

ANT.: Denuncia de particular por posible incumplimiento por parte de Enersis S.A. de Resolución N° 667/2002 de la H. Comisión Resolutiva. Rol N° 1703-10 FNE.

MAT.: Informe de archivo.

Santiago,
27 SEP 2012

A : FISCAL NACIONAL ECONÓMICO
DE : JEFE DIVISIÓN INVESTIGACIONES

Por la presente vía informo a usted los resultados de la fiscalización relativa al cumplimiento de la Resolución N° 667/2002, de la Honorable Comisión Resolutiva, en los siguientes términos:

I. ANTECEDENTES

1. Con fecha 27 de mayo de 2010 se recibió la denuncia de un particular sobre el supuesto incumplimiento por parte de Enersis S.A. ("**Enersis**") de la Resolución N° 667, pronunciada con fecha 30 de octubre de 2002 por la H. Comisión Resolutiva ("**Resolución N° 667**").
2. La mencionada Resolución N° 667 se pronunció sobre la toma de control de Endesa España sobre Enersis, por un lado, y sobre el requerimiento presentado por la Fiscalía Nacional Económica ("**FNE**") con ocasión del aumento de participación accionaria de Enersis en Empresa Nacional de Electricidad S.A. ("**Endesa Chile**"), por otro, a raíz de la oferta de adquisición de acciones ejecutada en el mes de mayo de 1999.
3. A la época de interposición del requerimiento, con fecha 27 de abril de 1999, Enersis era controladora de Chilectra S.A. ("**Chilectra**") y Compañía Eléctrica Río Maipo S.A. ("**Río Maipo**"), con un 75% y 90% de participación, respectivamente, y además titular de un 26% aproximado en la propiedad de Endesa Chile. Al momento de la dictación del fallo, la participación de

Enersis había aumentado a un 98,2% en Chilectra, a un 98,4% en Río Maipo, y a un 59,98% en Endesa.

4. Respecto del aumento de participación de Enersis sobre Endesa Chile, el fallo estableció medidas a ser cumplidas por las empresas Enersis, Endesa Chile, Chilectra y Río Maipo, tendientes a asegurar la transparencia en la administración de las sociedades, considerando la importancia de Endesa Chile y Chilectra en los mercados de generación y distribución eléctrica, respectivamente, del Sistema Interconectado Central (“SIC”).
5. Por otro lado, la Resolución estableció Instrucciones Generales, en consideración a la nueva conformación del poder de control de Enersis sobre Endesa Chile y las condiciones de mercado imperantes en la época, con el objeto de fomentar la competencia en el mercado eléctrico.
6. La Comisión dispuso: “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 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 sociedades anónimas abiertas, aunque pierdan ese carácter."

7. En relación con las Instrucciones de Carácter General, a las cuales debe someterse toda persona que deba licitar públicamente suministros y potencia, por aplicación de lo dispuesto por el artículo 240 del Reglamento Eléctrico, Decreto N° 327, de 1998, del Ministerio de Minería¹, la Resolución N° 667 dispuso lo siguiente:

¹ El artículo 240 del Reglamento Eléctrico, hoy derogado, disponía que: "Para asegurar el cumplimiento de la obligación de dar suministro, los concesionarios de servicio público de distribución deberán disponer permanentemente del abastecimiento de energía que, sumado a la capacidad propia de generación, les permita satisfacer el total de sus necesidades proyectadas para, a lo menos, los próximos tres años. Si la obligación anterior se cumple mediante contratos, para los efectos de tales contrataciones, los concesionarios de servicio público de distribución deberán implementar un sistema de acceso abierto a los diferentes oferentes del mercado, en que se convoque públicamente a éstos a participar en el abastecimiento que requieran contratar, bajo condiciones libremente definidas, que sean de general aplicación en un momento determinado, objetivas y no discriminatorias, y de público conocimiento.

En caso que un concesionario no pudiese disponer del abastecimiento requerido en esta norma, deberá informarlo a la Superintendencia y a la Comisión dentro de los primeros 30 días en que esto ocurra."

