digo:

Que, en ejercicio de las atribuciones que me confieren los artículos 17, letra a) y 24 letras a), b) y c) del texto vigente del Decreto Ley N° 211, de 1973, vengo en formular requerimiento en contra de la sociedad anónima abierta "ENERSIS S.A.", representada por su Gerente General don Juan Ignacio Domínguez Arteaga, ambos con domicilio en Santo Domingo 789, Santiago, sobre la base de los antecedentes y consideraciones que expongo a continuación:

ANTECEDENTES

I.- La investigación de la Fiscalía Nacional Económica.

1°. Mediante oficio N° 160 de fecha 20 del mes en curso, esta Fiscalía Nacional Económica presentó un informe en la causa Rol N° 577-99, al tenor de lo resuelto por S.S. con fecha 27 de enero de 1999, respecto de la denuncia y demás antecedentes acompañados a ella, relacionados con la toma del control de ENERSIS S.A. por parte de Endesa S.A. de España (ENDESA ESPAÑA), y de Empresa Nacional de Electricidad S.A.(ENDESA CHILE) por ENERSIS S.A., respectivamente, interpuesta por los señores Ramón Briones y Hernán Bosselin, por sí y en representación de los H. Diputados señores Ricardo Rincón González,

Luis Pareto González, Jaime Jiménez Villavicencio, Sergio Velasco de la Cerda y Patricio Walker Prieto, quienes se hicieron parte formalmente en la investigación de esa denuncia.

2°.- Que para los efectos de emitir el informe citado, ésta Fiscalía resolvió abrir un proceso de investigación, tan pronto se recibieron los antecedentes, enrolados con el N° 172-99.

3°.- En esa investigación se han recabado diversos antecedentes, entre otros, el informe contenido en el Oficio Reservado N°2, de la Vicepresidencia Ejecutiva del Comité de Inversiones Extranjeras, relativo a las operaciones denunciadas y que indicó que los inversionistas registrados en esa Vicepresidencia, como accionistas de Elesur S.A., son las sociedades ENDESA Desarrollo S.A. y ENDESA Internacional S.A., ambas sociedades anónimas constituidas en conformidad a las leyes del Reino de España; que en cuanto a algún registro de inversión extranjera cuyo titular sea ENDESA S.A., informó que éste no existe en esa Vicepresidencia y se acompañaron diversos antecedentes relativos a la estructura jurídica de Elesur S.A., que se encontraban en su poder.

Por Oficio Ordinario N° 1003, el señor Superintendente de Valores y Seguros, remitió copias autorizadas de las Fichas Estadísticas Codificadas Uniformes o FECUs de las empresas ENERSIS S.A., Empresa Nacional de Electricidad S.A., Aguas Cordillera S.A. y Chilectra S.A., de fecha 30 de septiembre de 1998.

4°.- Por presentación de fecha 12 de febrero del año en curso, el Gerente General de ENERSIS S.A., don Pablo Ihnen de la Fuente, acompañó antecedentes e informó, en resumen, lo siguiente: que en cuanto a la denuncia de autos, ella “alude a diversos hechos o conductas, relacionadas o imputadas a terceros, respecto de los cuales no corresponde a esta Compañía emitir opinión”; que en relación a la integración vertical de ENERSIS S.A. señaló que, “sobre el particular, nos remitimos a los fallos emitidos por la Honorable Comisión Resolutiva y a lo expuesto por esta Compañía en los procesos que dieron lugar a tales fallos”.

5°.- Con igual fecha, el Gerente General de ELESUR S.A., don Martín Madrid Sanz, informó, en resumen, que la primera acción adoptada por ella en el proceso de toma de control de ENERSIS, fue comunicar el hecho, previamente, a la Superintendencia de Valores y Seguros y a la Securities and Exchange Commission (SEC); que “la realización de esta etapa sólo se llevó a efecto en un carácter meramente informativo, pues, por un lado, ENDESA ESPAÑA no había tomado (a Enero de 1999) decisión alguna al respecto y por otro, no existe obligación legal alguna de solicitar autorización previa de carácter formal a la autoridad fiscalizadora para la realización de una operación de este tipo”.

Dio cuenta además, que “entre las Condiciones de la Oferta, se encuentra la de realizarse una Junta Extraordinaria de Accionistas de ENERSIS S.A., destinada a modificar los estatutos de esta sociedad en lo relativo al límite máximo de concentración accionaria, del 32% actual al 65% de la tenencia accionaria”; que dicho porcentaje (32%) de concentración accionaria no es inamovible en la medida que se pretenda mantener la posibilidad de que las AFP participen en la propiedad de la compañía; que las AFP, que detentan acciones en ENERSIS, poseen, en conjunto, un porcentaje superior al 29%; y expresó, que “Es evidente que las mismas AFP tienen en su poder la decisión respecto del cumplimiento de la condición indicada y de la aceptación o rechazo de la oferta de adquisición de acciones, alcanzando con su decisión al resto de los accionistas, aún cuando estos tuvieran interés en aceptar la oferta.”

Argumentó que si bien ENERSIS mantiene inversiones importantes en materias de agua potable y sanitarias, siendo controladora de la empresa Aguas Cordillera S.A., y que recientemente se adjudicó el 35% de las acciones de la sociedad estatal ESVAL, lo anterior se encuentra totalmente regulado por el legislador.

En resumen, sostuvo el representante de ELESUR que el proceso de toma de control de ENERSIS, “nada tiene que ver con integración vertical. Dicho tema se discutió a propósito de la participación de compañías eléctricas en forma simultánea en materias de generación, distribución y transporte de energía eléctrica. La OAA se encuentra dirigida exclusivamente a los accionistas de ENERSIS S.A. por lo cual, si bien como consecuencia de la misma puede resultar un cambio en la composición accionaria de esta sociedad, ello no altera en modo alguno la situación de hecho conocida y resuelta por la Comisión Antimonopolios, por lo cual toda referencia a integración vertical es enteramente ajena a la oferta de que se trata”; y, en consecuencia, ninguno de los hechos señalados en la denuncia constituiría un atentado a la libre competencia ni tampoco representaría un abuso en que incurra quien ocupa una situación monopólica.

6°.- Comparecieron ante la Fiscalía mediante presentación escrita de fecha 26 de marzo pasado, los señores Carlos Almarza M. y Mario Guevara T. representando el Comité de Accionistas Minoritarios de ENERSIS. Hicieron presente su asombro ante el silencio guardado por la Fiscalía Nacional Económica frente a los planes públicamente informados por ENDESA ESPAÑA en orden a mantener la integración vertical entre ENDESA CHILE y ENERSIS (incluyendo las distribuidoras CHILECTRA y RIO MAIPO), todo lo anterior si resultare exitosa su oferta de adquisición de acciones (OAA) sobre ENERSIS. Luego de referirse a la posición de la Fiscalía en lo relativo a la integración vertical de la generación,

transmisión y distribución en el sector eléctrico, señalaron que en la Junta Extraordinaria de ENERSIS, de 4 de enero pasado, se aprobó la venta mediante licitación del paquete accionario en ENDESA CHILE, que corresponde aproximadamente a un 25% del capital social de ésta última; que entre las razones que se tuvieron presente para tal decisión, se encontraba la conveniencia de eliminar la integración vertical con el objeto de mejorar las condiciones de competencia en el sector, lo que en definitiva permitiría una mayor especialización de cada una de las empresas en su rubro y una mayor competencia en el ámbito de todo el sector eléctrico chileno; que ENDESA ESPAÑA ha lanzado su OAA, anunciando explícitamente que si adquiere el control accionario de ENERSIS, no venderá el referido paquete accionario que la sociedad tiene en ENDESA CHILE; y aún más, ha señalado por escrito, en los documentos de la última OAA, su interés en controlar simultáneamente ENDESA CHILE, para lo cual podría lanzar una OPA después de tomar el control de ENERSIS.

7°.- La Fiscalía Nacional Económica, mediante el oficio antes citado, manifestó su opinión concluyente en relación con la toma de control de ENERSIS por ENDESA ESPAÑA, en los siguientes términos:

- a) Que la toma del control total de ENERSIS S.A. por parte de ENDESA-ESPAÑA modifica la propiedad del holding nacional, pero, según lo hace ver la propia denunciada ELESUR, no altera mayormente la estructura del mercado eléctrico en aquellos aspectos que pudieran afectar negativamente el régimen de competencia, como son la concentración de la industria de generación o el nivel de integración vertical entre las actividades de generación, transmisión y distribución. Tampoco modifica dicha operación mayormente la estructura de otros mercados donde ENERSIS S.A. tiene una participación relevante, tales como el sector sanitario e inmobiliario.
- b) Que no está acreditado que los mecanismos utilizados por ENDESA-ESPAÑA para adquirir acciones de ENERSIS S.A. pertenecientes a terceros hayan constituido una infracción a la libre competencia, siendo efectivo que nuestro país carece de una adecuada regulación sobre la materia, que el Gobierno ha querido remediar mediante la presentación al Congreso de un proyecto de ley sobre ofertas públicas de acciones.

En definitiva, el Fiscal infrascrito fue del parecer de sugerir a la H. Comisión Resolutiva desechar, en esta parte, la denuncia interpuesta, sin perjuicio de analizar los otros acontecimientos y conductas al cual también el libelo se refiere.

8°.- A través de una publicación en el diario El Mercurio, de fecha 14 de abril en curso, la sociedad española Endesa S.A., comunicó su intención de tomar el control de Empresa Nacional de Electricidad S.A. a través de ENERSIS S.A. y sociedades filiales de ésta, por medio de la adquisición en Chile y en los Estados Unidos de América de una cantidad de acciones y de ADRs de ENDESA CHILE que, en conjunto, representen el 29,7% del capital social de la compañía (OFERTA DE ADQUISICION DE ACCIONES o OAA). El precio ofrecido para la compra de acciones en Chile fue de \$ 305 pesos.

