

FISCALIA NACIONAL ECONOMICA

DECRETO LEY Nº 211 DE 1973

LEY ANTIMONOPOLIOS

AGUSTINAS Nº 853 - PISO 12º

SANTIAGO

820

348

ORD. Nº

ANT. : Administración y designación de directores en Endesa S.A. y otras empresas por parte de Enersis S.A. y de las Administradoras de Fondos de Pensiones S.A..

MAT. : Requerimiento del Fiscal Nacional Económico.

Santiago, 13 MAY 1991

A : HONORABLE COMISION RESOLUTIVA
DE : FISCAL NACIONAL ECONOMICO

1.- En ejercicio de las atribuciones que me confiere el artículo 24, letras a) y c), del Decreto Ley Nº 211, de 1973, el Fiscal infrascrito viene en formular ante esa H. Comisión Resolutiva el presente requerimiento, a fin de que se sirva adoptar las medidas que se indican en la conclusión de este oficio, en relación con la designación de directores en la Sociedad Endesa S.A. y demás empresas que se mencionan, y la participación en dichas sociedades de la empresa Enersis S.A., de sus filiales y de diversas Administradoras de Fondos de Pensiones.

Los fundamentos de hecho y de derecho de este requerimiento son los que se indican a continuación:

2.- El abogado señor Ramón Briones Espinosa, con domicilio en esta ciudad, calle Doctor Sótero del Río Nº 326, oficina 1003, denunció a fojas 2 y siguientes ante esta Fiscalía Nacional Económica que la empresa Enersis S.A., sus empresas relacionadas y diversas Administradoras de Fondos de Pensiones, habrían acordado actuar conjuntamente con el propósito de tomar el control de las directivas de importantes sociedades anónimas, para lo cual habrían realizado actuaciones tendientes a elegir directores comunes que representarían sus respectivos intereses en dichas sociedades.

FISCALIA NACIONAL ECONOMICA

DECRETO LEY Nº 211 DE 1973

LEY ANTIMONOPOLIOS

AGUSTINAS Nº 853 - PISO 12º

SANTIAGO

821

2.2. Expresó el denunciante que durante la Junta de Accionistas de Endesa S.A. celebrada el 19 de Abril de 1990, Enersis S.A. y/o sus empresas filiales y las siguientes Administradoras de Fondos de Pensiones: Concordia S.A., Cuprum S.A., El Libertador S.A., Futuro S.A., Habitat S.A., Invier- 13
ta S.A., Magister S.A., Plan Vital S.A., Protección S.A., Santa María S.A., Summa S.A., La Unión S.A. y Provida S.A. se habrían coludido para elegir como directores de la citada sociedad a los señores José Piñera, José Yurazseck, Ernesto Fontaine y Juan A. Fontaine, actualmente directores de la referida empresa.

Agregó que Endesa S.A. es la principal productora y transmisora de energía del país, recientemente privatizada, y que su capital social se encuentra atomizado entre miles de accionistas, lo que habría facilitado su control por parte de las denunciadas.

Que, a su vez, Enersis S.A. y sus empresas relacionadas, son controladas por un pequeño grupo de personas, no obstante que respecto de ellas tuvo lugar el denominado capitalismo popular.

La principal filial de Enersis S.A. es Distribuidora Chilectra Metropolitana, que constituye la empresa más importante de distribución de energía eléctrica del país.

Según el denunciante, el grupo económico que controla Enersis S.A., con la colaboración de las Administradoras de Fondos de Pensiones antes mencionadas, habría tomado el control del directorio de Endesa S.A., dando lugar a la formación de un verdadero monopolio que integra verticalmente el mercado de la producción, transmisión y distribución de la energía eléctrica del país.

A su juicio tal situación es contraria a las normas sobre libre competencia contenidas en el Decreto Ley Nº 211, de 1973, por cuanto dicha integración de dos empresas aparentemente distintas, que en principio deberían competir entre si y tener intereses antagónicos en el mercado, al ser

FISCALIA NACIONAL ECONOMICA

DECRETO LEY N° 211 DE 1973

LEY ANTIMONOPOLIOS

AGUSTINAS N° 853 - PISO 12°

SANTIAGO

controladas por un mismo grupo económico, actuarían conjuntamente, lo que influiría negativamente en la fijación de políticas tarifarias y otros aspectos de comercialización, en perjuicio de los consumidores de energía eléctrica.

2.2. Denunció también el recurrente a las mencionadas Administradoras de Fondos de Pensiones, por haber incurrido en un abuso de posición monopólica al actuar mancomunadas en las elecciones de directores de las empresas Eneer-sis S.A., Chilgener S.A., Laboratorio Chile S.A. y Compañía de Teléfonos de Chile S.A., con el fin de obtener una posición dominante y controladora en esas sociedades, lo que daría lugar a una concentración de poder económico que atentaría en contra de una sana y transparente actividad económica.

Expresó el denunciante que la conducta observada por las Administradoras de Fondos de Pensiones contraviene la libre competencia en las actividades económicas, protegidas por el Decreto Ley N° 211, de 1973, y transgrede la propia legislación que regula a esas entidades, contenida básicamente en el Decreto Ley N° 3.500 de 1980, sus leyes complementarias, reglamentos e instrucciones.

Esta última legislación establece limitaciones y controles a las inversiones de estas entidades, en particular respecto de acciones de sociedades anónimas abiertas, disponiendo que se diversifiquen estas inversiones con el objeto de disminuir sus riesgos y de evitar un excesivo poder controlador sobre las empresas.