La mencionada disposición fue derogada por el artículo 79° 1.- de la Ley N° 20.018, recogido posteriormente por el artículo segundo del Decreto N° 4 de Economía, Fomento y Reconstrucción ("Reglamento de Licitaciones") y en el artículo 131 de la Ley General de Servicios Eléctricos ("LGSE").

El artículo 79° 1.- aludido dispone que: "Las concesionarias de servicio público de distribución deberán disponer permanentemente del suministro de energía que, sumado a la capacidad propia de generación, les permita satisfacer el total del consumo proyectado de sus consumidores regulados para, a lo menos, los próximos tres años.

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 pública. 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.*

8. A juicio del denunciante, las medidas establecidas por la Resolución N° 667 en lo referido a la designación de directores independientes se cumplirían sólo formalmente pues, en la práctica, este principio de independencia de las administraciones se habría soslayado a través de un mecanismo que denomina "administración integrada".
9. La llamada "administración integrada" se traduciría en instrucciones de cada una de las gerencias de Enersis a las administraciones de las empresas del grupo, esto es, a Endesa Chile, Chilectra, Empresa de Ingeniería Ingendesa S.A., Synapsis Soluciones y Servicios Ltda. y Cam Limitada (estas tres últimas prestan servicios de distinta índole), de modo que, por ejemplo, el superior jerárquico de un gerente de finanzas o de recursos humanos de cualquiera de las empresas del grupo sería el respectivo gerente sectorial de Enersis. Según el denunciante, esta situación no estaría en conocimiento de los accionistas minoritarios.

Para dichos efectos, con la antelación que fije el reglamento, deberán licitar el suministro necesario para abastecer los consumos de los clientes sometidos a regulación de precios ubicados en su zona de concesión, de modo que el conjunto de los contratos resultantes, más la eventual capacidad de generación propia, garanticen el cumplimiento de la obligación establecida en el inciso anterior.

Las licitaciones de suministro serán públicas, abiertas, no discriminatorias y transparentes. Además, la información contenida en las ofertas de los proponentes será de dominio público a través de un medio electrónico.

Las concesionarias podrán coordinarse para efectuar una licitación conjunta por la suma de los suministros individuales a contratar."

10. En atención a lo expuesto, con fecha 27 de octubre de 2010 se dispuso la apertura de la presente investigación, tendiente a fiscalizar el cumplimiento de la Resolución N° 667.

II. DESCRIPCIÓN DEL GRUPO EMPRESARIAL VINCULADO A LA RESOLUCIÓN N° 667

11. Endesa España, es la mayor empresa eléctrica de ese país y la primera compañía eléctrica privada de Iberoamérica². Actualmente es controlada por la italiana Enel S.p.A. con un 92,063% de su capital accionario.
12. Enersis es la principal empresa eléctrica de América Latina, con participación directa e indirecta en el negocio de generación, transmisión y distribución. Cuenta con operaciones en Argentina, Brasil, Chile, Colombia y Perú, con una capacidad instalada de generación de 14.832 MW y producción por 56,9 TWh al cierre del año 2011, suministrando energía a cerca de 12,8 millones de clientes en el segmento de distribución; y con ventas por 69,6 TWh. Enersis es controlada por Endesa España, dueña de un 60,62% de su capital, a través de la filial española Endesa Latinoamérica S.A. En Chile, Enersis es la controladora de Endesa Chile y Chilectra.
13. Endesa Chile es la principal empresa de generación eléctrica del país, controlada por Enersis con un 59,98% de su propiedad³. Tiene presencia en el SIC con 5.039 MW, lo que representa alrededor de un 40% de la potencia instalada de este sistema. También participa en el Sistema Interconectado del Norte Grande ("SING") con 572 MW de capacidad instalada, lo que representa cerca del 12% de éste. En el año 2011 produjo cerca de un 40,1% de la generación bruta del SIC y un 15,4% de la del SING⁴.

² De acuerdo a información disponible en:

<http://www.endesa.com/es/conoceendesa/Paginas/Principalesmagnitudes.aspx>, obtenida con fecha 25 de septiembre de 2012, Endesa España terminó el año 2011 con 40.095 MW de capacidad instalada y 138.714 GWh generados.