Esta última cifra, con fecha 20 de abril, fue aumentada a \$ 365 pesos por acción, variando el monto a adquirir a un 34,7% de ENDESA CHILE. ENERSIS, con esta última oferta hoy vigente y que ha sido declarada exitosa, pretende lograr una participación en ENDESA CHILE ascendente a más del 60%, pudiendo, incluso, aumentarla hasta un 65% de conformidad al máximo de concentración accionaria que actualmente permiten los estatutos de esta empresa.

Cabe tener presente que en la actualidad, la participación accionaria en ENDESA CHILE es, aproximadamente, la siguiente:

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

Por su parte, cabe considerar que la sociedad estadounidense DUKE ENERGY CORPORATION, lanzó una OAA en forma previa, con fecha 18 de febrero del año en curso. El 22 de abril, ésta oferta fue declarada no exitosa retirándola del mercado y dejando a ENERSIS como la única empresa con una oferta vigente sobre ENDESA CHILE.

Los últimos acontecimientos dan cuenta que el día 22 de abril en curso, ENERSIS declaró exitosa su OAA anunciando que se habían presentado ofertas de venta en su favor que representaban más de un 20% del capital accionario de ENDESA CHILE.

Según lo informado y de acuerdo a la reglamentación impartida por la Superintendencia de Valores y Seguros, el remate de acciones, por intermedio del cual se concretará la transferencia de los títulos de los oferentes que han manifestado su voluntad de vender a ENERSIS sus acciones, se verificará el día jueves 29 de abril en curso, en la Bolsa de Comercio de Santiago.

9°.- Con fecha 16 de abril, en virtud de una solicitud del Fiscal infrascrito, el señor Superintendente de Valores y Seguros acompañó copia de la circular N° 608 de la Superintendencia a su cargo, que regla la información de toma de control de una sociedad fiscalizada, como asimismo las presentaciones y demás antecedentes relativos a las ofertas de adquisición de acciones de ENDESA CHILE, vigentes en el mercado a esa fecha, esto es, la de DUKE ENERGY CORPORATION y la de ENERSIS S.A.

II.- Posición de la Fiscalía Nacional Económica respecto de la OAA de ENERSIS sobre ENDESA CHILE.

10°.- El Fiscal infrascrito manifestó a este respecto, en resumen, lo siguiente:

- a) Que se ve en la necesidad de formular las consideraciones expuestas en el informe precitado y de advertir lo que significa la profundización de la integración vertical y el aumento de la concentración en el sector eléctrico, todo ello en cumplimiento del que considera como un imperativo mandato contenido en el artículo 24 del texto vigente del D.L. N° 211, el que expresa que el Fiscal Nacional Económico puede defender los intereses que se le encomiendan “en la forma que estime arreglada a derecho según sus (mis) propias apreciaciones.” Que no actuar de esta manera importaría en concepto del Fiscal infrascrito, un inexcusable incumplimiento de las funciones que le encomienda la ley.
- b) En el informe se concluyó que, salvo mejor parecer de esa H. Comisión, la toma de control de ENDESA S.A. por parte de 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 Decreto Ley 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.
- c) Por las razones señaladas, en dicho informe se requirió de esa H. Comisión que en ejercicio de sus atribuciones privativas que le conceden los artículos 17 y 18 del texto vigente del Decreto Ley N° 211, de 1973, se avocara de oficio al conocimiento de la materia, a fin de pronunciarse sobre la licitud o ilicitud de las ofertas de adquisición de acciones de ENDESA CHILE, y sobre la consiguiente toma de control de ella por parte de ENERSIS S.A..

- d) En el informe la Fiscalía solicitó, asimismo, que la H. Comisión accediera a la medida cautelar pedida por los denunciados, atendida la gravedad de los hechos expuestos, con el objeto de cautelar en forma inmediata y efectiva las condiciones de transparencia en el mercado eléctrico y la necesidad de resguardar el eventual ingreso de otros actores a este mercado en condiciones de competencia adecuadas.

Esta medida consistía en decretar, desde luego y sin previa audiencia de las afectadas, en la forma que señala el artículo 302 del Código de Procedimiento Civil, la suspensión de la oferta pública de acciones en remate o por cualquiera otra vía, de la Empresa Nacional de Electricidad S.A., que llevaba a cabo a esa fecha la empresa ENERSIS S.A. (sea en forma directa o por interpósita persona, o a través de personas naturales o sociedades relacionadas, coligadas, filiales o controladas por aquellas), mientras ese Tribunal resolviera sobre el fondo de la materia o por el término que estimare procedente, notificando a la afectada por cédula.

III.- Decisión de la H. Comisión Resolutiva de investigar el incremento de la participación de ENERSIS en ENDESA CHILE.

11°.- Con fecha 21 de abril pasado, luego de conocer el informe de la Fiscalía Nacional Económica, la H. Comisión decidió denegar tanto la medida de suspensión originalmente solicitada en la denuncia respecto de la OAA sobre ENERSIS, como la medida destinada a suspender las OAA sobre ENDESA CHILE.

Sin perjuicio de lo anterior, la H. Comisión, con igual fecha, y considerando el informe de la Fiscalía, la importancia y gravedad de las materias sometidas a su conocimiento y resolución, dictó, de oficio, un auto cabeza de proceso, abriendo la actual investigación que hoy nos ocupa y sobre cuya materia versa el presente requerimiento.

CONDUCTA OBJETO DEL REQUERIMIENTO: CONTROL TOTAL DE ENDESA CHILE POR ENERSIS.

12°.- De concretarse la toma de control de la propiedad de ENDESA S.A. por parte de ENERSIS, en los términos que se encuentran expuestos en el numeral 8°, no sólo se estará

modificando sustancialmente 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 S.A. y sus filiales tienen una participación de alrededor de 55% de la capacidad instalada de generación del Sistema Interconectado Central (SIC), el que suministra alrededor de un 80% del consumo eléctrico nacional; los otros dos generadores más relevantes, GENER S.A. y sus filiales y COLBUN S.A., representan, respectivamente, un 24% y un 16% de la capacidad de generación del SIC.

Adicionalmente, ENDESA S.A. es propietaria de un 99,99% de TRANSELEC, empresa que administra las principales líneas de alta tensión y unidades de transformación del SIC. Por otra parte, ENERSIS S.A. es propietaria de alrededor de un 75% de CHILECTRA S.A. y un 90% de RIO MAIPO S.A., 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 S.A..

13°.- Si ENDESA ESPAÑA, a través de ENERSIS, se adjudica el control absoluto de ENDESA CHILE se incrementará brutalmente el grado de integración vertical en el SIC, pues la primera pasaría a dominar sin contrapesos los principales activos de generación, transmisión y distribución del SIC.

En efecto, a través de la propiedad de un 60% y eventualmente de un 65% de su filial ENDESA S.A., ENERSIS S.A. **controlaría absolutamente el 55% de la capacidad de generación del SIC, el 50% del mercado de distribución y, respectivamente, el 100%, 73% y 70% de las líneas de transmisión de alta tensión de 500 Kv, 220 Kv y 154 Kv.**

La concreción de este escenario constituye, a juicio de este Fiscal, 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 del Ministerio de Minería, supone la separación de las actividades de generación-transmisión y distribución. 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 esta y los clientes libres ubicados en sus zonas de concesión, así como a las líneas requeridas para transmitir electricidad a sus clientes. Asimismo, se verían perjudicados los clientes, que verían limitada sus opciones y condiciones de abastecimiento.

El control absoluto de ENDESA S.A. por parte de ENERSIS, le permitirá a ésta última anular el contrapeso que hasta hoy han ejercido las A.F.P. y otros accionistas minoritarios para evitar acciones discriminatorias que favorezcan a su matriz y sus demás empresas relacionadas en desmedro de sus competidoras. Asimismo, intensificará los problemas de asimetría de información que favorecen a las empresas relacionadas, respecto de quienes no tienen dicha vinculación.

El alto precio que ENERSIS ha estado dispuesta a pagar por las acciones de ENDESA S.A. sólo puede explicarse por el mayor poder monopólico que le permitirá alcanzar dicha transacción y las obvias y consecuentes rentas monopólicas que espera conseguir. Los propios representantes de ENDESA ESPAÑA han afirmado: *“nunca hubiéramos podido pagar el precio que pagamos por la compañía si no hubiéramos controlado ENERSIS.”* (El Diario Financiero, de fecha 26 de abril en curso) De esa forma, han reconocido que por muy eficientes que fuesen, otros inversionistas que no estuvieren verticalmente integrados no podrían obtener iguales beneficios al controlar ENDESA S.A.. Dado que, según se estableció en el considerando decimosexto de la Resolución N° 488 (que se pronunció sobre el requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica dirigido a obtener la desconcentración del mercado eléctrico, causa rol N° 460-94 de esa H. Comisión, la que se abordará en detalle más adelante), *“quizás la conclusión más nítida que hasta ahora aparece es que la integración vertical de la etapa de distribución con la de generación no es prerequisite para la eficiencia, contrariamente a lo sostenido en algunos estudios que rolan en autos”*, debe concluirse que el mayor precio ofrecido refleja los beneficios monopólicos derivados de la transacción.

14°.- Impedir que se concrete la infracción a las normas de defensa de la libre competencia que se ha denunciado, es tarea privativa y esencial de la H. Comisión. En efecto, pesa sobre esa H. Comisión la trascendental responsabilidad de prevenir la ocurrencia de un acto que tendría graves consecuencias sobre el desarrollo futuro del sector eléctrico y la economía nacional, y cuya reparación, una vez concretada, acarrearía perjuicios mayores para los diversos actores involucrados.

Al asumir sus responsabilidades, esa H. Comisión debe tener en cuenta que la estructura y las normas actuales del sector eléctrico son aspectos que, según lo señalado en la Resolución N° 488 precitada, muestran serias imperfecciones. No es posible excusarse en el argumento que en otras condiciones de mercado o con mayores regulaciones, la adjudicación del control de ENDESA S.A. por parte de ENDESA ESPAÑA, a través de

ENERSIS, sería aceptable desde el punto de vista de la libre competencia, pues dichas condiciones no están dadas en la actualidad.