Sin embargo, las Administradoras en cuestión, que en la actualidad reúnen el mayor capital de ahorro del mercado, en su calidad de accionistas de las referidas empresas, habrían conformado un "cartel" o acuerdo para asociarse en la elección de directorios de dichas empresas y controlar o influir en forma decisiva en su administración, con lo cual se desvirtúan los fines y objetivos que el artículo 45 del Decreto Ley N° 3.500, de 1980, asigna a sus inversiones, relacionados únicamente con la rentabilidad y seguridad de las

FISCALIA NACIONAL ECONOMICA

DECRETO LEY Nº 211 DE 1973

LEY ANTIMONOPOLIOS

AGUSTINAS Nº 853 - PISO 12º

SANTIAGO

mismas y no con un eventual control, total o parcial, de la administración o gestión de las sociedades anónimas en las cuales hayan efectuado tales inversiones.

A continuación, el denunciante desarrolló diversos ejemplos que demostrarían que en la elección de directores las mencionadas Administradoras habrían votado por una misma persona, lo que violaría las normas de los artículos 45 y 46 del Decreto Ley Nº 3.500, sobre el tope de adquisición de acciones de un mismo emisor por cada Fondo de Pensiones. Además, dichas Administradoras se habrían unido a grupos económicos para apoyar o elegir a otros directores que les permitieron formar mayoría en los respectivos directorios.

A juicio del recurrente, la situación descrita configuraría un fraude a la ley, y consolida una posición económica dominante de las Administradoras de Fondos de Pensiones en las citadas empresas, altamente inconveniente y perjudicial para el desarrollo de la economía del país.

2.3. A fojas 51 el denunciante solicitó a esa H. Comisión Resolutiva que tomara conocimiento formal de la denuncia interpuesta ante esta Fiscalía, la sometiera a la tramitación que dispone la ley y ordenara diversas medidas precautorias que detalló en su presentación.

A fojas 53 esa H. Comisión, por resolución de 24 de Julio de 1990, no dió lugar a las peticiones del recurrente declarando que ello era sin perjuicio de lo que resolviera en su oportunidad una vez evacuada la investigación realizada por esta Fiscalía Nacional Económica.

2.4. Finalmente el señor Briones Espinosa solicitó a esta Fiscalía una investigación completa de los hechos denunciados, y requirió que sus conclusiones se pusieran en conocimiento de esa H. Comisión Resolutiva, a fin de que aplique las sanciones que correspondan y deje sin efecto los actos contrarios a la libre competencia, incluyendo las elecciones de directorios de las sociedades involucradas, sin perjuicio de solicitar a esa H. Comisión que requiera al Su-

FISCALIA NACIONAL ECONOMICA

DECRETO LEY Nº 211 DE 1973

LEY ANTIMONOPOLIOS

AGUSTINAS Nº 853 - PISO 12º

SANTIAGO

824

premo Gobierno las modificaciones legales y reglamentarias que procedan destinadas a impedir las conductas denunciadas.

3.- A fojas 35 Enersis S.A. informó lo siguiente en relación con la denuncia de autos:

3.1. El directorio de Endesa S.A. se compone de 9 miembros, de modo que aún en el supuesto que fuera efectivo lo afirmado por el denunciante, de que Enersis S.A. y otros accionistas hubieren elegido en común cuatro directores, ello no les daría el control de la administración de dicha empresa.

3.2. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 64 de la Ley Nº 18.046, Enersis S.A. fue representada en la Junta de Accionistas de Endesa S.A. por la totalidad de sus acciones, al igual que su filial Inmobiliaria Manso de Velasco S.A. Los mandatarios de estas empresas distribuyeron sus votos sólo entre tres candidatos, los señores José Yurazseck Troncoso, José Piñera Echeñique y Juan A. Fontaine Talavera, quienes resultaron elegidos directores de esa empresa.

En el hecho, Enersis S.A. y su filial antes mencionada, emitieron 966.468.654 preferencias en la aludida elección, lo que representó el 12,3% del total de las acciones de Endesa S.A.

Como la cifra repartidora registrada fue de 459.222.542 votos, ello les permitió elegir casi exactamente a dos directores.

La circunstancia de que en esta elección algunos directores hayan sido elegidos con los votos de ciertas Administradoras de Fondos de Pensiones no autoriza por sí solo para suponer que haya existido algún acuerdo de los accionistas tendientes a controlar el Directorio.

Por el contrario, es plenamente legítimo, en conformidad con la Ley Nº 18.046, sobre sociedades anónimas, que

FISCALIA NACIONAL ECONOMICA

DECRETO LEY Nº 211 DE 1973

LEY ANTIMONOPOLIOS

AGUSTINAS Nº 853 - PISO 12º

SANTIAGO

825

Enersis S.A. haya hecho efectivo el derecho que le corresponde en cuanto a accionista para hacer valer sus propios intereses en dicha sociedad, expresados a través de las decisiones que adopta en la respectiva Junta de Accionistas.

El artículo 39 de la Ley Nº 18.046 establece las responsabilidades y obligaciones de los directores en estas sociedades, y el artículo 66 autoriza expresamente que los accionistas acumulen sus votos en favor de una sola persona, o los distribuyan de la manera que estimen más conveniente. A su vez el artículo 116 del Decreto Ley Nº 3.500 reitera estas disposiciones estableciendo algunas limitaciones.

En consecuencia, los accionistas de estas sociedades se limitan a ejercer el derecho que les acuerda dicha legislación, al amparo de la norma constitucional contenida en el artículo 19, Nº 21, inciso primero, de la Ley Fundamental.

