

OBSERVACIONES Y COMENTARIOS

**“PROYECTO DE AUTO ACORDADO SOBRE LA INFORMACIÓN QUE DEBE
APORTARSE EN PROCEDIMIENTOS NO CONTENCIOSOS DE CONTROL
PREVENTIVO DE OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN”**

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

BARROS & ERRÁZURIZ ABOGADOS

9 DE ENERO DE 2009

OBSERVACIONES PROYECTO DE AUTO ACORDADO SOBRE LA INFORMACIÓN QUE DEBE APORTARSE EN PROCEDIMIENTOS NO CONTENCIOSOS DE CONTROL PREVENTIVO DE OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN

1. PRELIMINARES

Barros y Errázuriz Abogados agradece la invitación que ha formulado el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia para realizar observaciones y comentarios al Proyecto de Auto Acordado sobre la información que debe aportarse en procedimientos no contenciosos de control preventivo de operaciones de concentración, de Diciembre de 2008.

Asimismo, Barros y Errazuriz Abogados considera muy favorable para el desempeño de los actores económicos que se hagan explícitos por parte del H. Tribunal los criterios internos que éste sigue para la evaluación de los efectos sobre la libre competencia de una operación de concentración de agentes económicos.

El solo hecho que se consulte a terceros, respecto a un proyecto de auto acordado como el que se analiza acá, es una muestra de transparencia y participación de los actores de la economía nacional, en particular, en materia de libre competencia.

Esta participación permite la mejora de la regulación, complementa, simplifica o detecta errores, lo que redundará en reglas de más y mejor calidad.

Finalmente, esperamos que el proyecto de auto acordado que se analiza, comenta y observa; será un hito relevante en la garantía y estabilidad de las reglas del

juego, así como un elemento de certeza y tranquilidad para empresas y consumidores.¹

2. METODOLOGÍA DE LAS OBSERVACIONES Y COMENTARIOS

Las presentes observaciones parten con una primera sección, donde se efectúan comentarios de carácter general al proyecto de auto acordado.

En la elaboración de las observaciones y comentarios específicos de la Guía, se ha seguido el orden y temas indicados en el proyecto de auto acordado, efectuándose comentarios para las observaciones de carácter particular.

3. OBSERVACIÓN GENERAL DEL CONCEPTO DE “OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN”

Como cuestión fundamental, la definición que propone el Proyecto de Auto Acordado de “operaciones de concentración”² debe ser contrastada, específicamente la parte b) de la caracterización postulada, con la regulación comprada de más amplia aplicación, como es la normativa estadounidense y comunitaria de las empresas en participación.

De acuerdo a las *Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors*, para distinguir la colaboración de la concentración debe analizarse, en primer término, si la operación pone fin completamente a la competencia entre los actores que participan en la operación.

¹ Agradecemos la colaboración de Tomás Kreft en la elaboración del presente documento.

² Consideración 4 Proyecto de Auto Acordado sobre la información que debe aportarse en procedimientos no contenciosos de control preventivo de operaciones de concentración, “Que, en general, se entiende por operación de concentración todo hecho, acto o convención, simple o complejo, cualquiera sea su naturaleza jurídica, por medio del cual: (a) una entidad competitiva independiente se fusione o adquiera de manera duradera una influencia decisiva en la gestión de otra entidad competitiva independiente, que deja entonces de serlo; o (b) dos o más de dichas entidades participen conjuntamente en un emprendimiento o conformen una entidad común, reduciendo así de manera significativa y duradera la independencia competitiva de cualesquiera de ellas”;

En este sentido, la mayor parte de los *joint ventures* concentrativos ponen fin a la competencia; a diferencia de las empresas en participación colaborativas, las cuales generalmente conservan alguna forma de competencia entre las matrices³.