³ Información disponible en http://www.endesa.cl/Endesa_Chile/action.asp?id=00130, obtenida con fecha 25 de septiembre de 2012.

⁴ Porcentajes obtenidos en base a información disponible en memorias de las empresas y sitio web de la Comisión Nacional de Energía, revisado con fecha 25 de septiembre de 2012.

http://www.cne.cl/images/stories/estadisticas/energia/Electricidad/generacion_bruta_sic_sing.xls

14. Cabe recordar, en relación al segmento de transmisión, que Endesa Chile enajenó en el año 2000 el 100% de la propiedad de la empresa Transelec S.A.⁵, la principal empresa de transmisión de electricidad del SIC. La Ley N° 19.940, Ley Corta I⁶, reguló el mercado de la transmisión estableciendo un máximo de un 8% de participación individual de empresas que operan en cualquier otro segmento del sistema eléctrico, directa o indirectamente, en el valor de inversión total del sistema de transmisión troncal⁷.
15. Chilectra, controlada en un 99,08% por Enersis, es la principal empresa distribuidora de energía eléctrica de Chile, con más de 1.637.977 clientes y ventas en el año 2011 por 13,7 TWh en la Región Metropolitana. En el año 2010 tuvo una participación de 30,2% de los clientes regulados y de un 38,6% de las compras de energía eléctrica efectuadas por distribuidoras en Chile⁸.
16. Río Maipo, al momento de la dictación de la Resolución N° 667, era una empresa concesionaria de distribución de energía eléctrica en la zona sur de la Región Metropolitana, atendiendo a comunas como San Bernardo y Puente Alto. Con fecha 30 de abril de 2003 fue adquirida por la compañía del mismo rubro, CGE Distribución, mediante la compra a Enersis del 98,74% de su capital suscrito y pagado a esa fecha, siendo en el año 2005 fusionada con la adquirente. Atendida la enajenación mencionada, esta compañía no fue incluida en la presente fiscalización.

⁵ La Resolución N° 488 de la H. Comisión Resolutiva, de fecha 11 de junio 1999, dictó Instrucciones de Carácter General destinadas a aumentar los niveles de competencia y transparencia en el desarrollo del mercado eléctrico. Dispuso la necesidad que Transelec se transforme en dueña de los activos de transmisión que administra y en sociedad anónima abierta de giro exclusivo, por un lado, y que se abra a la participación accionaria de terceros, por otro. A la fecha de dicho pronunciamiento Endesa Chile era propietaria de un 99,99% de Transelec.

⁶ Ley N° 19.940 que regula sistemas de transporte de energía eléctrica, publicada en el Diario Oficial con fecha 13 de marzo de 2004.

⁷ Por tanto, la línea de transmisión que se construya para transportar la energía generada por las cinco centrales hidroeléctricas de la empresa HydroAysén S.A., en cuya propiedad participa Endesa Chile con un 51%, deberá cumplir con dicha normativa en caso de realizarse la construcción como una línea troncal.

⁸ Datos disponibles en sitio web de la Comisión Nacional de Energía, revisado con fecha 25 de septiembre de 2012:
http://www.cne.cl/images/stories/estadisticas/energia/Electricidad/antecedentes_de_consumo_en_distribucion.xls

III. CUMPLIMIENTO DE LAS MEDIDAS E INSTRUCCIONES GENERALES ESTABLECIDAS EN LA RESOLUCIÓN N° 667

III.1. Descripción de la investigación

17. A juicio de esta División y en atención a las consideraciones expresadas en la Resolución N° 667, el objetivo de las medidas adoptadas por la H. Comisión Resolutiva fue asegurar la independencia y transparencia⁹ en la administración de las sociedades controladas por Endesa España, esto es, actualmente, Enersis, Endesa Chile y Chilectra.
18. Particularmente, en su Considerando Vigésimo Tercero destaca *"... 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..."*.
19. En dicho contexto, con el fin de fiscalizar el cumplimiento de las condiciones instituidas, se realizaron una serie de diligencias que tuvieron por finalidad comprobar que los directores de las compañías fuesen personas distintas e independientes; que la auditoría externa fuese desempeñada por firmas independientes, al igual que los inspectores de cuenta; y que Enersis desarrollara los segmentos de generación y distribución en forma separada, por medio de empresas que representen *"unidades de negocios independientes"*.
20. Respecto al concepto de *unidades de negocios independientes* empleado en la Resolución N° 667, a juicio de esta División dicha expresión implica, entre otros aspectos, que Endesa Chile y Chilectra, en el desarrollo de sus actividades de generación y distribución, respectivamente, no deben