3.3. Las sociedades Enersis S.A. y su filial tienen existencia legal desde Julio de 1987. En su propiedad accionaria participan 1.312 trabajadores de estas empresas con el 20,7% del capital social y sus objetivos y giros son "efectuar inversiones permanentes", y no controlar negocios o empresas de terceros.

3.4. Por otra parte, la antecesora de Enersis S.A. en estas actividades, la Compañía Chilena de Electricidad S.A., siempre actuó en los giros de la generación, transmisión, distribución y venta de energía, aún bajo la plena vigencia de las normas sobre libre competencia contenidas en el Título V de la Ley Nº 13.305, situación que nunca fue reprochada como monopólica.

Por lo demás, esta práctica de integración vertical de la generación y la distribución eléctrica constituye la regla general en el mundo en materia de suministro de energía.

En el caso de Chile, hasta hace muy poco tiempo la generación, transmisión, distribución y venta de energía,

FISCALIA NACIONAL ECONOMICA

DECRETO LEY Nº 211 DE 1973

LEY ANTIMONOPOLIOS

AGUSTINAS Nº 853 - PISO 12º

SANTIAGO

826

presentaban un grado de concentración superior al actual, ya que en el último trienio Endesa S.A. se ha desconcentrado a través de la formación de filiales que operan como productores y/o como distribuidores en distintos puntos del país.

3.5. La denunciante formula acusaciones sobre la base de meras afirmaciones genéricas y vagas, y no proporciona prueba alguna que acredite la existencia de los presuntos pactos o acuerdos reservados que se atribuyen a las denunciadas, con el fin de tomar el control de las empresas que se indican.

3.6. El D.F.L. Nº 1, de 1982, del Ministerio de Minería, regula los precios máximos en cada una de las alternativas del suministro de energía eléctrica. Estas tarifas son establecidas por la propia autoridad a través de la Comisión Nacional de Energía y del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción de acuerdo con procedimientos técnicos y rigurosos.

Los números 1 y 2 del artículo 96 del D.F.L. Nº 1 de 1982, distinguen entre la generación, transmisión y transporte de energía, y su distribución. En el nivel de generación transporte, se aplican los artículos 97 al 104, y respecto del nivel de distribución los artículos 105 al 119 de ese texto legal.

En consecuencia, es irrelevante la afirmación del denunciante, de que mediante la integración vertical de este mercado se pretendería influir indebidamente sobre el régimen tarifario de la energía eléctrica, si se tiene presente que de acuerdo con las disposiciones legales vigentes la autoridad pública interviene en la fijación de dichas tarifas.

3.7. A fojas 69 Enersis S.A. informó sobre su participación en el directorio de Endesa S.A., señalando que la empresa apoyó a don José Piñera y a don José Yurazseck. Que, por otra parte, los señores Jorge Mardones, Antonio Tuset, Rodrigo Manubens y Harold Rosengvist fueron reelegidos con el apoyo total o parcial de los Fondos de Pensiones, después

FISCALIA NACIONAL ECONOMICA

DECRETO LEY N° 211 DE 1973

LEY ANTIMONOPOLIOS

AGUSTINAS N° 853 - PISO 12°

SANTIAGO

827

de haber servido esas funciones durante 1 o 2 años. Además, fueron elegidos don Juan A. Fontaine, con el apoyo de diversos accionistas; don Ernesto Fontaine, y el señor Fernando Illanes, con el apoyo de los trabajadores de Endesa, la Corfo y tres Fondos de Pensiones.

3.8. A fojas 625, Enersis S.A. acompañó cuadro comparativo de las votaciones en esa empresa de diversas Administradoras en las Juntas de Accionistas, celebrados entre 1987 y 1990.

3.9. Por las consideraciones precedentes, Enersis S.A. solicitó el rechazo de la denuncia planteada en estos autos.

4.- A fojas 57 rola oficio N° 3250 de 1990 de la Superintendencia de Valores y Seguros, por el que informó sobre la aplicación de la Ley N° 18.046, sobre Sociedades Anónimas, y sobre las Juntas de Accionistas celebradas por Endesa S.A., el 19 de Abril de 1990; por Chilgener S.A., el 11 de Abril de 1990; por Enersis S.A., el 29 de Marzo de 1990, y por el Laboratorio Chile S.A., el 19 de Abril de 1990.

De fojas 248 a 350 esa Superintendencia acompañó copia de la Ficha Estadística Codificada Uniforme (FECU) vigente al 31 de Marzo y 30 de Junio de 1990, de diversas empresas eléctricas del país.

5.- A fojas 61 rola oficio N° 5668, de 1990, de la Superintendencia de Administradoras de Fondos de Pensiones, informando sobre la participación de las Administradoras de Fondos de Pensiones en las Juntas de Accionistas de las sociedades anónimas cuyas acciones fueron adquiridas con recursos del Fondo respectivo, en cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 45 bis del Decreto Ley N° 3.500, de 1980, expresando que la única limitación que existe al ejercicio del derecho a voto es la establecida en el artículo 116 de este texto legal, en el sentido que no puede excederse del máximo de concentración que al efecto permiten los estatutos. Informó también sobre la Junta de Accionistas de Enersis S.A.,

FISCALIA NACIONAL ECONOMICA

DECRETO LEY Nº 211 DE 1973

LEY ANTIMONOPOLIOS

AGUSTINAS Nº 853 - PISO 12º

SANTIAGO

828

indicando el nombre de las Administradoras participantes, el director por el cual votaron, y el respectivo porcentaje accionario en la empresa.

A fojas 538 acompañó un informe sobre la votación de las Administradoras en las Juntas de Accionistas de Endesa S.A., Laboratorio Chile S.A., C.T.C. S.A. y Chilgener S.A., y sus respectivas participaciones accionarias.