Cabe indicar que representantes de ENDESA ESPAÑA, han reconocido en el hecho los problemas que su acción puede tener sobre la libre competencia al señalar que *“lo que debe ocurrir es que exista una regulación que establezca un mercado donde las generadoras sólo pongan a disposición del mercado su producción de energía y las distribuidoras la compren”* (Declaraciones de don Alfredo Llorente, director de ENDESA CHILE y ejecutivo de ENDESA ESPAÑA al diario La Hora, con fecha 22 de abril en curso), y al indicar que *“queremos un sistema participativo donde ingresen nuevos generadores - como es en España - y si es necesario estamos dispuesto a perder la mayoría accionaria de TRANSELEC”*. Sin entrar a discutir sobre la conveniencia y suficiencia de estas medidas, éstas fueron establecidas en la Resolución ya citada, en circunstancias que el grado de integración vertical era sustancialmente menor al que se pretende alcanzar, ellas no se han concretado. En consecuencia mal puede autorizarse una transacción que claramente restringe la libre competencia.

Por otra parte muchos de los perfeccionamientos que pueden introducirse en el sector eléctrico son incompatibles con la toma de control de ENDESA por parte de ENERSIS. Por ejemplo un importante avance para tener un mercado más competitivo sería liberar los precios de venta de energía entre generadoras y distribuidoras, como ha sido la tendencia en los marcos regulatorios en otros países. Sin embargo, lo anterior es inconsistente con un mayor grado de integración vertical en el Sistema Interconectado Central. Por el contrario, un mayor nivel de integración exigiría, establecer nuevas regulaciones que son indeseables para los consumidores, las empresas y la transparencia del mercado.

IV.- La Jurisprudencia y el mandato de los Organismos de Defensa de la Competencia.

15°.- Como ya se adelantó, causas anteriormente vistas por los organismos de defensa de la competencia han puesto de manifiesto las imperfecciones que tiene el mercado eléctrico en el SIC y el rol que le cabe a los primeros, en particular a la H. Comisión Resolutiva, en prevenir la ocurrencia de hechos que atenten contra la libre competencia.

Particular mención debe hacerse en esta parte a la Resolución N° 372 de la H. Comisión, de fecha 2 de junio de 1992, en los autos caratulados “Requerimiento del Fiscal Nacional Económico en contra de ENERSIS S.A.”, Rol N° 396-91.

El requerimiento del Fiscal, como petición principal, solicitó en esa oportunidad a la H. Comisión que se prohibiera a ENERSIS y sus filiales aumentar su capital accionario en ENDESA CHILE en un porcentaje superior al que tenía al 19 de abril de 1990, fecha de celebración de la Junta de Accionistas de esta empresa, y en el evento que a la fecha dicho porcentaje estuviere excedido, se dispusiera su venta en el más breve plazo.

Al 19 de abril de 1990, ENERSIS y sus sociedades filiales tenían una participación de un 12,15% de ENDESA CHILE y las A.F.P. reunían un 22,26%, lo que en conjunto ascendía a más del 34% de su capital social, pudiendo llegar a acuerdos, según el requerimiento, que importaran el control de la dicha sociedad.

La citada resolución, dispuso en su considerando séptimo, que si bien se encontraba acreditada la participación accionaria de ENERSIS en ENDESA CHILE,

“no se ha acreditado en estos antecedentes que ENERSIS S.A., su filial Inmobiliaria Manso de Velasco S.A. y otros accionistas de ENDESA S.A., se hayan coludido para controlar ésta última empresa, o que existan acuerdos expresos o tácitos entre ellas para pactar una administración conjunta de dicha empresa eléctrica”.

En definitiva, la H. Comisión en voto de mayoría no dio lugar al requerimiento del Fiscal con los votos en contra de los miembros señores Hugo Lavados Montes, Superintendente de Valores y Seguros y Abraham Dueñas Strugo, subrogante del señor Director del Instituto Nacional de Estadísticas, quienes estuvieron por acoger el requerimiento de la Fiscalía, por considerar que:

“1) Efectivamente en este mercado se observa un elevado grado de concentración de la propiedad accionaria de ENDESA S.A. en poder de los grupos económicos representados en ENERSIS S.A., los que tenía al 19 de Abril de 1990 el 12,15% de las acciones de esa empresa;

2) Sería contrario a una debida transparencia del mercado de la energía eléctrica y a la libre competencia en esta actividad, que el grupo ENERSIS S.A., cuyo giro principal es la distribución de este producto, tuviera en ENDESA S.A. una participación accionaria mayor de la que tenía a la fecha antes mencionada.

3) Esta integración vertical de la actividad generadora y distribuidora de energía eléctrica podría crear un poder monopólico que eventualmente

pudiere dar origen a discriminaciones o abusos en perjuicio de los usuarios y de terceros competidores.”

El Fiscal Nacional Económico de la época, interpuso un Recurso de Queja en contra de dicha resolución y por sentencia de 10 de septiembre de 1992, la unanimidad de la sala de la Excma. Corte Suprema que conoció el recurso lo declaró sin lugar, agregando, “...**sin perjuicio de las medidas de fiscalización que correspondan adoptar en función de lo señalado en el fundamento segundo de esta resolución.”**

El señalado fundamento segundo tiene una extraordinaria relevancia y constituye un mandato que los organismos que la ley establece para defender la libre competencia no pueden soslayar. Es cierto que este mandato sirvió de fundamento, en parte, a la causa Rol N° 460-94, que la H. Comisión falló por medio de la Resolución N° 488; pero, obviamente, este mandato no se agota con la tramitación de dicha causa, por cuanto de su texto se desprenden predicamentos que constituyen verdaderas declaraciones de principios en torno a la transparencia y a la libre competencia que debe existir en el sector eléctrico, por lo que reproduciremos textualmente dicho considerando y lo tendremos especialmente presente al formular las conclusiones del presente requerimiento:

“Que, sin embargo, 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 eléctrica del país, ENDESA S.A., constituyen antecedentes que pudieren 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 de dicho mercado”.

Este fallo fue dictado en forma unánime por los Ministros señores Alvarez, Carrasco, Garrido, Castro y Montes. No parece necesario extenderse en mayores comentarios respecto de este fallo cuya claridad y vigencia en la situación que hoy denunciarnos, es indudable.

16°.- Otra causa conocida por esa H. Comisión, es aquella que dio origen a la ya mencionada Resolución N° 488, de 11 de junio de 1997, en los autos caratulados “Requerimiento del Fiscal Nacional Económico en desconcentración del mercado eléctrico”, Rol N° 460-94. Esta causa tuvo por objeto que se dispusiera la desconcentración de las actividades de generación, transmisión y distribución en el mercado eléctrico y se interpuso, en un primer momento, en contra de las empresas CHILECTRA, TRANSELEC y ENDESA, y, posteriormente, se amplió a ENERSIS cuando esta última incrementó en un 6% su participación en ENDESA. A esa fecha ENERSIS S.A. llegó a controlar un 25,27% de la generadora. Dentro de los fundamentos de la señalada Resolución N° 488, deben destacarse las siguientes consideraciones que transcribimos textualmente:

- a) **“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”.**
- b) **“que el sector eléctrico chileno presenta un grado relevante de integración vertical entre los principales operadores”**
- c) **“la actual estructura de propiedad que presentan las empresas dominantes (a la fecha del fallo), no es un factor relevante y determinante que, por sí solo, afecte la competencia, o que tienda a ello, en tanto se asegure en la legislación la libre entrada a la actividad y condiciones homogéneas para todos los participantes respecto de los segmentos todavía no competitivos del mercado.”**
- d) **“Que lo dicho no significa, por supuesto, que sea opinión de esta Comisión Resolutiva, que las condiciones en que operarán los distintos actores del mercado eléctrico en el futuro previsible sean tales que la sola acción de un mercado libre pueda conducir a una solución eficiente en todos los ámbitos requeridos. Sí implica, en cambio, que, para esta Comisión, debe motivarse la acción del mercado en el mayor número de instancias posibles, y que debe velarse por que tal mercado funcione lo más competitivamente factible, ya que la regulación administrativa no será nunca más que un lejano sustituto de él.”**

- e) **“Que en la eficiencia con la cual pueda operar el mercado eléctrico en el futuro, cabe, por lo antes dicho, un rol destacado a los Organismos Antimonopolios; rol que también les cabe en cualquier otra actividad en que el dinamismo de los desarrollos tecnológicos y de las conductas estratégicas sea tal que, conceptos y estructuras hoy aceptados, puedan al poco tiempo ser desechados por ineficaces.”**

Esta resolución, a su vez, si bien desestimó el requerimiento formulado por el Fiscal infrascrito para desconcentrar el mercado eléctrico, formuló en cambio, importantes conclusiones, que, en síntesis, fueron las siguientes:

- a) Que no corresponde aplicar las excepciones de preclusión y cosa juzgada alegadas por las empresas eléctricas requeridas en esos autos, que se mencionan en los considerandos primero a séptimo de la resolución.
- b) Que no ha lugar al requerimiento del Fiscal Nacional Económico de fojas 554, ampliado a fojas 950, en cuanto solicita que la H. Comisión disponga la desconcentración y 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.
- c) Que, sin perjuicio de lo resuelto precedentemente, esa H. Comisión, en ejercicio de las atribuciones que le confiere el artículo 17 inciso segundo, letra b), del Decreto Ley N° 211, de 1973, y **reconociendo la existencia en el mercado eléctrico de diversas áreas de conflictos actuales y potenciales que derivan de lo imperfectamente competitivo que son algunas de sus actividades**, la incompleta regulación del sector para las realidades actuales, y la asimetría de información que caracteriza la situación de los distintos participantes en estas actividades, estimó necesario formular las siguientes instrucciones de carácter general, destinadas a aumentar los niveles de competencia y transparencia en el desarrollo del mercado eléctrico:

1.- La autoridad debe promulgar a la brevedad el reglamento del sector y promover las modificaciones legales que correspondan con el objeto de resolver los problemas de ambigüedad hoy existentes y que dicen relación, muy especialmente, con la regulación del proceso de uso, tarifas y peajes de las redes de transmisión, tanto troncales como de los distribuidores. **De igual modo, la**

autoridad deberá estar siempre atenta a ampliar los espacios de competencia en el sector, cada vez que ello sea posible.