⁹ Al respecto, la H. Comisión señala en su Considerando Vigésimo 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..."*

otorgarse, sea unilateral o recíprocamente, condiciones más favorables que aquellas fijadas para el resto de sus clientes y proveedores.

21. Adicionalmente, la independencia que ambas empresas deben conservar busca que no obtengan ventajas recíprocas a causa del manejo de información propia del giro de la otra compañía, en perjuicio de terceros. En tal sentido razona la H. Comisión en el Considerando Vigésimo Cuarto de la Resolución N° 667, cuando señala: *"... la utilización de cierta información por los directores de estas entidades, debe ser objeto de un debido resguardo con el fin de evitar prácticas del controlador integrado que pudieren excluir a rivales u otros actores del mercado, propiciar conductas discriminatorias o acciones que desincentiven la rivalidad de los competidores (...)"*¹⁰.

III.2. Revisión del cumplimiento de las condiciones establecidas por la Resolución N° 667

A. Primera medida, acerca de la independencia de los directores de las compañías: *"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"*.

22. La medida tuvo su precedente en el Resuelvo 2° de la Resolución N° 542 de la H. Comisión Resolutiva ("**Resolución N° 542**")¹¹, siendo reiterada por la Resolución N° 667, que la hace extensiva a los directores de Chilectra y Río Maipo.

¹⁰ Esta apreciación resulta aplicable a Enersis, Endesa Chile y Chilectra, según el mismo considerando.

¹¹ Pronunciada con fecha 10 de mayo de 1999, mediante la cual se autorizó bajo ciertas condiciones el aumento de participación accionaria de Enersis en Endesa Chile, por sobre el 25,28% del capital social.

23. Para verificar su cumplimiento, las diligencias se centraron en comprobar que quienes ejercen el cargo de director en una de las empresas fiscalizadas no lo haga simultáneamente en otra de ellas.
24. Por otro lado, se indagó si al mismo tiempo al ejercicio de un cargo directivo algún director ocupó cargos gerenciales en las sociedades fiscalizadas, mediante la revisión de los contratos de trabajo y liquidaciones de sueldo de los trabajadores de cada una de las empresas.
25. Se concluyó que no ha existido vulneración de la medida en los términos expuestos, toda vez que las personas que han integrado los directorios de las empresas fiscalizadas han sido distintas e independientes, desde el año de vigencia de la Resolución N° 667 a la fecha.
26. Cabe mencionar que durante la inspección se advirtió que no es raro encontrar directores de una compañía que renuncian a su cargo para asumir seguidamente la misma función en otra de las empresas. Dicha situación se produjo en las ocasiones que da cuenta el cuadro N° 1 siguiente:

Cuadro N° 1: Directores Enersis, Endesa, Chilectra, 2002 - 2012

Director	Empresa	Periodo
Jorge Rosenblut Ratnoff	Chilectra Endesa	hasta 15/12/09 desde 17/12/09
José María Calvo-Sotelo Ibañez-San Martín	Chilectra Endesa Chilectra Endesa	hasta 24/7/07 desde 24/7/07 hasta 1/4/08 desde 1/4/08 hasta 25/3/09 desde 26/3/09
Leonidas Vial Echeverría	Endesa Enersis	hasta 22/4/10 desde 23/4/10
Paolo Bondi	Chilectra Endesa	hasta 28/7/09 desde 28/7/09

Fuente: Memorias de las empresas disponibles en página web de la Superintendencia de Valores y Seguros, www.svs.cl.