6.- A fojas 242 rola oficio Nº 800, de 1990, de Endesa S.A., por el que informó lo siguiente:

6.1. No existen antecedentes que permitan estimar que Enersis S.A. y/o las Administradoras hayan intentado tomar el control de Endesa S.A., por cuanto no consta que se haya dado cumplimiento al artículo 54 de la Ley Nº 18.045.

6.2. Es infundada la afirmación de que la conducta de Enersis S.A. y de las Administradoras conducirían a la formación de un monopolio u oligopolio, pues el sistema de tarifas está estrictamente regulado por el D.F.L. Nº 1, de Minería, de 1982, el que contempla la fijación de precios máximos respecto de las distintas alternativas de suministro, mediante procedimientos técnicos en los que intervienen las autoridades del Sector Económico.

6.3. En las votaciones de las Juntas de Accionistas de Endesa S.A. ha sido práctica frecuente que los accionistas distribuyan sus preferencias entre diversos candidatos, lo que, por lo demás, está expresamente autorizado por el artículo 66 de la Ley Nº 18.046, sobre sociedades anónimas abiertas.

6.4. Acompañó a fojas 71 y siguientes, copia del acta de la Junta de Accionistas de 19 de Abril de 1990; a fojas 107 y siguientes informó sobre porcentaje de votación de los candidatos a director y a fojas 125 y siguientes, representación y poderes de los participantes en la Junta.

FISCALIA NACIONAL ECONOMICA

DECRETO LEY Nº 211 DE 1973

LEY ANTIMONOPOLIOS

AGUSTINAS Nº 853 - PISO 12º

SANTIAGO

829

6.5. De fojas 351 a 365, Endesa S.A. informó sobre la reestructuración de la empresa y la creación de nuevas filiales, remitiendo los antecedentes correspondientes a fojas 375, sobre la participación accionaria en el capital de la empresa.

7.- A fojas 244 rola oficio Nº 111 de 1990, de la Comisión Nacional de Energía, informando lo siguiente:

7.1. La Comisión no dispone de antecedentes directos sobre el nombramiento de los directores de Endesa S.A., ni de las acciones denunciadas tendientes a asumir el control de dicha empresa, ni que ellas tiendan a constituir, por ese sólo hecho un monopolio.

7.2. No existen en la legislación sobre la materia impedimentos para que una empresa eléctrica de distribución tenga participación accionaria en una empresa de generación de energía. De hecho, bajo la actual legislación, existen y han existido empresas que intervienen tanto en la generación como en la distribución eléctrica.

7.3. La distribución eléctrica es un monopolio natural en cada área de concesión, por ello la legislación establece que los precios son regulados por la autoridad del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción a propuesta de la Comisión Nacional de Energía, tanto para la venta de las empresas generadoras a las distribuidoras (precio de nudo), como de éstas a los usuarios finales de menos de 2.000 KW. de potencia contratada. Existen procedimientos técnicos objetivos y no discrecionales, para la fijación de estas tarifas máximas independientemente de la estructura de propiedad de las empresas.

Los precios de venta de electricidad a clientes de más de 2000 KW de potencia contratada son libres, pues la ley presume que estos usuarios tienen alternativas distintas de suministro, sea por otras empresas distribuidoras, o mediante fuentes propias de generación eléctrica.

FISCALIA NACIONAL ECONOMICA

DECRETO LEY Nº 211 DE 1973

LEY ANTIMONOPOLIOS

AGUSTINAS Nº 853 - PISO 12º

SANTIAGO

7.4. La Comisión Nacional de Energía está empeñada en promover la desconcentración de las empresas que intervienen en esta actividad, a fin de fomentar la competencia en la generación de la electricidad que, a diferencia de la distribución, no es un monopolio natural.

En cuanto a la transmisión de la electricidad, donde existe de hecho un monopolio, la ley regula los precios y otras condiciones de peaje para el uso de los sistemas de transmisión por parte de empresas eléctricas que no son dueñas de estos sistemas.

La ley, asimismo, establece un organismo coordinador, denominado Centro de Despacho Económico de Carga (C.D.E.C.), a fin de garantizar que las plantas operen en condiciones adecuadas de seguridad y al mínimo costo de operaciones.

7.5. A fojas 599 rola oficio Nº 136, de 1990, de dicha Comisión, en el que concluyó que si bien no es ilegal que una empresa distribuidora de energía eléctrica adquiera acciones de una empresa de generación eléctrica, en el contexto actual de alta participación de Endesa S.A. en el mercado de la generación eléctrica, la compra de acciones de ésta por parte de Enersis S.A., es un factor que no contribuye a la necesaria transparencia del sector eléctrico.

8.- A fojas 385 y 684 rolan actas de la Junta de Accionistas de Enersis S.A., celebrada el 29 de Marzo de 1990; a fojas 389, de Chilgener S.A., celebrada el 11 de Abril de 1990; a fojas 462 de la Compañía de Teléfonos de Chile S.A., celebrada el 28 de Abril de 1990; a fojas 559, de Endesa S.A., celebrada el 19 de Abril de 1990; y a fojas 577, del Laboratorio Chile S.A., celebrada el 19 de Abril de 1990.

9.- A fojas 541 y siguientes rola informe sobre control de la votación del directorio de Endesa S.A.; a fojas 592 y siguientes de la votación del directorio del Laboratorio Chile S.A.; a fojas 601 y siguientes, de la elección de directorio de Chilectra S.A.