2.- Las asimetrías de información entre los distintos actores del mercado frente al transmisor en alta tensión, hacen necesario que la empresa Transelec S.A. se transforme, en la forma que definan sus accionistas y en un lapso prudente, en dueña de los activos de transmisión que hoy administra y en sociedad anónima abierta de giro exclusivo, así como lo deberán ser las demás empresas que entren a esta actividad en el futuro, estén o no relacionadas con empresas en otros segmentos del mercado eléctrico.

3.- La falta de un procedimiento que asegure el eficaz crecimiento de la red troncal cuando ello sea requerido, hace conveniente que la empresa de transmisión se abra a la participación accionaria de terceros generadores o no, interesados en tales ampliaciones.

4.- Por último, 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.

17°.- Como vemos, en virtud de lo anteriormente expuesto, la H. Comisión Resolutiva rechazó el requerimiento para que dispusiera la desconcentración de las actividades de generación, transmisión y distribución mediante la creación de empresas con patrimonios independientes y administración separada, pero reconoció **“la existencia en el mercado eléctrico de diversas áreas de conflictos actuales y potenciales que derivan de lo imperfectamente competitivo que son algunas de sus actividades, la incompleta regulación del sector para las realidades actuales y la asimetría de información que caracteriza la situación de los distintos participantes en estas actividades”** y formuló diversas instrucciones de carácter general destinadas a aumentar los niveles de competencia y transparencia en el desarrollo del mercado eléctrico.

Me detengo en este punto sólo para destacar que al igual como lo hiciera la Excma. Corte Suprema en su oportunidad, la H. Comisión formuló una advertencia que ella misma y, naturalmente, el Servicio a mi cargo, no puede desoír.

18°.- Adicionalmente, el suscrito estima necesario citar otros casos resueltos por las Comisiones que integran la institucionalidad de defensa de la libre competencia, y que dicen relación con el mercado eléctrico, con lo que acreditamos la permanente preocupación de estos organismos por este sector estratégico de la actividad nacional.

- a) La Comisión Preventiva Central, por su parte, al evacuar una consulta de la Corporación de Fomento de la Producción (CORFO) sobre la licitación de acciones de la empresa eléctrica Edelnor S.A., **mediante Dictamen N° 874/722 de 16 de septiembre de 1993**, sostuvo la necesidad de asegurar en los procesos de licitación, la separación de las actividades de transmisión y generación de la energía en el mercado eléctrico del Norte Grande, como forma de cautelar la transparencia en este mercado.

Dicho dictamen fue confirmado por unanimidad en la Resolución N° 399, de 26 de octubre de 1993, de la H. Comisión Resolutiva.

- b) Por **Dictamen N° 977/414, de 18 de Julio de 1996**, de la Comisión Preventiva Central, que fuera emitido con motivo de una denuncia formulada por "Metro S.A." en contra de "Chilectra S.A.", debido a las interrupciones del suministro de energía eléctrica ocurridas en el mes de abril de 1995, concluyó que si bien la denuncia no era una materia que correspondía resolver a los Organismos Antimonopolios, estimó pertinente solicitar que se agregaran los antecedentes a la causa Rol 460-94, que se seguía ante la H. Comisión Resolutiva, en razón de las siguientes consideraciones:

"La denuncia presentada por el Metro S.A. deja en evidencia que para las interrupciones del suministro por las empresas distribuidoras y que afectan a los usuarios finales, sean consumidores residenciales o empresas, no existen los suficientes resguardos, sanciones, ni responsabilidades legales. De hecho, tal como se ha demostrado, basta que la empresa distribuidora demuestre que no fue la causante de un corte de energía para que, de acuerdo a la Ley Eléctrica, quede liberada de toda responsabilidad hacia sus clientes".

"Este hecho sin duda tiene relación con la estructura de la industria que supuso el legislador al dictar el D.F.L. N° 1 de 1982. En efecto, si en la industria hubiera efectivamente competencia en la generación eléctrica y, además, las actividades de generación, transmisión y distribución fueran independientes, situación como la planteada por la denuncia

tendrían solución de acuerdo a las reglas del mercado y la libre competencia.”

“En una situación de competencia y separación de actividades, no cabe duda que un comprador de energía tan importante como la principal concesionaria de distribución del país, tendría resguardos y compensaciones suficientes en sus contratos de abastecimientos, para así poder resguardarse de las responsabilidades que enfrenta hacia sus clientes. De no ser así, la administración de la empresa sería deficiente, o bien no estaría cumpliendo sus obligaciones de cautelar los intereses sociales. Distinto es el caso, si al negarse a indemnizar a sus clientes por los perjuicios causados por un corte de abastecimiento encuentra un vacío legal que lo exime de responsabilidad y, por lo tanto, también evita repetir los perjuicios de sus clientes en contra de su proveedor si él fuere el causante del problema. En definitiva, la integración vertical permite a las empresas integradas, que sin duda causaron el problema, quedar libre de responsabilidad y que todo el perjuicio lo asuma el consumidor final.”

“ Por lo tanto, existe un vacío de la normativa legal y reglamentaria que sería conveniente subsanar. Sin embargo un análisis detallado de la historia fidedigna de la Ley indica que más que un defecto o omisión de la misma, ese vacío se produce por los supuestos de competencia en la generación e independencia de las mas diversas etapas de la industria. En la práctica, en el Sistema Interconectado Central (SIC) estos supuestos no se cumplen, especialmente por el hecho conocido de la existencia de un mismo grupo controlador de las diversas etapas.”

19°.- Debe destacarse, en el marco de la jurisprudencia de la Comisión Preventiva Central, el Dictamen N° 735 de 19 de abril de 1990, que dentro de sus considerandos declara, que no se constató una conducta que pueda limitar la libre competencia, sin perjuicio de lo cual declaró expresamente, que debía ponerse término al sistema simultáneo de propiedad accionaria de TELEFONICA ESPAÑA en la COMPAÑÍA DE TELEFONOS DE CHILE S.A. y en la EMPRESA NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES S.A., y que para este efecto, TELEFONICA DE ESPAÑA S.A. debía dentro de un plazo determinado enajenar su capital accionario en ENTEL o en CTC, a su elección.

En su considerando octavo, el mismo Dictamen señala que, “esta Comisión ha tenido especialmente en cuenta que la situación en examen no sólo debe analizarse desde el punto de vista de las conductas de los agentes económicos, como reiteradamente lo sostiene en su defensa la consultante, sino que, también, considerando que la estructura del mercado y la capacidad reguladora de la autoridad condicionan la conducta que se manifiestan o pueden manifestarse en el mercado.”

Este Dictamen fue confirmado por la Resolución N° 368 de la H. Comisión Resolutiva, que en su considerando segundo expresó:

“que la finalidad de la legislación antimonopolios, contenida en el cuerpo legal citado, no es sólo la de resguardar el interés de los consumidores sino más bien la de salvaguardar la libertad de todos los agentes de la actividad económica, sean ellos productores, comerciantes o consumidores, con el fin último de beneficiar a la colectividad toda, dentro de la cual, por cierto, tienen los consumidores importante papel. En otras palabras, el bien jurídico protegido es el interés de la comunidad de que se produzcan más y mejores bienes y se presten más y mejores servicios a precios más convenientes, lo que se consigue asegurando la libertad de todos los agentes económicos que participen en el mercado.”

Más adelante, en el considerando sexto de dicha Resolución se señala, “que una de las normas de mayor importancia que regulan esta garantía constitucional y que forman parte del llamado Orden Público Económico es, precisamente, el Decreto Ley N° 211, ya que sus disposiciones tienen por objeto evitar la distorsión de la economía a que puede conducir la manipulación de la oferta y de la demanda en el mercado”.

Esta resolución de esa H. Comisión fue confirmada por la Excma. Corte Suprema.

V.- La toma del control absoluto de ENDESA – sus efectos sobre la libre competencia.

20°.- Es efectivo que la Superintendencia de Valores y Seguros estableció procedimientos que tienden a resguardar la transparencia del proceso de oferta de adquisición de acciones que está desarrollando ENERSIS, pero este procedimiento no constituye ni está destinado a constituir garantía alguna que preserve o promueva la competencia en el sector eléctrico. Más bien ellos están forzando a los inversionistas a ofrecer un precio de compra más cercano al valor real que ellos atribuyen al control de ENDESA CHILE, el cual está indudablemente afectado por los beneficios derivados de infringir las normas de libre competencia en este mercado. En tal sentido, 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 que el valor ofrecido por el control de ENDESA, por ENERSIS supera en 140% el valor de las transacciones normales de estas acciones en la bolsa de comercio hasta fines de Febrero pasado; sólo podría explicarse por las ganancias que obtendrá al monopolizar un mercado que ya exhibe altos grados de integración vertical, concentración, asimetría de información y deficiencias regulatorias.

Por otra parte, debe tenerse en consideración que lo cuantiosos montos involucrados en la adquisición de acciones de ENDESA S.A., constituyen transacciones financieras que no involucran ningún incremento en la capacidad instalada en el SIC, que además, pudiera resultar útil para contribuir a paliar el grave déficit energético que afecta al país.

Los procedimientos establecidos por la Superintendencia, permiten que a lo menos una parte de las ganancias ilegítimas se transfieran a los accionistas que venderán sus acciones, sin embargo en ningún caso podrán beneficiar a los consumidores de electricidad en el SIC y, en general, a toda la actividad económica que depende del buen funcionamiento del mercado eléctrico. Estos, los consumidores y la economía nacional serán los verdaderos perjudicados si se llegan a concretar las acciones denunciadas en esta presentación por el Fiscal infrascrito, independientemente de cómo se distribuyen las ganancias ilegítimas entre el inversionista que se adjudique ENDESA S.A. y los accionistas que vendan sus acciones.