27. A juicio de esta División, la sucesión inmediata en el ejercicio del cargo de director entre las sociedades fiscalizadas podría atentar contra la observancia de los objetivos de transparencia e independencia en la

administración buscados por la H. Comisión Resolutiva en su Resolución, toda vez que conlleva el riesgo de traspaso de información y participación en la elaboración de políticas concernientes al desarrollo de las actividades propias de los segmentos de generación y distribución.

28. Por último, se hace presente que dado el porcentaje de propiedad que alcanza Enersis en Chilectra (99,08%), la matriz tiene los votos necesarios para designar a la totalidad de los directores de la distribuidora, no procediendo el nombramiento de un director independiente, de acuerdo a la definición de independencia de la legislación vigente¹².

B. Segunda medida, acerca de la independencia de las firmas de auditoría externa y de los inspectores de cuentas: "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 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*".

29. Tuvo su precedente en el Resuelvo 3° de la Resolución N° 542 que estableció una medida similar a Enersis y Endesa Chile.
30. El siguiente cuadro da cuenta de la información recopilada:

¹² Artículo 50 bis de la Ley N° 18.046 sobre Sociedades Anónimas.

Cuadro N° 2: Auditoras externas por empresa

Año	ENERSIS	CHILECTRA	ENDESA
2011	Ernst & Young	PKF Chile	KPMG
2010	Deloitte	PKF Chile	KPMG
2009	Deloitte	PKF Chile	KPMG
2008	Deloitte	PKF Chile	KPMG
2007	Deloitte	KPMG	Ernst & Young
2006	Deloitte	KPMG	Ernst & Young
2005	Deloitte	KPMG	Ernst & Young
2004	Deloitte	KPMG	Ernst & Young
2003	Deloitte	KPMG	Ernst & Young
2002	Deloitte	Deloitte	Ernst & Young

Fuente: Estados financieros de las empresas fiscalizadas disponibles en www.svs.cl

31. Si bien en el año 2002 Enersis y Chilectra mantenían contratada la misma empresa de auditoría externa, ello ocurrió con anterioridad a la dictación de la Resolución N° 667.
32. Durante el período analizado sólo Enersis y Endesa Chile efectuaron nombramientos de inspectores de cuenta, habiéndose verificado que no fueron coetáneos en ningún período¹³, con lo cual se comprobó el cumplimiento de la condición.

C. Tercera medida, acerca de la separación e independencia entre Enersis, Endesa Chile y Chilectra: "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".

33. Considerando los efectos de la estructura de control de la empresa Endesa Chile, concretamente en cuanto al elevado nivel de participación de Enersis sobre dicha compañía, la H. Comisión Resolutiva puso especial atención en

¹³ Revisión de los estados financieros de las compañías, período 2002 a 2011, disponibles en www.enersis.cl y www.endesa.cl con fecha 25 de septiembre de 2012.

la posibilidad de concretarse una fusión entre la generadora con alguna de las distribuidoras, Chilectra y/o Río Maipo.

34. En lo pertinente, el Considerando Vigésimo Noveno de la Resolución N° 667 establece:

"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 (...)"

35. A juicio de esta División, resulta claro que los principales objetivos perseguidos por la H. Comisión mediante el establecimiento de la citada medida fueron al menos dos: i) resguardar el bienestar de los clientes regulados abastecidos por Chilectra, dada la asimetría de poder de negociación en sus relaciones comerciales; y ii) garantizar la libre competencia entre generadoras, en la venta de suministro a dicha compañía distribuidora.
36. En función de ello, y en consideración al poder de mercado que ostentan Endesa Chile y Chilectra en sus respectivos segmentos del mercado eléctrico nacional, se obligó a Enersis a mantener sus negocios de generación y distribución en Chile operando en forma separada, a través de empresas distintas, que representen unidades de negocios independientes.
37. Sumado a lo anterior, cabe considerar que la regulación concerniente al mercado eléctrico establece que las licitaciones de suministro deben ser

“públicas, abiertas, no discriminatorias y transparentes”¹⁴, recogiendo lo señalado por la jurisprudencia nacional¹⁵ en el sentido que las condiciones de contratación sean no discriminatorias y homogéneas para todas las empresas situadas en condiciones semejantes¹⁶. En consecuencia, no está prohibido que Endesa Chile y Chilectra mantengan relaciones comerciales, siempre que las condiciones de contratación se adecúen a los principios citados y a los establecidos en la Resolución N° 667, en cuanto conservar la debida independencia.