FISCALIA NACIONAL ECONOMICA

DECRETO LEY Nº 211 DE 1973

LEY ANTIMONOPOLIOS

AGUSTINAS Nº 853 - PISO 12º

SANTIAGO

10.- De fojas 661 a fojas 744 rolan testimonios prestados por los representantes de las Administradoras de Fondos de Pensiones en las Juntas de Accionistas de las empresas Endesa S.A., Enersis S.A., Chilectra S.A., Chilgener S.A., C.T.C. S.A. y Laboratorio Chile S.A.

11.- A fojas 719 rola declaración de don Fernando Illanes, director de Endesa S.A.; a fojas 737 testimonio de don Rodrigo Manubens, Presidente de Endesa S.A.; a fojas 741 de don Manuel Martín, abogado de Enersis S.A. y a fojas 744 de don Arsenio Molina, Gerente de Desarrollo de Enersis S.A.

12.- A fojas 745 consta oficio Nº 643 de 1990, de la Dirección General de Aguas, en relación con los derechos de agua que posee Endesa S.A.

13.- A fojas 750 y siguientes rola copia del Acta de la Septuagésima Séptima Sesión Ordinaria del Directorio de la Asociación de Administradoras de Fondos de Pensiones A.G.; copia del Acta de la Octagésima Sesión Ordinaria del Directorio e informe en derecho elaborado por el asesor jurídico de dicha Asociación.

[Handwritten signature]

14.- En relación con los antecedentes expuestos, el Fiscal infrascrito expresa a esa H. Comisión lo siguiente:

14.1. Las Administradoras de Fondos de Pensiones, en adelante las Administradoras, se rigen por el Decreto Ley Nº 3.500, de 1980, y sus modificaciones, que aprueba el Sistema Previsional y de Pensiones; por el Reglamento de esta Ley, aprobado por el Decreto Supremo Nº 57, de 1990, del Ministerio del Trabajo y Previsión social, publicado en el Diario Oficial el 28 de Marzo de 1991, y supletoriamente, por las disposiciones de la Ley Nº 18.046, sobre Sociedades Anónimas, conforme lo dispone el artículo 132 de este último texto legal.

De acuerdo con lo establecido en los artículos 23 y siguientes del Decreto Ley Nº 3.500 citado, las Administradoras son sociedades anónimas que tienen como único y exclu-

FISCALIA NACIONAL ECONOMICA

DECRETO LEY N° 211 DE 1973

LEY ANTIMONOPOLIOS

AGUSTINAS N° 853 - PISO 12°

SANTIAGO

832

sivo objetivo administrar un Fondo de Pensiones y otorgar y administrar las prestaciones y beneficios que señala dicho cuerpo legal.

Sus características principales son las siguientes:

a) Administrar bienes ajenos constituidos por un Fondo de Pensiones, cuyos únicos dueños son los afiliados a esas Entidades;

b) Recaudar cotizaciones y depósitos de sus afiliados, abonarlos en sus cuentas e invertirlos en la forma autorizada taxativamente por la ley.

c) Estas inversiones deben tener como únicos objetivos la obtención de adecuada rentabilidad y seguridad, y deben efectuarse de acuerdo a determinados parámetros fijados por el Banco Central.

El artículo 45, letra g), del Decreto Ley N° 3.500 dispone que los recursos del Fondo pueden invertirse, entre otros instrumentos, en acciones de sociedades anónimas abiertas, en determinadas condiciones, en cuyo caso ellas deben ser previamente aprobadas por una Comisión Clasificadora de Riesgos, prohibiéndose las inversiones que no cumplan con los grados de desconcentración y limitaciones exigidos por la ley. Las sociedades anónimas referidas deben adecuar sus estatutos, estableciendo normas permanentes en relación con dichas limitaciones y grados de desconcentración.

d) Cada Fondo de Pensiones constituye una persona jurídica independiente y distinta de la respectiva Administradora, con patrimonios diferentes, sin que ésta tenga dominio alguno sobre aquél. Estas entidades deben llevar contabilidades separadas.

De acuerdo con el artículo 45 bis, incisos 8 y 9, del citado Decreto ley N° 3.500, las Administradoras tienen las siguientes obligaciones principales:

FISCALIA NACIONAL ECONOMICA

DECRETO LEY Nº 211 DE 1973

LEY ANTIMONOPOLIOS

AGUSTINAS Nº 853 - PISO 12º

SANTIAGO

a) Concurrir a las Juntas de Accionistas, representadas por sus gerentes o mandatarios especiales designados por su directorio;

b) Efectuar sus inversiones con arreglo a la ley.

c) Pronunciarse en las Juntas de Accionistas sobre los acuerdos que se adopten, dejándose constancia de sus votos en las actas respectivas.

d) Realizar todas las gestiones que sean necesarias, y con la diligencia que emplean ordinariamente en sus propios negocios, para controlar la administración de las empresas y fondos de inversión en que hayan invertido los recursos de los Fondos de Pensiones, con el objeto de velar por la adecuada rentabilidad y seguridad de esas inversiones.

Los artículos 31, 38, 39, 56, 62 y 66 de la Ley Nº 18.046, sobre Sociedades Anónimas, establecen diversas disposiciones sobre las elecciones de directorios de estas entidades. En particular, el artículo 66 de esta ley otorga a los accionistas amplia libertad para elegir a los directores, pudiendo al efecto acumular sus votos en favor de una sola persona, o distribuirlos en la forma que estimen conveniente, e incluso acordar en forma unánime que se omitan las votaciones y se proceda a elegir por aclamación a sus directores. El artículo 39, por su parte, dispone que las funciones de director son indelegables y que los directores elegidos por un grupo o clase de accionistas tienen los mismos deberes para con la sociedad y los demás accionistas que los directores restantes, no pudiendo faltar a éstos y a aquélla a pretexto de defender los intereses de quienes los eligieron.