21°.- Tal es la certeza que nos asiste al combatir la integración vertical y la concentración excesiva y sin contrapesos en este estratégico sector, que no podemos dejar de mencionar declaraciones de prensa vertidas por los propios directores y ejecutivos de ENERSIS, a las que sucintamente nos referiremos:

En efecto, la posición de los directores de ENERSIS, elegidos con el acuerdo de ENDESA ESPAÑA respecto de la integración vertical, se manifiesta como contradictoria con la oferta de adquisición de acciones lanzada con fecha 14 de abril pasado. Son los propios

administradores de ENERSIS quienes manifestaron en su oportunidad una posición contraria al aumento de su participación accionaria en ENDESA; y aún más, con posterioridad se jugaron y obtuvieron el acuerdo de la Junta General de Accionistas de ENERSIS, en el sentido de aprobar la enajenación de la totalidad de su participación en ENDESA CHILE.

Citamos por ejemplo las declaraciones del Presidente del Directorio de ENERSIS, don José Antonio Guzmán, quien textualmente señala, al Diario La Hora, en su edición del 24 de diciembre de 1998:

“El principal argumento que hemos empleado es la agregación de valor . La verdad es que ENDESA a ENERSIS ya le agregaba virtualmente cero valor , en el sentido de argumentar su valor para los accionistas. Viceversa, el valor agregado de ENERSIS a ENDESA era también muy limitado, por que el negocio eléctrico en los últimos años ha tendido a la segregación.

ENERSIS fue creciendo desde 1988 con el objetivo de controlar el sistema eléctrico nacional sobre la base de una integración vertical que le reportaba sinergias, relación avalada por la Comisión Resolutiva en 1997, y por la cual se jugó la anterior administración.

¿Cómo se entiende este vuelco tan rápido: hace una año era atractiva y ahora no?

“Aquí no esta en juego la integración vertical. La diferencia la marca la tendencia de los dos negocios , distinta a la de hace dos años, cuando se planteó la anterior estrategia y la tendencia que se observa hoy. Efectivamente hay un cambio importante. Esta compañía (ENERSIS) tiene su vocación de distribuidora, por lo que decidió concentrarse en este negocio y aprovechando este know how incluso en negocios análogos como el sanitario.”

Luego, un columnista del El Diario, en su edición del 1° de febrero pasado señala:

“ENERSIS sostiene que hay que dividir la generación de la distribución porque hay que manejar otras habilidades. A juicio del directorio actual, la generación implica desembolsar grandes recursos y alta tecnología. A esto se agrega una creciente regulación que no mira con muy buenos ojos conservar ambos negocios.”

Más adelante “El Diario” del 5 de febrero del año en curso, sostiene:

La información proporcionada por un informe del banco de Inversión Morgan Stanley , a petición del directorio de ENERSIS y dado a conocer a principio del noviembre de 1998,

analizaba básicamente , los aspectos estratégicos involucrados en participar en uno u otro negocio. A juicio de la entidad , existe hoy una competencia intensa en generación en Latinoamérica , a lo que se suma el aumento en la volatilidad de los precios en los mercados mayoristas. El estudio destaca que "las alianzas entre generadoras y distribuidoras en un ambiente competitivo limitan las opciones de las distribuidoras". Más sentido tienen, agrega, las alianzas entre distribuidoras.

Por último, la prensa especializada resume en una publicación del 4 de febrero, la posición de la mayoría del directorio de ENERSIS, que puede sintetizarse en dos ideas centrales:

- Industria regional tiende a la separación de los negocios eléctricos: hay una creciente contraposición de intereses entre las generadoras y distribuidoras, debido al desarrollo mayorista de los mercados cada vez más extensos.
- Integración vertical no agrega valor a la distribución. Con una generación competitiva la distribución maximiza sus opciones de suministro. La generación es intensiva en capital, obligando a la distribuidora a aportarle recursos que la exponen financieramente.

22°.- Obviamente, al asumir ENDESA ESPAÑA el control absoluto de ENERSIS, sus directivos que a esa fecha sostenían lo que hemos expuesto precedentemente, renunciaron en beneficio de otros de la confianza del nuevo controlador absoluto.

Ahora ENDESA ESPAÑA ha manifestado su intención de dejar sin efecto el acuerdo de ENERSIS de desprenderse de la participación en ENDESA S.A., y para tales efectos, se ha citado a una Junta de Accionistas de ENERSIS para el día 30 de abril próximo. Debido al actual control que ha logrado ENDESA ESPAÑA en ENERSIS y al cambio de directrices ampliamente comunicado, es un hecho futuro casi cierto que la mayoría de los accionistas de ENERSIS, incluidas las A.F.P., en la mencionada Asamblea, decidirán revocar el acuerdo de desprenderse de su participación en ENDESA S.A..

Si nos atenemos a los planteamientos de la mayoría del directorio de ENERSIS antes que ENDESA ESPAÑA asumiera el control mayoritario y de la prensa especializada, en un mercado competitivo la integración vertical entre generación y distribución no agregaría valor a los inversionistas. Al querer revertir la decisión de desprenderse de la participación en ENDESA S.A., los representantes de ENDESA ESPAÑA en ENERSIS han puesto de manifiesto la intención monopólica involucrada en la toma de control absoluto de ENDESA

S.A., pues los beneficios de la operación sólo podrían explicarse por la imposición de restricciones a la libre competencia.

VI.- Grupo empresarial en el sector eléctrico.

Desde la definición de Grupo Empresarial contenida en el artículo 96 de la ley 18.045 sobre mercado de valores, se observa el peligro concreto que un grupo empresarial como el que nos ocupa, dirigido por la requerida, representa en el sector eléctrico. En efecto, se le define como *“el conjunto de entidades que presentan vínculos de tal naturaleza en su propiedad, administración o responsabilidad crediticia que hacen presumir que la actuación económica y financiera de sus integrantes está guiada por los intereses comunes del grupo o subordinados a éstos,....”*

No cabe duda que la requerida constituye la cabeza del grupo empresarial y que en consecuencia marca los intereses que persiguen sus empresas, confundándose con los propios. Para la competencia en el sector eléctrico es necesario que sus actores, sin perjuicio del legítimo afán de lucro de toda empresa actúen privilegiando el bienestar social habida consideración del rol estratégico que juega el sector eléctrico en la economía del país y el hecho de constituir un elemento central en el proceso de desarrollo y crecimiento económico. El control excesivo e incontrarrestablemente mayoritario que persigue ENERSIS en ENDESA, coloca a ésta última como parte de un conglomerado que, a su turno, forma parte uno mayor a nivel mundial que persigue como único fin el maximizar los beneficios globales del conjunto de sus empresas. De allí el peligro de que puedan adoptarse decisiones que privilegien motivaciones por entero diversas a la inversión, desarrollo y crecimiento del sector en nuestra economía, para centrar el énfasis en el desarrollo de otras actividades que forman parte del conglomerado dentro del territorio o en otras latitudes.

Pero el peligro de esta conglomeración no sólo apunta en la dirección indicada sino que también, en nuestro concepto fomenta evidentes asimetrías de información con el consiguiente riesgo de efectividad de las normas regulatorias de la actividad de que se trata e incluso del ordenamiento jurídico común que rige el comportamiento y la actividad de esta clase de agentes económicos. Aún más los niveles de concentración que persigue la requerida representan una posición de dominio incuestionable en el sector de la generación eléctrica, que al vincularlo con otras actividades del mismo sector como ser transmisión y distribución, participación relevante en otras actividades constitutivas de servicios públicos,

así como relevante participación en el sector inmobiliario, hacen del conjunto de esta integración un poder tal que constituye una barrera infranqueable para nuevos generadores en el sector eléctrico internacional. La sola posición de ENDESA al margen de sus controladoras o matrices ha significado en los últimos diez años una efectiva y real barrera al ingreso de nuevos generadores en el Sistema Interconectado Central, lo que se ve agravado por la circunstancia de ser ENDESA, por muy lejos, el mayor poseedor de derechos de agua en el país, hecho que ya por sí mismo constituye una barrera absoluta para el incremento del parque generador hidroeléctrico que, sin perjuicio de la crisis por la que atraviesa hoy, constituye un potencial de enorme relevancia para el sector.

Por último, no sólo es relevante este fenómeno de la conglomeración o diversificación (el cual adquiriría proporciones significativas de verificarse la adquisición de Endesa Chile) por la posibilidad de transacciones entre partes relacionadas que impliquen el desvío, subsidios cruzados o "remesas encubiertas" de utilidades desde el negocio regulado a uno regulado en forma más beneficiosa o simplemente no regulado. También tiene relevancia por la responsabilidad de que el sistema sea capaz de asegurar la salud y, por ende, la independencia financiera de la compañía que está prestando un servicio básico. A este respecto conviene recordar las palabras de Alfredo Llorente, quien ha manifestado "que a partir de ahora, Enersis estará bajo el paraguas de Endesa España, y los ratings de la española se deberán manifestar en las financiaciones de Enersis", (diario La Hora, Jueves 22 de Abril de 1999).

Preservar la salud financiera de la compañía es algo cuya importancia la podemos percibir en forma aún más patente en esta época de crisis energética. No es irrelevante la capacidad de las compañías para acometer nuevas inversiones. Todos estos elementos atentan gravemente contra la transparencia y una sana y efectiva competencia.

En otro orden de cosas, conviene señalar que una de las virtudes de un mercado competitivo radica en las presiones y, por ende, disciplina que el ambiente ejerce sobre las empresas. Naturalmente, la principal fuente de presión sobre las empresas y su administración proviene del comportamiento de los rivales y eventualmente, cuando procede, del regulador. Sin embargo, suelen olvidarse otras instancias de presión ejercidas por el mercado, las cuales para estos efectos hemos denominado "formas alternativas de competencia". Una de ellas, y que es la que nos interesa por haber sido potencialmente afectada por el nuevo escenario, es aquella que dice relación con la existencia de un mercado por el control corporativo.

La competencia que se da en el mercado antes aludido radica en aquella rivalidad que se da por el control o administración de las compañías por medio de adquisiciones.

Postulamos que la elevación de los límites de concentración accionaria de Endesa Chile unido a la eventual adquisición del control absoluto de la misma precluye esta importante fuente de competencia. La atomización accionaria existente hasta antes de la elevación de los límites de concentración accionaria en Enersis y Endesa, permitían tener el control con menos del 50% de las acciones, lo que posibilitaba que el mercado juzgara a la administración del controlador de turno, ejerciendo una presión que en sus últimas consecuencias se podía traducir en una compra hostil.

