

Santiago, 28 de agosto de 2020

**VISTOS:**

1. El documento de fecha 22 de julio de 2020, correlativo de ingreso N°02597-20, (“**Notificación**”), por el que se notifica a la Fiscalía Nacional Económica (“**Fiscalía**”) un eventual acuerdo de celebrar un contrato de compraventa de acciones entre Norgener Inversiones SpA (“**Norgener**”) y Toesca Infraestructura II Fondo de Inversión (“**Fondo**”) y ambas, en conjunto, las “**Partes**”) por medio del cual este último, directamente o a través de alguna entidad relacionada, adquiriría el 49,99% de las acciones de una sociedad constituida al efecto (“**NewCo**”), cuyo objeto exclusivo sería la propiedad del 60% de las acciones emitidas por la Empresa Eléctrica Cochrane SpA (“**Cochrane**”) (“**Operación**”).
2. La resolución dictada con fecha 3 de agosto de 2020, declarándose incompleta la Notificación (“**Resolución de Notificación Incompleta**”).
3. La presentación de las Partes correspondiente al Ingreso Correlativo N° 02893-20 de fecha 14 de agosto de 2020, mediante la cual complementan la Notificación (“**Complemento**”).
4. Lo dispuesto en los artículos 6° y 7° de la Constitución Política de la República, así como lo preceptuado en el artículo 2° de la Ley N° 18.575 de Bases Generales de la Administración del Estado.
5. Lo dispuesto en los artículos 46, 47 y 50, inciso final del Decreto con Fuerza de Ley N°1 de 2004, del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N°211 de 1973 y sus modificaciones posteriores (“**DL 211**”).
6. Lo establecido en el Decreto Supremo N°33 del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, que Aprueba el Reglamento de fecha 1° de marzo de 2017, sobre Notificación de una Operación de Concentración, publicado en el Diario Oficial el día 1° de junio de 2017 (“**Reglamento**”).
7. Lo señalado en la Guía de Competencia de la Fiscalía, de junio de 2017 (“**Guía de Competencia**”).

**CONSIDERANDO:**

1. Que el artículo 47 del DL 211 señala qué es lo que ha de entenderse por operación de concentración, distinguiendo cuatro hipótesis en que dos o más agentes económicos independientes entre sí, cesan en su independencia ya sea: (a) fusionándose, cualquiera sea la forma de organización societaria de las entidades que se fusionan o de la entidad resultante; (b) adquiriendo, uno o más de ellos, directa o indirectamente, derechos que le permitan influir decisivamente en la administración de otro; (c) asociándose bajo cualquier modalidad para conformar un agente económico independiente que desempeñe sus funciones de forma permanente; o (d) adquiriendo, uno o más de ellos, el control sobre los activos de otro a cualquier título.

2. Que de acuerdo a lo sostenido por las Partes de la Notificación, la Operación no debiese calificar como una operación de concentración. Sin perjuicio de lo cual, *“los limitados poderes de veto que el Fondo adquirirá en el marco de la Operación podrían ser considerados por la FNE como un antecedente de influencia decisiva negativa del fondo sobre Cochrane”*<sup>1</sup>. En este sentido, la Operación podría constituir uno de los casos contemplados en la letra b) del artículo citado, en tanto supondría la adquisición por uno de los notificantes, directa o indirectamente, de derechos que le permitirían influir decisivamente en la administración de otro.
3. Que de acuerdo a lo dispuesto en el párrafo 54 de la Guía de Competencia, se entiende por control o influencia decisiva *“la posibilidad, de jure o de facto, de determinar -o vetar- la adopción de decisiones sobre la estrategia y comportamiento competitivo de un agente económico”*, lo que supone *“entre otros, influir decisivamente o controlar la composición de su administración, derechos a voto, decisiones estratégicas o de negocios o, en general, influir en el desenvolvimiento competitivo del mismo”*.
4. Que en concordancia con lo anterior, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 7º, número 4, letra a) del Reglamento, es necesario acompañar a la Notificación una explicación relativa a la naturaleza jurídica de la operación proyectada, indicando cuál es la letra del artículo 47 del DL 211 a la que corresponde, y explicando por qué se estima corresponder a dicha letra.
5. Que en este caso, Norgener es una sociedad por acciones que tiene como principal actividad la inversión de toda clase de bienes, incluyendo en particular acciones de sociedades dedicadas a la generación, transmisión, compra, venta y distribución de energía. Particularmente, Norgener cuenta con una participación accionaria de un 60% en Cochrane.
6. Que Norgener transferirá la totalidad de sus acciones en Cochrane a una sociedad que se constituirá al efecto (*i.e.* NewCo), cuyo objetivo exclusivo será la propiedad de dichas acciones. La Operación contempla la transferencia de Norgener al Fondo, directamente o a través de alguna entidad relacionada, del 49,9% de las acciones emitidas por la NewCo. Consecuentemente, una vez perfeccionada la Operación, el Fondo adquiriría una participación indirecta en Cochrane.
7. Que una vez perfeccionada la Operación, Norgener y el Fondo serían titulares de la totalidad de las acciones de la NewCo, manteniendo inicialmente un 50,01% y un 49,99% de participación, respectivamente. Con todo, en virtud de la Operación, las Partes dividirían el capital de la NewCo en dos series de acciones, A y B, representando las primeras ████████ del capital con derecho a voto, y las segundas sólo ████████ del capital de la NewCo, con limitados derechos de decisión, según se expone.
8. Que a la luz de la señalada estructura, las Partes sostienen que la Operación proyectada no cumpliría con los presupuestos requeridos por el artículo 47 b) del DL 211, en tanto *“[...] estiman que la Operación no debiese calificar como ‘operación de notificación’ al tenor de lo dispuesto en el artículo 47 del DL 211, pues Norgener continuará teniendo el control sobre Cochrane”*<sup>2</sup>.
9. Que adicionalmente, las Partes especifican que *“la administración y la determinación del comportamiento competitivo de Cochrane continuará dependiendo de Norgener”*,