14.2. A fojas 781 y siguientes de estos autos rolan copias de las actas de las sesiones ordinarias del Directorio de la Asociación de Administradoras de Fondos de Pensiones A.G., celebradas el 3 de Septiembre y 3 de Diciembre de 1990, correspondientes a la septuagésima séptima y octagésima sesiones ordinarias de dicho Directorio, respectivamente.

FISCALIA NACIONAL ECONOMICA

DECRETO LEY Nº 211 DE 1973

LEY ANTIMONOPOLIOS

AGUSTINAS Nº 853 - PISO 12º

SANTIAGO

834

Se acredita en dichas actas que algunos directores de esa Asociación Gremial impugnaron el sistema de votaciones empleados por las Administradoras en las Juntas de Accionistas de las sociedades anónimas donde efectúan sus inversiones, en los términos que a continuación se transcriben.

"Las A.F.P. por norma no deben votar para la designación de directores en estas sociedades, ya que su rol es el de inversionistas y no el de administrar empresas en las cuales invierten". "La modalidad actual por la cual las A.F.P. llegan a acuerdos con grupos minoritarios de accionistas, generalmente de grandes ex-empresas estatales privatizadas, ya sea para nombrar en ellas sus directores o para tomar la administración y el control de las mismas, escapa del todo al propósito de las A.F.P., que es la de administrar a través de adecuadas inversiones los Fondos de Pensiones, en lugar de tomar a través de inversiones en estas empresas que han llegado a ser grandes centros de poder, un control económico y político (fojas 789).

"En lo concerniente a la administración, ella no puede confundirse en modo alguno con la propiedad".

"Respecto de la desconcentración del poder económico, lo que ocurre con el sistema actual es precisamente lo contrario, como lo han probado los hechos referidos". "Así, las A.F.P., con razón o sin ella, se ponen de acuerdo para nombrar directores en las compañías en las cuales han invertido, tomando el control de éstas y concentrando el poder en sólo pequeños grupos de decisión administrativa, sin que en dicha resolución quepa participación alguna a las grandes masas de afiliados que son los verdaderos dueños de las inversiones". "La administración es inherente al dominio o propiedad de los bienes, pero precisamente por esa razón, la propiedad, que es de los afiliados, y no de la Administradora, debe ser ejercida por los dueños y no por el administrador". (Fojas 790)

"La forma de control... que se produce mediante la concertación legal de intereses... es contradictoria con la

FISCALIA NACIONAL ECONOMICA

DECRETO LEY N° 211 DE 1973

LEY ANTIMONOPOLIOS

AGUSTINAS N° 853 - PISO 12°

SANTIAGO

835

natural misión de las A.F.P., esto es, invertir adecuadamente los recursos de los Fondos de Pensiones que administran, y no intervenir en la administración de aquellas sociedades en las cuales efectúan las aludidas inversiones" (fojas 783)

14.3. El reconocimiento formulado por algunos directores de la Asociación de Administradoras de Fondos de Pensiones A.G., antes mencionado, confirma que estas entidades habrían incurrido en prácticas colusivas al actuar de común acuerdo en las elecciones de directores de las sociedades anónimas en cuyas acciones tienen invertidos los fondos previsionales de sus afiliados, e incluso tales acuerdos dicen relación con la propia administración de estas empresas.

Las conductas observadas por las Administradoras tienen también un reconocimiento expreso en las conclusiones del informe en derecho del Asesor Jurídico de la citada Asociación Gremial, aprobado por el Directorio de esta Organización, cuando señala, a fojas 759, que corresponde a las Administradoras realizar todas las gestiones necesarias "para controlar la administración de las empresas en que se hayan invertido recursos del Fondo de Pensiones..."; y a fojas 761, al afirmar que de la disposición del artículo 66 de la Ley N° 18046, "resulta claro que la forma de votar es amplia y privilegia justamente los acuerdos".

Sobre el particular, el Fiscal infrascrito viene en expresar a esa H. Comisión que si bien las disposiciones contenidas en los artículos 45 bis, inciso noveno, del Decreto Ley N° 3.500, de 1980 y 66 de la Ley N° 18.046, citados, autorizan efectivamente a las Administradoras para cautelar la administración de las empresas en que tienen invertidos los fondos previsionales, y para elegir libremente a los directores de dichas empresas, adoptando acuerdos tendientes a elegir a esos directores, respectivamente, dicha concertación entre las Administradoras configura conductas contrarias a las normas sobre libre competencia aprobadas por el Decreto Ley N° 211, de 1973.

FISCALIA NACIONAL ECONOMICA

DECRETO LEY Nº 211 DE 1973

LEY ANTIMONOPOLIOS

AGUSTINAS Nº 853 - PISO 12º

SANTIAGO

Las actividades comerciales que desarrollan las Administradoras al efectuar sus inversiones no sólo deben cumplir con las disposiciones especiales que las rigen, sino que, además, deben someterse al ordenamiento jurídico general que regula la libre competencia en las actividades económicas, contenido en el citado texto legal.