El proyecto de auto acordado acoge en cierta medida este criterio al estipular en su parte final la expresión “*reduciendo así de manera significativa y duradera la independencia competitiva de cualesquiera de ellas*”. No obstante, la normativa estadounidense se diferencia del Proyecto de Auto Acordado al exigir un cese completo de la competencia; y no así una reducción significativa.

A mayor abundamiento, las *Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors* señalan que “*The Agencies treat a competitor collaboration as a horizontal merger in a relevant market and analyze the collaboration pursuant to the Horizontal Merger Guidelines if appropriate, which ordinarily is when: (a) the participants are competitors in that relevant market; (b) the formation of the collaboration involves an efficiency-enhancing integration of economic activity in the relevant market; (c) the integration eliminates all competition among the participants in the relevant market; and (d) the collaboration does not terminate within a sufficiently limited period by its own specific and express terms*”⁴.

De lo anterior se reafirma la exigencia estadounidense de un cese completo de la competencia, a diferencia del proyecto de auto acordado presentado.

Los requisitos señalados precedentemente deben, además, verificarse en forma copulativa para considerar, según la regulación estadounidense, que una cooperación constituye una fusión horizontal.

³ Véase Errázuriz, José Tomás y Agüero, Francisco. “Tratamiento de los acuerdos de cooperación empresarial ante el derecho de la competencia. ¿Cuándo un joint venture es una concentración?”. Revista Anales Derecho UC N° 2. Centro de libre Competencia, UC. Santiago, 2007. p. 175

⁴ *Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors*, párrafo 1.3, p. 5

De esta forma, el Proyecto de Auto Acordado posee un concepto más amplio de operaciones de concentración que el estadounidense, en tanto exige menores requisitos a las empresas en participación para considerarlas fusiones.

La regulación comunitaria europea, por su parte, señala que *“la creación de una empresa en participación que desempeñe en forma permanente todas las funciones de una entidad económica autónoma constituirá una concentración”*⁵.

De esta forma, estaremos ante una fusión en el caso que determinemos que el joint venture es de funciones plenas (full-function). Para que la empresa en participación revista dicho carácter se requiere que *“(a) se ejerza en común el control de la empresa en participación por dos o más empresas, que serán sus matrices, con la posibilidad de ejercer influencia decisiva sobre la empresa en participación; y (b) se hayan modificado en forma permanente la estructura de las empresas afectadas”*⁶.

Nuevamente, podemos observar como la caracterización de operaciones de concentración dado por el Proyecto de Auto Acordado es de mayor amplitud que el ofrecido por el derecho comparado. Esto se fundamenta en que el Proyecto de Auto Acordado no exige modificación alguna de las estructuras de las empresas afectadas.

Adicionalmente, la definición propuesta por el Proyecto de Auto Acordado adolece de imprecisión debido a la expresión *“en general”*, que utiliza. Dicha locución permite inferir que el concepto de “operaciones de concentración” podría incluir en determinadas circunstancias figuras distintas a las señaladas expresamente, tales como joint ventures cooperativos.

⁵ Artículo 3º, N° 4, Reglamento(CE) N° 139/2004

⁶ Errázuriz, y Agüero, op.cit., p. 180

La anterior situación vulneraría el principio de seguridad jurídica que busca resguardar el texto en análisis y la técnica legislativa utilizada en el Derecho Comparado. A modo de ejemplo, el Reglamento Comunitario de Concentraciones define concentración de la siguiente manera: “1. Se entenderá que se produce una concentración cuando tenga lugar un cambio duradero del control como consecuencia de: (...)”⁷. Podemos ver como esta definición no posee expresiones que vuelvan indeterminado el concepto, asegurando así la certeza para la operación de los agentes económicos.

Finalmente, la expresión “duradera” manifestada en la última parte de la letra b) del considerando 4 del Proyecto de Auto Acordado es imprecisa. Ante esto, es pertinente señalar que la FTC y el U.S. DOJ contemplan, en términos generales susceptibles de modificación según las circunstancias, una duración de 10 años como un plazo suficiente para considerar una empresa en participación como una operación de concentración. Una referencia similar por parte del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia permitiría resguardar la certeza y la seguridad jurídica.