No es poco frecuente constatar como en grandes compañías se tiene el control de las mismas con menos del cincuenta por ciento del poder accionario. El mismo caso de Enersis (bajo la realidad antigua) es un caso demostrativo de lo anterior. Ante la existencia de un control que hemos denominado "precario" siempre será 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.

Los nuevos acontecimientos nos permite colegir que con un accionista controlador de acciones por porcentajes de más del 60%, la instancia de competencia antes aludida se hace simplemente impracticable.

VI.- Política de Estado sobre la integración en otros mercados.

23°.- En este punto debemos reflexionar un instante para señalar que los procesos de privatización en los que el Estado se ha empeñado en el pasado reciente, por definición no pueden ser procesos que importen la transferencia de un monopolio estatal a un monopolio privado. En tal sentido, en las tres privatizaciones de empresas generadoras, efectuadas en este década (EDELNOR S.A., DIVISION ELECTRICA DE CODELCO - TOCOPILLA, y COLBUN S.A.), se adoptaron resguardos para asegurar que ellas no pudieran ser controladas por las dos empresas que entonces controlaban el mercado de la generación, a saber, ENDESA S.A. y GENER S.A..

Asimismo, similares principios están siendo adoptados actualmente, cuando el Estado está empeñado en terminar con el monopolio estatal en sanitarias y puertos, entre otras áreas, y

en todas las cuales se observa una marcada tendencia a desconcentrar las diversas actividades involucradas en dichos mercados.

El precedente que estos organismos fijen, en el sentido de que en Chile la libre competencia y la desconcentración del poder económico es un valor que no se transa desde los considerandos del primitivo texto del Decreto Ley N° 211, de 1973, es enormemente relevante el devenir económico del país, en su incorporación al proceso de globalización y una muy buena carta de presentación en negociaciones internacionales que enfrenta Chile.

Como esa H. Comisión muy bien sabe, esos considerandos señalan textualmente:

“ 1° Que el monopolio y las prácticas monopólicas son contrarias a una sana y efectiva competencia en el abastecimiento de los mercados ya que mediante el control de la oferta o demanda es posible fijar precios artificiales y lesivos al interés del consumidor. 2° Que tales actividades, por otra parte, no incentivan la producción; protegen al productor o distribuidor ineficiente; tienden a la concentración del poder económico y distorsionan el mercado en perjuicio de la colectividad. 3° Que, por tanto, resulta necesario garantizar la libre concurrencia previniendo la existencia del monopolio y de las prácticas monopólicas y sancionando drásticamente su ejecución; ...”

24°.- En este punto cabe tener en especial consideración lo expresado por la unanimidad de los señores Diputados integrantes de la Comisión de Minería y Energía, en el informe sobre *“la investigación de los hechos que han motivado el racionamiento de energía eléctrica del país”*, de enero de 1999, y que fue aprobado por la unanimidad de la Sala de la H. Cámara de Diputados donde se afirma que, *“del análisis efectuado, se puede concluir en la necesidad de perfeccionar el sistema regulatorio vigente, con el propósito de otorgarle mayor competitividad y transparencia al mercado”*.

Más adelante, se agrega que *“la integración vertical de las tres áreas de comercialización de energía, que son generación, transmisión y distribución, tiene relevancia, debido a que por esta vía se controla el mercado eléctrico, lo que se traduce en una falta de competencia y de transparencia”*. *“Para evitar los problemas derivados de la integración vertical, se debe buscar el mecanismo legal que lleve a dar cumplimiento a las resoluciones de la Comisión Resolutiva tendiente a establecer un sistema de transmisión eléctrica autónomo de los productores de energía y a la vinculación que existe entre generadores y transmisores”*, haciendo clara alusión el informe a la propiedad de TRANSELEC, empresa

la cual aún no ha sido abierta a terceros por ENDESA S.A. no obstante el claro tenor de la instrucción general dictada al respecto en la Resolución N° 488 de esa H. Comisión, ya citada.

Continúa señalando el informe que *“de promover la desintegración vertical de la industria eléctrica chilena, se podría obtener un mayor grado de competencia lo que necesariamente otorgaría ventajas a los consumidores, como las que pudieran derivarse de un manejo comercial más responsable de las generadoras deficitarias, las cuales no podrían intervenir en la manipulación de la transmisión para salvar situaciones de apremio de oferta con sus clientes”*.

En cuanto a la asimetría de la información, el informe señala que *“los diversos conflictos comerciales entre las empresas generadoras han llevado a una permanente falta de información y, por ende, de transparencia en el mercado eléctrico. Ello lleva a distorsiones dado que la manipulación de información conduce a decisiones inadecuadas. Un tema central es cómo garantizar un mercado eléctrico transparente y competitivo”*.

Expresa también el informe de la Honorable Cámara de Diputados, que *“la conclusión de fondo es que el sistema eléctrico imperante no tiene las adecuadas regulaciones y no funciona de acuerdo con las leyes del mercado dada la enorme concentración de la capacidad de generación, de transmisión y distribución de la electricidad en pocas empresas privadas nacionales y extranjeras”*.

En las proposiciones finales de la mencionada Comisión se indica, entre otras, que es primordial *“Evitar la actual integración vertical que concentra el negocio eléctrico y le resta competitividad.”*

VII.- Los efectos de la cosa juzgada en el Derecho de la Competencia.

25°.- Las empresas Enersis S.A. y Elusur S.A., en sus escritos que rolan a fs. 240 y 346 del expediente de investigación de la Fiscalía Rol N° 172-99, respectivamente, han expresado que la materia a que se refiere el presente requerimiento habría sido ya resuelta por esa H. Comisión Resolutiva en los fallos que ha dictado en relación con la integración vertical del mercado eléctrico.

Estos fallos están contenidos principalmente, en las Resoluciones N°s 372 de 2 de junio de 1992 y 488, de 11 de junio de 1997, de esa H. Comisión Resolutiva.

Asimismo, representantes de la sociedad española Endesa S.A. han declarado públicamente que en esta materia existiría cosa juzgada, por cuanto esa H. Comisión habría legitimado la referida integración vertical de dicho mercado en los fallos antes aludidos.

26°.- Sobre el particular, y sin perjuicio de solicitar en la oportunidad procesal que corresponda el rechazo de cualesquiera excepción perentoria de cosa juzgada que eventualmente pudieren oponer la requerida, el Fiscal infrascrito no puede menos que expresar, desde ya, a esa H. Comisión, que, a su juicio, la institución de la cosa juzgada no puede tener lugar en los asuntos sometidos al conocimiento y resolución de ese H. Tribunal.

Y aún más, en el supuesto que ello fuere procedente, la cosa juzgada tampoco sería aplicable en la especie, por cuanto entre los fallos emitidos en esta materia por esa H. Comisión, y el asunto que le ha sido planteado con motivo del presente requerimiento, no existe la triple identidad que exige el Art. 177 del Código de Procedimiento Civil.

27°.- En primer término, es preciso dejar constancia que la institución de la cosa juzgada es propia de la legislación civil, ante la cual se ventilan conflictos entre partes de carácter e interés privado.

Para esta legislación la excepción de cosa juzgada es el efecto de verdad jurídica, indiscutible e inamovible, que la ley reconoce a las sentencias definitivas e interlocutorias a firme o ejecutoriadas, a fin de evitar que entre las mismas personas legales, sobre una misma cosa, materia o asunto, e invocando idénticas razones, vuelva a discutirse lo resuelto por una sentencia anterior.

El objeto de esta institución en el derecho común no es otro que dar seguridad jurídica a los litigantes, toda vez que las sentencias en materia civil reconocen derechos patrimoniales a las partes que constituyen derechos incorporados a su patrimonio y que son adquiridos al amparo de la garantía del dominio que consagra el Art. 19 N° 24 de la Constitución Política.

En los asuntos de carácter económico, por el contrario, que atañen al orden público económico propiamente tal, 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, y que emanan especialmente

de la institución de la cosa juzgada, por lo que tratándose de los pronunciamientos y fallos de esa H. Comisión, no es admisible extender por analogía esta institución que es propia de las normas del derecho común, y que es incompatible con los procedimientos destinados a resguardar la libre competencia en las actividades económicas, en los términos que dispone el Art. 18 letra P del Decreto Ley N° 211, de 1973.

Tanto es así que la Excma. Corte Suprema, en sentencia de 10 de septiembre de 1992, antes citada, recaída en un recurso de queja interpuesto en contra de la Resolución N° 372 de 2 de junio de 1992, de esa H. Comisión Resolutiva, reconoció que en el mercado eléctrico no podía regir la institución de la cosa juzgada, desde el momento que resolvió que una mayor significación o aumento de la presencia accionaria a que pudiere acceder Enersis S.A. en la principal generadora eléctrica del país, Endesa S.A., constituye un antecedente que pudiere 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 Decreto Ley N° 211, junto con vigilar el comportamiento de las empresas involucradas, tendrán que adoptar oportunamente las medidas necesarias para asegurar y restablecer la transparencia de dicho mercado”.

El presente requerimiento tiene por objeto precisamente impedir los efectos negativos en el mercado eléctrico que prevee ese Alto Tribunal, con motivo del eventual aumento accionario de más del 60% de Enersis S.A. en Endesa S.A., lo que le permitiría el control total de esta última empresa.

Es por ello que este requerimiento da estricto cumplimiento al mandato otorgado por la Excma. Corte Suprema a los Organismos de Defensa de la Competencia, en orden a vigilar el comportamiento de las empresas y adoptar medidas oportunas y específicas que impidan el aumento de la presencia accionaria de Enersis S.A. en la principal generadora eléctrica del país, Endesa S.A., a fin de asegurar y restablecer la transparencia de dicho mercado.

Por otra parte, debo reiterar a US. lo expresado en mi informe, contenido en el oficio N° 160 de 20 de abril pasado, en cuanto a que esa H. Comisión también ha tenido oportunidad de declarar inaplicable la institución de la cosa juzgada respecto de las Resoluciones que emite en el ejercicio de sus atribuciones, como se lee textualmente en su Resolución N° 358, de 28 de mayo de 1998, que concluyó que “esta Comisión a instancias de la autoridad respectiva, o de oficio, debería reestudiar cualquier nuevo planteamiento, sin que pudiere

alegarse que se lo impediría la autoridad de la cosa juzgada, que por las características anotadas, no procede en esta clase de asuntos”.