En conformidad con estas disposiciones, en particular, los artículos 1º y 2º letra f) de ese cuerpo legal, los acuerdos empresariales, en la especie, entre Administradoras de Fondos de Pensiones, o entre éstas y demás accionistas de las sociedades anónimas, adoptados con la finalidad de elegir directores en dichas sociedades en las que tienen intereses comunes, y así ejercer la administración conjunta de estas sociedades, o tener en ellas una posición dominante, no sólo constituye un arbitrio que impide o tiende a impedir o restringir la libre competencia en las actividades que ejercen esas sociedades, sino que también dichos acuerdos tienden a producir una concentración de poder económico en la propiedad y administración de esas empresas, claramente inconveniente y perjudicial para una economía de mercado, al privarla de transparencia y de la debida descentralización, como lo reconoce expresamente el señor Ministro Presidente de la Comisión Nacional de Energía a fojas 600 de estos autos.

La circunstancia de que competa a las Administradoras velar por una adecuada rentabilidad y seguridad de sus inversiones no justifica que, invocando tal propósito, tomen a su cargo directamente el control de la administración de las sociedades en que efectúan dichas inversiones. Ello, en razón de que por la naturaleza de las funciones que le asigna la ley, vinculada a la seguridad social de los afiliados, no corresponde a las Administradoras tener ingerencia en la administración de empresas que desarrollan fines comerciales propiamente tales.

Por lo demás una opinión semejante sobre esta materia formula el profesor y especialista señor David Callund en entrevista publicada en el periódico "El Diario", de 17

FISCALIA NACIONAL ECONOMICA

DECRETO LEY Nº 211 DE 1973

LEY ANTIMONOPOLIOS

AGUSTINAS Nº 853 - PISO 12º

SANTIAGO

837

de Abril pasado (fojas 800), al señalar, en relación con una consulta sobre la influencia cartelizada de las A.F.P. en la administración de las sociedades anónimas, que "si se está dando esa colusión para el manejo de las sociedades anónimas, es un asunto de la mayor gravedad".

Por otra parte, un eventual acuerdo entre las Administradoras o entre éstas y otros accionistas, para elegir directores en las referidas sociedades anónimas, o para administrar estas empresas, desvirtúa en el hecho las normas sobre desconcentración o limitaciones establecidas en los artículos 45 y siguientes del Decreto Ley Nº 3.500, de 1980, en particular, los topes máximos que se autorizan respecto de cada emisor, tratándose de acciones de sociedades anónimas abiertas, sujetas al Título XII de la Ley.

Hasta aquí:

Por estas consideraciones, y teniendo presente, por una parte, que corresponde a los Organismos creados para la defensa de la libre competencia prevenir sobre las conductas atentatorias a dicha competencia, y por otra parte, que en la especie la actuación concertada que se reprocha a las denunciadas tiene su origen en disposiciones legales específicas, las que son inconciliables con las normas y principios de bien común contenidos en el Decreto Ley Nº 211, de 1973, el Fiscal infrascrito viene en solicitar a esa H. Comisión que, en ejercicio de las atribuciones que le confieren los artículos 5º, inciso final y 17, letra d), de esa legislación, solicite del Supremo Gobierno que patrocine la modificación de los artículos 45 bis inciso noveno del Decreto Ley Nº 3.500, de 1980, y 66 de la Ley Nº 18.046, a fin de prohibir a las Administradoras de Fondos de Pensiones la administración de las sociedades anónimas o empresas en que tengan invertidos los fondos previsionales de los afiliados, así como la adopción de cualquier acuerdo entre ellas y/o con otros accionistas tendientes a elegir a los directores de dichas sociedades o empresas, a ejecutar actos de administración de las mismas o a intervenir directamente en su gestión empresarial.

FISCALIA NACIONAL ECONOMICA

DECRETO LEY Nº 211 DE 1973
LEY ANTIMONOPOLIOS
AGUSTINAS Nº 853 - PISO 12º
SANTIAGO

15.- La denuncia de autos dice relación también con la participación que habría tenido la empresa Enersis S.A. y sus filiales, y diversas Administradoras de Fondos de Pensiones, en la elección de directores en la sociedad Endesa S.A., y el control consiguiente, que dichos grupos tendrían en la administración de esta última empresa.

Sin perjuicio de las consideraciones expresadas en el número anterior plenamente válidas en esta materia, el suscrito hace presente a esa H. Comisión lo siguiente:

15.1. Los antecedentes demuestran que al 19 de Abril de 1990, fecha de celebración de la Junta de Accionistas de Endesa S.A., en la que se eligieron a los directores materia de esta denuncia, Enersis S.A. y su filial Inmobiliaria Manso de Velasco eran dueños de un 12,15% aproximadamente de las acciones, y el resto de las seis principales Administradoras accionistas de dicha empresa, de un 22,26%, lo que en conjunto representaba más del 34% del total de las acciones de Endesa S.A. (fojas 336 y 376)

15.2. El resultado de la votación, según consta a fojas 107 y siguientes, y a fojas 538, demuestra que el grupo Enersis S.A. y su filial Inmobiliaria Manso de Velasco, distribuyó su votación entre los candidatos señores Yurazseck, Piñera y Juan A. Fontaine, todos elegidos.

A su vez, las Administradoras votaron por los señores Yurazseck, Manubens, Rosenquist, Illanes, Piñera, Mardones, Tuset y Peña, todos elegidos menos este último. Además, resultó elegido don Ernesto Fontaine, con la votación de accionistas minoritarios.

De un total de once candidatos fueron elegidos las nueve primeras mayorías, con las preferencias antes mencionadas.

De los antecedentes acumulados no se puede concluir que la distribución de la votación haya sido la consecuencia de un acuerdo expreso o tácito entre los accionistas

FISCALIA NACIONAL ECONOMICA

DECRETO LEY Nº 211 DE 1973

LEY ANTIMONOPOLIOS

AGUSTINAS Nº 853 - PISO 12º

SANTIAGO

839

mayoritarios de la empresa, ni ello es posible presumirlo necesariamente de la forma cómo se distribuyó la votación.