38. La Resolución N° 667 establece en sus Instrucciones de Carácter General la posibilidad de cualquier empresa generadora de participar en las licitaciones de suministro eléctrico para distribuidoras destinadas a abastecer a los clientes regulados de éstas. Dichos procesos se encuentran normados por la Ley N° 20.018, Ley Corta II¹⁷. De este modo, no existe prohibición para que Endesa Chile suministre energía eléctrica a Chilectra con el objeto que abastezca a este tipo de clientes.
39. Por su parte, la LGSE establece¹⁸ que las licitaciones de suministro para clientes regulados no pueden incluir consumos de clientes libres. Por tanto, sólo para abastecer a éstos puede Chilectra contratar directamente con Endesa Chile.
40. En el análisis de los contratos celebrados entre Endesa Chile y Chilectra¹⁹ se observó que las condiciones estipuladas están acordes con las de mercado y corresponden, en general, a materias del giro propio de cada compañía²⁰, como por ejemplo, los contratos asociados a la adjudicación por parte de Endesa Chile del suministro de energía eléctrica para clientes regulados de Chilectra. Por otro lado, las cuentas mercantiles y de

¹⁴ Artículo 131 inciso tercero LGSE.

¹⁵ Resolución N° 488 y Resolución N° 667.

¹⁶ Así fue razonado por la H. Comisión Resolutiva en el Considerando Vigésimo Séptimo de su Resolución N° 488, de fecha 11 de junio de 1997.

¹⁷ Ley N° 20.018 que modifica el marco normativo del sector eléctrico, publicada en el Diario Oficial con fecha 19 de mayo de 2005.

¹⁸ Artículo 132 inciso tercero LGSE.

¹⁹ Ver Anexo Confidencial.

²⁰ Ver Anexo Confidencial.

transferencia son consistentes con dichos contratos y sus condiciones son coherentes a las usuales.

41. Frente a la consulta formulada a Chilectra sobre los criterios utilizados para la contratación con empresas relacionadas, se comprobó, con la información recabada²¹, que éstos estarían acordes con la Ley N° 18.046 sobre Sociedades Anónimas y la Ley N° 20.382 sobre Gobiernos Corporativos de las Empresas²² y en opinión de esta División, no contravendrían el DL N° 211.
42. Por otro lado, se observó que existen entre la matriz y sus filiales contratos para la prestación de algunos servicios relacionados con funciones de administración²³. De acuerdo a la revisión efectuada por esta División, dichas convenciones no afectarían la separación de los negocios de generación y distribución, por cuanto se dan entre el controlador y Endesa Chile y Chilectra por separado.
43. A su vez, la información solicitada a Chilectra acerca de sus clientes libres permite concluir que los procesos de conexión y desconexión de éstos se ejecutan conforme a la normativa contenida en la LGSE y en el Reglamento Eléctrico.
44. Por otra parte, y sin perjuicio de lo anterior, la revisión de los contratos de trabajo y liquidaciones de sueldos remitidos por las compañías evidenció el desempeño sucesivo e ininterrumpido de un gerente²⁴ en Chilectra y Endesa, partiendo en la primera para posteriormente continuar en la segunda, en el mismo cargo, y finalmente retornar a la distribuidora en un desempeño distinto.
45. En opinión de esta División, la sucesión de una persona en un mismo cargo o similar en forma inmediata, entre la distribuidora y la generadora, conlleva el riesgo de afectar la necesaria separación en el desarrollo de las

²¹ Ver Anexo Confidencial.

²² Publicada en el Diario Oficial con fecha 1 de enero de 2010, artículo 147 inciso final.

²³ Ver Anexo Confidencial.

²⁴ Ver Anexo Confidencial.

actividades de generación y distribución, por la posibilidad de traspaso de información actualizada concerniente al desarrollo de sus actividades propias.