---

<sup>1</sup> Notificación, p.2.

<sup>2</sup> Notificación, p. 6.

sin que los eventuales vetos a ser ejercidos por el Fondo puedan tener la aptitud para afectar la administración ordinaria de Cochrane.

10. Que según fue señalado por las Partes, y luego corroborado por la FNE mediante la revisión de los estatutos y el pacto de accionistas acompañados a esta Notificación, *“los derechos de veto que NewCo (e indirectamente el Fondo) adquirirá son aquellos habituales y necesarios en el marco de esta clase de operaciones en que participa un socio financiero”*<sup>3</sup>.
11. Que en efecto, del análisis de dichos documentos fue posible identificar que el Fondo sólo adquiriría facultades relacionadas a la mantención de su inversión (*i.e.* por ejemplo, limitaciones a la enajenación de activos o al endeudamiento de la Newco) o supervigilancia del estado financiero de la misma (*i.e.*, por ejemplo, deberes de información y auditoría en favor del Fondo), sin que dichas atribuciones le permitan influir y/o controlar las variables competitivas del negocio, prerrogativas que permanecerían en manos de Norgener una vez perfeccionada la Operación.
12. Que por medio de la Resolución de Notificación Incompleta dictada por esta Fiscalía, se comunicó a las Partes de la necesidad de subsanar la información proporcionada en la Notificación, en orden a fundamentar la adquisición de control o influencia decisiva que es necesaria para establecer, en este caso, la existencia de una operación de concentración en los términos ya reseñados.
13. Que en respuesta a lo anterior, las Partes señalaron que no existe información adicional que permita acreditar lo requerido, indicando que *“[...] no nos es posible señalar o aportar antecedentes adicionales a los ya aportados en la Notificación y que se refieran a ‘cuáles serían aquellos derechos o participaciones que, de acuerdo a lo establecido en la Guía de Competencia, determinarían la naturaleza, nivel y tipo de influencia decisiva o control a ser ejercido por el Fondo’; ni tampoco nos es posible identificar ‘razones y fundamentos por las cuales ello sería consistente con lo dispuesto en la norma referida’”*<sup>4</sup>.
14. Que consecuentemente, con la información proporcionada por las Partes, de los antecedentes examinados en la Notificación y el Complemento no resulta posible dar por acreditada que la Operación corresponda a una adquisición de control o influencia decisiva en los términos del artículo 47, letra b) ya citado, por no importar la Operación un cese de independencia de Norgener respecto de Cochrane, al mantener el primero la habilidad de determinar el comportamiento competitivo del segundo, según se expuso.
15. Que habiendo llegado a la conclusión señalada en el considerando anterior, resulta pertinente tener en cuenta que, en cumplimiento con lo dispuesto en los artículos 6º y 7º de la Constitución Política de la República, así como lo preceptuado en el artículo 2º de la Ley N°18.575 de Bases Generales de la Administración del Estado, los órganos de la Administración del Estado deben someter su acción a la Constitución y las leyes, actuando siempre dentro del ámbito de su competencia.
16. Que lo anterior supone que los órganos de la Administración se encuentran obligados al respeto de la Constitución y las leyes, sin perjuicio de que deban actuar en los

---

<sup>3</sup> Notificación, p. 6.