28°.- Que, sin perjuicio de lo antes expuesto, debo manifestar a esa H. Comisión que, aún en el supuesto que fuere procedente la mencionada institución de la cosa juzgada, en el caso particular de que trata el presente requerimiento no corresponde aplicar el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, que regla esta materia, pues en la especie no concurre la triple identidad exigida por esta disposición legal para acceder a esta excepción, en especial, la cosa pedida, tanto respecto de la Resolución N° 488, de 1997 como de la Resolución N° 372, de 1992, de esa H. Comisión.

Que, en efecto, en el presente requerimiento se reprocha a Enersis S.A. su pretensión de alcanzar una participación accionaria de más del 60% en la propiedad de Endesa S.A., lo que le otorgaría el control total de esta empresa generadora de energía eléctrica. En cambio, la Resolución N° 488, de 1997, tuvo un alcance distinto, pues lo resuelto fue la participación de la sociedad Enersis S.A. y de sus empresas relacionadas no sólo en las actividades de generación, sino también en las de transmisión y distribución eléctrica, vale decir, respecto de todos los segmentos o submercados que comprende esta actividad. En este sentido la cosa pedida fue la desconcentración de todo el mercado eléctrico, a fin de que esas actividades fueran desarrolladas por empresas independientes y patrimonialmente separadas unas de las otras.

A su vez, la Resolución N° 372, de 1992 se pronunció acerca de si procedía que Enersis S.A. aumentara su participación accionaria en Endesa S.A., de un 12,5% a un 20%, tope accionario máximo establecido en sus estatutos a esa época, y, que, en todo caso, no le otorgaba el control de dicha empresa.

De lo expuesto se desprende que la situación de mercado que pretende evitar el presente requerimiento es muy distinta de las que regían en las fechas en que se emitieron las Resoluciones N°s 372 de 1992 y 488, de 1997.

En efecto, en el año 1992 Enersis S.A. fue autorizada para concentrar hasta el 20% del capital social de Endesa S.A., lo que si bien la transformaba en una importante accionista, en caso alguno le otorgaba siquiera el carácter de controlador de dicha empresa.

En el año 1997, época de dictación de la Resolución N° 488, Enersis S.A. mantenía una participación accionaria en Endesa S.A. del 26% aproximadamente, la que subsiste a la

fecha, lo que le permite un control sólo relativo y parcial de dicha generadora, por lo que debe necesariamente llegar a acuerdos con otros accionistas para administrar esa empresa.

El requerimiento que en esta oportunidad formuló el Fiscal infrascrito, trata de evitar los riesgos evidentes que para la competencia en el mercado eléctrico representa pasar de una integración vertical que presenta un grado de control relativo a una integración vertical que implica un control total, y absoluto del mercado, lo que haría sin duda ineficaz los mecanismos regulatorios existentes en el sector.

Ello, sin perjuicio de los efectos perjudiciales para la competencia que tal integración vertical podría acarrear respecto de la integración horizontal que se observa entre los mercados eléctricos, sanitarios, inmobiliarios y otros, en todos los cuales Enersis S.A. tiene una posición dominante y en algunas de ellas controladora.

Por estas razones estima el suscrito que el beneficio jurídico inmediato pretendido por el presente requerimiento es diferente al que se referían las Resoluciones N° 372, de 1992, y 488 de 1997.

En efecto, la cosa pedida tanto en el fondo como en la forma, no es la misma en los procedimientos antes aludidos:

En el procedimiento concluido con la Resolución N° 372, lo que se pide es evitar la colusión entre ENERSIS y las Administradoras de Fondos de Pensiones para que en conjunto puedan controlar a ENDESA; y en segundo lugar, que ENERSIS no pueda incrementar su participación sobre un 12,15%, y si lo hubiere hecho, obligarla a enajenar el exceso. Luego, en los requerimientos concluidos con la Resolución N° 488 lo pedido es, que la H. Comisión disponga la desconcentración y descentralización de las actividades de generación, transmisión y distribución de energía eléctrica en el Sistema Interconectado Central, mediante la creación de empresas con patrimonios independientes y administración separada. Como es apreciable a simple vista, lo que solicitamos hoy no puede asimilarse a requerimientos anteriores donde lo pedido es por entero diverso y el contexto en que se da nuestra actual petición nada tiene que ver con el contexto existente al momento de deducirse las acciones referidas.

En cuanto a la causa de pedir, preciso es dejar constancia de que ella es la misma en todos los requerimientos que formula este Fiscal Nacional, cualquiera sea el mercado o la persona o empresa en contra de la cual se dirige, desde el momento de que la causa última y finalista está expresamente contenida en las disposiciones del Decreto Ley N° 211 que

señala las competencias del Fiscal infrascrito para actuar en estas materias de acuerdo a sus apreciaciones para defender la libre competencia en los mercados.

Finalmente, en cuanto a la identidad de personas, en la causa concluida con la Resolución N° 372 las requeridas son ENERSIS S.A., sus filiales y las Administradoras de Fondos de Pensiones. En la causa que terminó con la Resolución N° 488, las requeridas son CHILECTRA, TRANSELEC y ENDESA, a las que posteriormente se suma ENERSIS. Por último en este requerimiento es sólo ENERSIS S.A.. De lo anterior se concluye que, naturalmente, no existe identidad legal de personas en los términos que exige el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil.

VIII.- Consideraciones relativas a una eventual consulta sobre el aumento de la participación de ENERSIS en ENDESA.

29°.- El Fiscal que suscribe estima, que no es posible soslayar un aspecto de gran relevancia y que es plenamente conocido por quienes han formulado la oferta de adquisición de acciones a que se refiere este requerimiento. En efecto, en el caso de ENDESA ESPAÑA y particularmente de ENERSIS S.A., llama la atención que estando en antecedentes de la preocupación de esa H. Comisión, de la Excma. Corte Suprema y de esta Fiscalía, por el tema de la integración vertical y la concentración económica, conociendo las importantes causas que se han debatido en estas instancias, simplemente estimen que la Resolución N° 488 legitimó la integración y que el contenido de este fallo es suficiente para profundizarla todo cuanto deseen.

En la realidad de las cosas, ello no es así, el fallo que esa H. Comisión dictó, recoge la situación que al momento de su dictación existía en la relación de estas empresas y así lo declaró. Ese fallo no constituye una autorización para incrementar la integración vertical, y mucho menos ha aumentar la concentración en los términos que ahora se pretende.

ENERSIS no puede olvidar la clara instrucción de la Excma. Corte Suprema en el fallo al que ya nos hemos referido, de fecha 10 de septiembre de 1992, que deja de manifiesto su preocupación por el aumento de la participación de ENERSIS en ENDESA e imparte precisas instrucciones que tanto esa H. Comisión como esta Fiscalía deberán acatar, en cuanto a estar atentos a escenarios nuevos que se produzcan en este mercado y a disponer las medidas necesarias para cautelar la competencia.

La tramitación de la causa Rol N° 460, que concluyó con la Resolución N° 488, no agota la preocupación del más alto Tribunal, por lo que ocurra en el sector eléctrico y en particular en la relación de éstas empresas.

Asimismo, tal como ya se ha señalado, en estas actividades no es admisible plantear la excepción de cosa juzgada. La dinámica de la actividad económica no permite sostener la vigencia de esta institución en materias de esta naturaleza y así lo resuelve la Resolución N° 488, de esa H. Comisión, que además se pronuncia sobre la triple identidad que exige nuestro ordenamiento jurídico común.

Por otro lado, ENERSIS no puede invocar la garantía constitucional a desarrollar cualquier actividad económica; así, pura y simplemente, haciendo caso omiso de la propia estipulación constitucional que la limita al orden público y a las normas legales que la regulan.

Nadie puede desconocer que estamos en presencia de normas legales como el D.L. N° 211, de 1973, que son de orden público y que de una u otra forma limitan su total libertad en el desarrollo de sus actividades económicas.

El rol del Fiscal infrascrito es velar por que todos quienes lo deseen, hoy y en el futuro, puedan desarrollar su actividad económica en el mercado eléctrico, en cualquiera de sus segmentos, y que ello no sea una quimera, dado el grado de concentración e integración que en la actualidad existe en ese sector de la economía, y que tiende a incrementarse en la forma que latamente hemos expuesto. El mandato legal del Fiscal que suscribe no es sólo defender la libertad para desarrollar actividades económicas de las empresas que hoy operan en el sistema, sino que también la libertad de toda persona o empresa que quiera desarrollar su actividad económica en este mercado, evitando que existan barreras a la entrada, concentraciones excesivas, integraciones que hagan imposible el ejercicio de este derecho a empresas que no forman parte hoy del sistema eléctrico o lo hacen en segmentos ajenos a la generación.

Estas normas forman parte relevante del orden público económico y este Servicio y esa H. Comisión, están en la obligación de cautelar. Por ello es que estimamos que la indiferencia de ENERSIS al no considerar toda esta institucionalidad de defensa de la competencia, no parece aceptable. Un mínimo acatamiento a esta normativa hacía forzoso el consultar a estos organismos si la decisión de aumentar considerablemente su control en ENDESA, podría importar una forma de afectar la libre competencia en el sector eléctrico.

Por lo demás, es una práctica difundida en los países que tienen las instituciones más sólidas y modernas en materia de defensa de la libre competencia que transacciones de la naturaleza que aquí se denuncia deban ser obligatoriamente consultadas y autorizadas antes de concretarse. Esta es una práctica que también ha imperado en nuestro país que empresas como ENERSIS y ENDESA ESPAÑA, que tienen inversiones en muchos lugares del mundo, necesariamente deben conocer.