46. Se detectó, asimismo, que en el contrato de trabajo de un ejecutivo de una de las empresas fiscalizadas existe una cláusula de redacción equívoca que, a juicio de esta División, podría atentar contra el desarrollo de los segmentos de generación y distribución mediante empresas que representen unidades de negocios independientes, dada la estructura en la propiedad del conglomerado²⁵. Particularmente, el riesgo advertido se relaciona a una eventual alineación de incentivos entre Chilectra y Endesa, lo que podría significar finalmente una infracción a la condición 4.1.- de la Resolución N° 667.
47. Por último, se analizó la estructura de las auditorías internas de las sociedades²⁶. A juicio de esta División, la forma en que se encuentra integrado el equipo de auditoría interna podría afectar la debida separación en el desarrollo de los segmentos de generación y distribución, por la posibilidad que se produzca: i) el traspaso de información inherente al negocio de las compañías; y ii) la injerencia de trabajadores de una de las filiales fiscalizadas en la elaboración de políticas concernientes al desarrollo de actividades propias de la otra filial.

D. Cuarta medida, sujeción a normas de sociedades anónimas abiertas:
"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 sociedades anónimas abiertas, aunque pierdan ese carácter."

48. Se comprobó que las compañías fiscalizadas mantienen registro en la Superintendencia de Valores y Seguros y envían regularmente la

²⁵ Ver Anexo Confidencial.

²⁶ Ver Anexo Confidencial.

información financiera y legal, de acuerdo a la normativa. Con ello se constató el cumplimiento de dicha condición²⁷.

III.3 Las Instrucciones Generales establecidas por la Resolución N° 667

49. Aparte de las condiciones anteriormente examinadas, la H. Comisión, en ejercicio de sus facultades legales, dictó Instrucciones de Carácter General a las cuales debe someterse toda persona que deba licitar públicamente suministro y potencia, en conformidad a la normativa del sector.
50. El objetivo de dichas Instrucciones fue tender a una apertura de mercado en los procesos de licitación de suministro que convoquen las empresas distribuidoras, cuidando la adecuada publicidad y transparencia de los mismos, todo ello en consideración al escenario del mercado eléctrico y la estructura de la propiedad existente en el grupo Enersis. En el establecimiento de dichas disposiciones la magistratura reflexionó acerca de los medios necesarios para promover mayor competencia²⁸.
51. En lo que atañe directamente a la FNE²⁹, la Instrucción 5.3.- dispuso:
- "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."*
52. La mencionada Instrucción establece que las bases de licitación que se elaboren, esto es, aquellas que han sido aprobadas por la CNE³⁰, así como el resultado de la adjudicación, deberán ser informados a la FNE en forma simultánea a la realización de dichos actos, obligación que resulta

²⁷ www.svs.cl, Enersis, Endesa Chile y Chilectra figuran con los números de inscripción vigentes 175, 114 y 931, respectivamente. Información recabada con fecha 25 de septiembre 2012.

²⁸ Ver considerandos Trigésimo y Trigésimo Primero de la Resolución N° 667.

²⁹ La Instrucción 5.1 dice relación con los procesos de licitación de suministro eléctrico de las distribuidoras para sus clientes regulados y está dirigida directamente a dichas empresas. La Instrucción 5.2. dice relación con la formulación de bases de licitación, lo que es revisado, conforme a la normativa sectorial, por la CNE.

³⁰ Artículo 132 de la LGSE.

imperativa para cualquier empresa que deba licitar públicamente el suministro para sus clientes regulados.

53. Consta en los registros de esta Fiscalía la remisión por parte de Chilectra de las bases de licitación aprobadas por la CNE, junto a la comunicación de adjudicación enviada a los proponentes, por lo que la instrucción se encuentra a la fecha cumplida respecto de dicha compañía.
54. En cuanto a las demás empresas distribuidoras que han realizado licitaciones luego de la dictación de la Resolución N° 667³¹, revisados los registros de ingreso en esta Fiscalía se comprobó que no han dado cumplimiento a la mencionada Instrucción.