<sup>4</sup> Complemento, p. 2.

procedimientos ante ellos incoados. Dado que, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 46 del DL 211, el procedimiento establecido en el Título IV resulta aplicable a las *operaciones de concentración* que sean notificadas ante esta Fiscalía, se hace necesario que este órgano de la Administración emita un pronunciamiento relativo a la Notificación presentada, respetando el mandato legal que lo motiva.

17. Que en orden a respetar el mandato legal recogido por el artículo 46 citado, esta Fiscalía debe evaluar los criterios que permiten dar forma a su competencia según lo preceptuado por las normas constitucionales reseñadas precedentemente (a saber, jerarquía, cuantía, territorio y materia). En ese sentido, la materia se refiere a “*una fórmula de atribución de competencias que atiende al asunto, fin u objetivo que se pretende abordar o cumplir*”<sup>5</sup>, pudiendo esta clasificarse según competencia externa o interna, cuando se trata de distribución de competencias entre o intra-órgano, correspondientemente<sup>6</sup>.
18. Que en el caso del Título IV, la materia se encuentra definida por la concurrencia de una operación de concentración<sup>7</sup>. Así las cosas, para respetar la legalidad y competencia que rige el actuar de la Administración, esta Fiscalía debe respetar cada uno de los elementos que determinan que un organismo sea competente para conocer por medio del procedimiento referido, sin que sea posible vulnerar alguno de ellos como es, en este caso, la necesidad de tratarse de una operación de concentración.
19. Que el legislador ha previsto escenarios en que, habiéndose solicitado el inicio del procedimiento por medio de una Notificación, sea necesario tener esta por no presentada por no concurrir los requisitos establecidos en el Reglamento y/o en la ley. Es el caso contemplado en el artículo 50 del DL 211, que regula las situaciones en que, habiéndose comunicado los errores u omisiones identificados en la Notificación, el notificante no los subsanare dentro del plazo establecido.
20. Que a la luz de los antecedentes proporcionados por las Partes a partir de la Notificación y el Complemento, es posible concluir que la transacción proyectada no constituiría una operación de concentración en los términos preceptuados en el artículo 47, letra b) del DL 211. Así las cosas, en virtud del mandato legal que limita la competencia del procedimiento regulado en el Título IV del DL 211 y, asimismo, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 50, inciso final del DL 211, es preciso tener la Notificación por no presentada.
21. Que sin perjuicio de lo señalado precedentemente, la presente resolución se expide sobre la base de los antecedentes proporcionados por las Partes en el transcurso del proceso de Notificación efectuado, por lo que no obsta a que la transacción pueda ser calificada como operación de concentración por esta Fiscalía si se perfeccionara de manera diversa a la expuesta por las Partes en el marco de este procedimiento.
22. Que asimismo y, en concordancia con lo señalado en la Guía de Competencia, los hechos, actos o convenciones que no califiquen como operación de concentración han de quedar regidos por las reglas generales del DL 211, por lo que la presente

---

<sup>5</sup> Bermúdez, Jorge, *Derecho Administrativo General*, Segunda Edición actualizada, Editorial Abeledo Perrot, Legal Publishing Chile; Thomson Reuters, 2011, p. 321.

<sup>6</sup> Silva Cimma, Enrique, *Derecho Administrativo Chileno y Comparado: El Servicio Público*, Editorial Jurídica de Chile, 1995, p. 88.

<sup>7</sup> Ello es consistente con el análisis realizado por la Comisión Europea, que ha resuelto no pronunciarse sobre transacciones notificadas cuando ha llegado a la conclusión de que no se está en presencia de una operación de concentración en los términos del artículo 3(1)b y 3(2) de la regulación legal aplicable.

resolución no limita o restringe en forma alguna el eventual ejercicio de acciones por parte de esta Fiscalía y/o terceros en caso de resultar ello procedente.

**RESUELVO:**

- 1°.- **TÉNGASE POR NO PRESENTADA LA NOTIFICACIÓN E INSTRÚYASE EL ARCHIVO DE LOS ANTECEDENTES** relativos a la investigación Rol FNE F242-2020, en virtud de lo señalado en el artículo 50 del DL 211.
- 2°.- **COMUNÍQUESE** a las Partes la presente Resolución en la forma prevista en el artículo 61 del DL 211.
- 3°.- **PUBLÍQUESE.**

Rol FNE F242-2020

Ricardo  
Wolfgang Riesco  
Eyzaguirre

Firmado digitalmente  
por Ricardo Wolfgang  
Riesco Eyzaguirre  
Fecha: 2020.08.28  
12:35:11 -04'00'

**RICARDO RIESCO EYZAGUIRRE  
FISCAL NACIONAL ECONÓMICO**

PCV