15.3. Sin embargo, las cifras consignadas en el N° 15.1. de este oficio, demuestran que existe un elevado grado de concentración de la propiedad accionaria de Endesa S.A. en poder del grupo Enersis S.A. y de las Administradoras de Fondos de Pensiones.

Por tal razón estos dos grupos de accionistas ocupan una posición dominante en el directorio de la empresa, y por ende, en su administración, la que ejercen directamente.

La situación descrita pudiere parecer irrelevante o normal en el funcionamiento de una sociedad anónima, si no fuera, en primer término, por los antecedentes que se mencionan en el N° 14 de este oficio, en cuanto acreditan que las Administradoras adoptan acuerdos para intervenir en la administración de las sociedades en las que efectúan sus inversiones, siendo válidas a este respecto las mismas observaciones y reparos ahí señalados.

En segundo término, el Fiscal infrascrito estima que, desde el punto de vista del Decreto Ley N° 211, de 1973, es contrario e inconveniente para la libre competencia que el grupo Enersis S.A. y sus filiales, cuyo giro principal es la distribución de energía eléctrica, tenga a la vez una participación accionaria y de administración dominante en Endesa S.A., principal empresa generadora de energía eléctrica en el país, y única transmisora de energía eléctrica.

Es efectivo que de acuerdo con la legislación vigente la autoridad fija las tarifas eléctricas para la mayoría de los consumidores, mediante procedimientos técnicos establecidos en la propia ley y su reglamentación, y que lo mismo sucede respecto de la transmisión de la energía, en que la ley fija derechos de peaje y controles técnicos por parte de la autoridad, lo que viene a demostrar, precisamente, el

FISCALIA NACIONAL ECONOMICA

DECRETO LEY Nº 211 DE 1973

LEY ANTIMONOPOLIOS

AGUSTINAS Nº 853 - PISO 12º

SANTIAGO

reconocimiento a la existencia de un monopolio natural y la falta de competencia en estas actividades.

Sin embargo, existen otros aspectos de la relación comercial entre Endesa S.A. y Enersis S.A., que pudieren eventualmente comprometerse con motivo de que la propiedad y la administración de ambas empresas está prácticamente confundida y concentrada en un mismo grupo económico, como son posibles discriminaciones o abusos derivados de la circunstancia que dichas empresas son recíprocamente clientes comerciales, y a la vez competidores de terceros.

La integración vertical de la actividad generadora y distribuidora de energía eléctrica conduce de hecho a la creación de un poder monopólico que, no obstante los resguardos establecidos por la ley y la intervención de la propia autoridad en la regulación tarifaria, restringe la libre competencia que pudiere producirse en este sector de la actividad económica, por lo que resulta necesario establecer limitaciones que impidan el crecimiento o aumento de este poder económico.

Por tales razones el suscrito ha estimado su deber proponer a esa H. Comisión que prohíba a Enersis S.A. y sus empresas relacionadas aumentar su participación accionaria en el capital de Endesa S.A. en un porcentaje superior al existente al 19 de Abril de 1990, fecha de celebración de la Junta de Accionistas de esa empresa, y si ello ha ocurrido, ordene la venta del excedente accionario que corresponda.

16.- Por las consideraciones expuestas, el Fiscal infrascrito solicita a esa H. comisión que se sirva tener por interpuesto el presente requerimiento, en contra de la Empresa Enersis S.A. y su filial Inmobiliaria Manso de Velasco, representada por don José Yuraszeck Troncoso, Gerente General de Enersis S.A., con domicilio en Santo domingo Nº 789, Santiago; a fin de que, en ejercicio de las atribuciones que le confiere el artículo 17, letra a) Nº 1 y letra d), del Decreto Ley Nº 211, de 1973, disponga las siguientes medidas.

FISCALIA NACIONAL ECONOMICA

DECRETO LEY Nº 211 DE 1973

LEY ANTIMONOPOLIOS

AGUSTINAS Nº 853 - PISO 12º

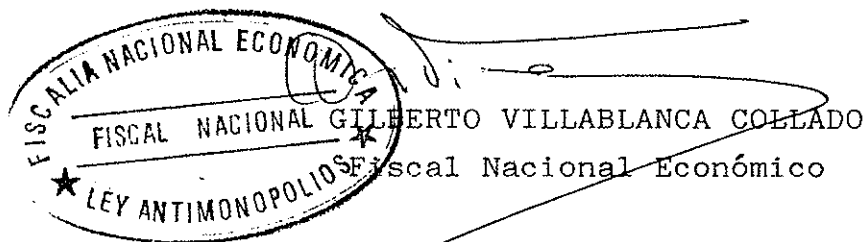
SANTIAGO

841

1.- Prohíba a la empresa Enersis S.A. y sus filiales aumentar su capital accionario en Endesa S.A. 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 esté excedido, disponga su venta al más breve plazo.

2.- Solicite al Supremo Gobierno que patrocine la modificación de los artículos 45 bis, inciso noveno, del Decreto Ley Nº 3.500 de 1980, y 66 de la Ley Nº 18.046, en el sentido de prohibir a las Administradoras de Fondos de Pensiones intervenir en la administración de las sociedades anónimas o empresas en que tengan invertidos los fondos previsionales de sus afiliados; y adoptar acuerdos entre ellas y/u otros accionistas para elegir directores de dichas sociedades, respectivamente.

Dios guarde a la H. Comisión.



ISC/tnp.

Ing. Nº 574-90