IV. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

55. La presente investigación se originó a raíz de la denuncia de un particular sobre el supuesto incumplimiento de la Resolución N° 667 por parte de Enersis. Dicha Resolución estableció medidas tendientes a asegurar la transparencia e independencia en la administración del grupo conformado actualmente por Enersis S.A., Endesa Chile y Chilectra.
56. El análisis se centró en comprobar, por un lado, el cumplimiento de las medidas impuestas a las empresas del grupo Enersis y, por otro lado, en comprobar el cumplimiento de la instrucción general que concierne a esta Fiscalía.
57. De acuerdo a lo expresado en el cuerpo del presente informe, las medidas establecidas por la Resolución N° 667 e instrucción fiscalizada se encontrarían en general cumplidas, conforme al análisis de la información revisada durante el desarrollo de la investigación.

³¹ Chilectra S.A. con Empresa Eléctrica Municipal de Til Til, Empresa Eléctrica de Colina Ltda., Luz Andes Ltda. y Empresa Eléctrica de Puente Alto Ltda.; Chilquinta Energía S.A. con Compañía Eléctrica del Litoral S.A., Energía de Casablanca S.A., Luz Parral S.A. y Luz Linares S.A.; Distribuidoras del grupo Emel S.A.: Emelat, Emelectric, Emetal, Elecda, Emelari, Eliqsa y Elecda; Saesa S.A. con Frontel, Luz Osorno y las Cooperativas eléctricas Coelcha, Copelec, Coopelan, Codiner, De Curicó, Cooprel, Crell, Elecoop y Socoepea; CGE Distribución S.A. y CGE Distribución VII S.A.; Filiales de Emel S.A.

58. No obstante lo expresado, esta División advirtió la existencia de ciertas prácticas en Endesa Chile y Chilectra que conllevan riesgos que podrían afectar la necesaria separación en el desarrollo de las actividades de generación y distribución, por la posibilidad de traspaso de información concerniente al desarrollo de sus actividades propias, lo que atentaría, particularmente, en contra del cumplimiento de la medida establecida en el numeral 4.1 de la Resolución N° 667.
59. Los riesgos mencionados se refieren específicamente a: i) la sucesión continua en los cargos de directores y gerentes entre Endesa Chile y Chilectra; ii) la conformación del grupo de auditoría interna; y, iii) la existencia de una cláusula en un contrato de trabajo que resulta cuestionable desde el punto de vista de su redacción.
60. Las observaciones del caso fueron planteadas a la generadora y distribuidora mencionadas, quienes asumieron compromisos tendientes a evitar la concreción de dichos riesgos, los que se resumen a continuación:
- a) Los compromisos asumidos por Endesa Chile son: i) Solicitar a los accionistas controladores de la compañía que en lo sucesivo se abstengan de elegir como directores de Endesa Chile a personas que se hayan desempeñado como directores en Chilectra en el período inmediatamente anterior; ii) la administración de la compañía se abstendrá de designar para los cargos de primer y segundo nivel a trabajadores que se hayan desempeñado en las mismas posiciones en Chilectra durante los seis meses anteriores a la fecha de su designación en Endesa Chile; y, iii) en relación a la auditoría interna, se compromete a subsanar la conducta cuestionada.
- b) Los compromisos asumidos por Chilectra son: i) informar a su accionista controlador acerca de la inconveniencia advertida por esta Fiscalía de elegir como directores de Chilectra a personas que se hayan desempeñado como director en Endesa Chile en el período inmediatamente anterior a su nombramiento en la distribuidora; ii) se compromete a abstenerse de designar gerentes provenientes de

Endesa Chile que han renunciado a ella, para desempeñarse inmediatamente en Chilectra en similares funciones; iii) adecuar los contratos de trabajo para subsanar las observaciones de la FNE; y, iv) realizar las gestiones tendientes a subsanar la conducta cuestionada en materia de auditorías interna.

61. No habiendo otras actividades de investigación a realizar, y en conformidad a lo expuesto, esta División sugiere al Sr. Fiscal, salvo su mejor parecer, el archivo de los antecedentes, sin perjuicio de la fiscalización permanente del cumplimiento de la Resolución N° 667 por parte de esta Fiscalía.

Saluda atentamente a usted,



RONALDO BRUNA VILLENA
JEFE DIVISIÓN INVESTIGACIONES