Por las razones antes indicadas, la omisión de consultar por parte de ENERSIS obliga a que esa H. Comisión de oficio como lo ha hecho y a instancias de este Servicio, emita un pronunciamiento en la materia y sancione esta conducta en la forma que se pide. Cualquier control ex post se hace enormemente difícil atendiendo al gran número de involucrados en estas transacciones y eso, no tenemos dudas, es un aspecto que sobradamente conoce la empresa que omite requerir un pronunciamiento de tan alta importancia en el devenir del sector eléctrico chileno.

IX.- Oportunidad en que se deduce el presente requerimiento:

30°.- Sobre este particular se han emitido diversas opiniones por personas íntimamente ligadas a los beneficios económicos de esta transacción, que señalan que los Organismos de la Defensa de la Competencia y en particular la Fiscalía Nacional Económica, están actuando con demasiada tardanza en relación con los hechos que se denuncian en el presente requerimiento.

La H. Comisión conoce sobradamente la circunstancia de que recién el día jueves 13 de abril recién pasado, Enersis comunicó como hecho esencial, a la Superintendencia de Valores y Seguros, el lanzamiento de su oferta de adquisición de acciones y toma de control de Endesa S.A., informándose asimismo esta oferta al mercado y público en general al día siguiente esto es el miércoles 14 de abril, según consta de los antecedentes reunidos en la investigación practicada por el Servicio.

Con anterioridad a estas fechas y según consta de la abundante información de prensa reunida en torno a la materia, existía un conjunto de declaraciones encontrada y contradictorias respecto de una eventual decisión de Endesa España de lanzar esta oferta ya fuere por si misma o por cualquiera de sus filiales incluyendo a Enersis. Hasta las fechas indicadas sólo era posible o procedente la consulta en los términos referidos en el capítulo anterior. La eventual actuación de este Servicio y de los Organismos del DL. N° 211 habría aparecido como arbitraria e incluso discriminatoria al estar emitiendo juicios respectos de

situaciones que, no cabe duda, hasta ese momento tenía el carácter de hipotéticas sin que mediara actuación formal alguna que determinara con precisión la conducta a seguir por partes de los ahora postulantes a controlar Endesa S.A.

Como consta del expediente Rol N° 577-99, de esa H. Comisión el día lunes 19 de abril, el Fiscal infrascrito dirigió una petición a su Presidente, que personalmente le relató en su despacha de la Excma. Corte Suprema en la que solicitaba, atendida la urgencia de la materia, se convocara a una reunión extraordinaria de la Comisión resolutive para tratar con la máxima prontitud la situación producida con motivo del lanzamiento de la oferta de Enersis. Dicha petición fue denegada, por lo que el informe del Fiscal infrascrito ordenado por la H. Comisión en su momento, hubo de ser tratado en la más próxima sesión ordinaria de esa H. Comisión, llevada a efecto el miércoles 21 de abril recién pasado.

Confiado en una favorable decisión que acogiera la medida precautoria que detuviera este proceso de toma de control, en los términos solicitados por los primitivos denunciadores y respaldados argumentalmente por el Oficio N° 160 de esta Fiscalía, estimamos en ese momento innecesario deducir formal requerimiento en la especie, convencidos de que, a lo menos, el auto de avocación pedido en el citado Oficio N° 160 sería acogido dando inicio a la investigación que se encuentra en curso. Considerando las resoluciones que en definitiva fueron adoptadas en esa sesión, las que sin perjuicio de la avocación denegaron la aludida medida precautoria, estimamos indispensable formalizar el presente requerimiento en el que se contengan peticiones concretas, debidamente fundadas, que configuren el objeto central de este proceso y, por otro lado, insistir con más y mejores fundamentos en la necesidad de decretar urgentemente una medida precautoria que paralice temporalmente el proceso de control de Endesa que se encuentra en marcha.

Adicionalmente, el fundamento central de este requerimiento radica en las funciones que el texto vigente del DL. N° 211, asigna al Servicio Público a mi cargo por lo que al estar plenamente convencido de la racionalidad que se contiene en la parte petitoria de esta presentación y en su primer otrosí, parece un deber inexcusable el deducir esta acción e instar por la paralización de un proceso que de consumarse afecta a nuestro juicio severamente la competencia en el sector eléctrico y particularmente en el de la generación.

Al analizar las fechas indicadas no es posible concluir lenidad o falta de oportunidad en el ejercicio de estas acciones y corresponderá a esa H. Comisión en su sesión del 28 de abril próximo pronunciarse respecto de ellas. En lo que dice relación con el funcionamiento ordinario de la H. Comisión, no se ha perdido un solo día en perseguir un resultado positivo a nuestras peticiones.

POR TANTO:

De conformidad a los antecedentes y argumentos hasta aquí expuestos y el tenor de lo dispuesto en los artículos 1°, 2°, 6°. 17° letra a) N° 4, 18° y 24° del texto vigente de Decreto Ley N° 211, de 1973, que fija normas para la defensa de la libre competencia en las actividades económicas,

RUEGO A ESA H. COMISION RESOLUTIVA, se sirva tener por interpuesto el presente requerimiento en contra de la empresa Enersis S.A., individualizada al inicio de esta presentación; y, en definitiva acogerlo en todas sus partes, declarando que mediante las conductas descritas en el cuerpo de este escrito la toma de control de la Empresa Nacional de Electricidad S.A. - ENDESA S.A. - por parte de ENERSIS S.A., directamente o por interpósitas personas naturales o jurídicas, mediante la compra en remate o por cualquier otra vía del 34,7% por ciento de sus acciones, lo que unido a la tenencia actual del 25,28% por ciento de las acciones le otorga el control de más del 60% del capital social de dicha empresa, constituye una conducta contraria a la libre competencia en el mercado eléctrico que transgrede los artículos 1°, 2° y 6° del citado cuerpo legal, por lo cual solicito a esa H. Comisión que adopte las siguientes medidas de conformidad a las atribuciones que le confiere el artículo 17 del mismo texto legal:

- 1) Que se sancione a la empresa requerida ENERSIS S.A. con el máximo de la multa que establece el artículo 17, letra a) N° 4 del DL.N° 211, ascendente a 10.000 Unidades Tributarias, por no haber requerido 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 pronunciamiento 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 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.
- 2) Que se prohíba el aumento de participación accionaria de ENERSIS S.A. en ENDESA S.A., en cuanto exceda su actual participación de un 25,28% del capital social de esta última empresa.
- 3) Que en el evento de que ENERSIS S.A., a la fecha de dictación de la sentencia definitiva que debe recaer en estos autos, haya ya adquirido una participación

superior al 25.28% de ENDESA S.A., se disponga la enajenación del exceso en el plazo que esa H. Comisión determine.

4) Que esa H. Comisión, en ejercicio de la facultad contenida en el artículo 17 letra b) del Decreto Ley N° 211, de 1973, dicte instrucciones de carácter general y vinculantes destinadas a aumentar los niveles de competencia y transparencia en el desarrollo del mercado eléctrico, consistentes en:

i.- Que los procesos de auditoría, que de conformidad a la legislación que rige a las sociedades anónimas abiertas, deben ejecutarse anualmente, en relación con las empresas ENERSIS S.A. y ENDESA S.A., serán efectuados por empresas auditoras distintas e independientes, sin relación o vinculación de ninguna naturaleza entre ellas; y,

ii.- Que las empresas ENERSIS S.A. y ENDESA S.A. no podrán tener directores comunes, sean éstos titulares o suplentes, en sus respectivos directorios.

- 5) Que, con el objeto de evitar que en lo sucesivo se produzcan situaciones similares a aquellas denunciadas en el presente requerimiento, esa H. Comisión, en el ejercicio de la facultad contenida en el inciso cuarto de artículo 5°, en relación con la letra d) del inciso segundo del artículo 17°, del texto vigente del Decreto Ley N° 211, de 1973, requiera al Supremo Gobierno el envío a trámite legislativo de una modificación al régimen legal del sector eléctrico vigente en el país, en el sentido 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, en cuanto estos factores limitan o eliminan la libre competencia, estimando esta parte que son perjudiciales para el interés común.
- 6) Todo lo anterior, sin perjuicio de aquellas otras medidas o sanciones que esa H. Comisión, en ejercicio de sus atribuciones estime del caso decretar o imponer.

PRIMER OTROSI: Sin perjuicio de lo solicitado como medidas de fondo en lo principal de este requerimiento, atendida la gravedad de los hechos expuestos, y con el objeto de cautelar en forma inmediata y efectiva las condiciones de transparencia en el mercado eléctrico, así como la necesidad de proteger el eventual ingreso de otros actores a este mercado en condiciones de competencia adecuadas, solicito a esa H. Comisión Resolutiva que, conforme a las atribuciones que le otorga el artículo 18 letra O) del Decreto Ley N° 211, de 1973, se sirva tener a bien decretar, con el carácter de medida precautoria o cautelar, desde luego, y sin previa audiencia de la requerida, en la forma que señala el artículo 302 del Código de Procedimiento Civil, la suspensión del proceso de oferta de

adquisición de acciones de Empresa Nacional de Electricidad S.A., que lleva a cabo la empresa ENERSIS S.A., sea en forma directa o por interpósita persona, o a través de personas naturales o sociedades relacionadas, coligadas, filiales o controladas por aquellas, como asimismo, el consiguiente remate de dichas acciones, el que se llevará a efecto en la Bolsa de Comercio de Santiago con fecha 29 de abril de 1999, según instrucciones de la Superintendencia de Valores y Seguros.

Solicito a esa H. Comisión disponer que esta medida cautelar rija mientras se resuelva sobre el fondo de la materia sometida a su conocimiento o por el término que S.S. estime procedente, ordenando que esta medida se notifique a la requerida por cédula, y que se comunique en forma urgente a la Bolsa de Comercio de Santiago, Bolsa de Valores, por intermedio de su Presidente y/o su Gerente General, y al señor Superintendente de Valores y Seguros, a ambos por la vía más expedita disponible.

SEGUNDO OTROSI: Por razones de economía procesal, sírvase H. Comisión disponer la acumulación del presente requerimiento a los autos Rol N° 577-99, disponiendo que su carátula se cambie por la de : “Requerimiento del Fiscal Nacional Económico en contra de la empresa ENERSIS S.A. por el incremento de su participación accionaria en ENDESA S.A.”