4. DECLARACIÓN DE VERACIDAD

La letra h) del resuelto primero del Proyecto de Auto Acordado, establece la obligatoriedad de efectuar una declaración de veracidad. A su vez, el resuelto quinto del Proyecto de Auto Acordado establece que la omisión del requerimiento en análisis conlleva tener por no presentada la consulta.

La declaración de veracidad, estipulada de manera similar en la regulación comunitaria⁸, se establece únicamente para el consultante o su representante legal.

⁷ Artículo 3, Reglamento (CE) N° 139/2004

⁸ Véase Anexo I, Sección 11, Reglamento (CE) 802/2004.

Estimamos que esta carga debiera ser ampliada a quienes los particulares que presenten antecedentes a la consulta (terceros con un interés legítimo), en tanto no se justifica la exclusión de éstos.

En tal sentido, atendidas las consecuencias de información errónea o falsa que pudiera ser aportada por terceros, éstos debieran, al menos, sujetarse al mismo régimen de suministro de información, en tanto estos pueden manifestar su opinión respecto de la consulta, participar activamente en la audiencia pública, entre otros.

De la misma manera, estimamos pertinente proponer que se exija a los terceros que aportan antecedentes cumplir con los requisitos comunes a todo escrito, tal como dispone la letra 1) del resuelvo primero respecto de la consulta.

5. EFICIENCIAS ESPERADAS

La letra d) del resuelvo primero del Proyecto de Auto Acordado estipula que deberán detallarse las *“eficiencias que se espera lograr, señalando aquellas que serían específicas o inherentes a la operación, la forma y periodo en que se espera alcanzarlas, y una estimación de su magnitud y de la probabilidad de que contribuyan al mejoramiento de la cantidad, calidad y precio de los bienes o servicios que ofrezca la entidad resultante de la operación, adjuntando los antecedentes utilizados para realizar las estimaciones”*.

Por su parte, el resuelvo quinto señala que *“en caso que la consulta no cumpla total o parcialmente los demás requisitos establecidos en este Auto Acordado sin que el consultante haya justificado su no presentación, el Tribunal podrá proporcionar un plazo razonable para presentar la información faltante, bajo apercibimiento de tener por no presentada la consulta”*.

La carga de la prueba es sumamente relevante en cuanto a las eficiencias esperadas. HOVENKAMP señala que “si la prueba de la eficiencia fuera completa y perfectamente disponible para cualquiera, el *onus probandi* de la eficiencia sería irrelevante, pero en el caso extremo la carga de la prueba decide un caso *límite*, y en quién recaiga ésta perderá”.⁹

Este punto cobra relevancia en la medida que el Proyecto de Auto Acordado establece un duro apercibimiento en caso de no presentar la información relativa a las eficiencias. En esta misma línea, es problemática la noción de “plazo razonable” para presentar la información faltante sobre las eficiencias esperadas; en la medida que la cuantificación de estas es una tarea sumamente compleja.

A diferencia del Proyecto de Auto Acordado, el Reglamento (CE) 802/2004 establece la voluntariedad de la presentación de las eficiencias con el fin de que la Comisión observe una conducta procompetitiva en beneficio de los consumidores¹⁰.

6. MEDIDAS DE MITIGACIÓN

En cuanto a la exigencia del Proyecto de Auto Acordado impuesta al consultante de proponer medidas de mitigación, cabe señalar que sería pertinente una precisión del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en cuanto a la(s) finalidad(es) de éstas. La jurisprudencia del Tribunal ha señalado a lo menos tres finalidades diversas: (i) favorecer la desafiabilidad del mercado; (ii) mantener las condiciones de competencia necesarias para garantizar la pluralidad de medios y contenidos que señala la ley, y (iii) enervar potenciales amenazas a la libre competencia.

^{9 9} Errazuriz y Agüero, op.cit., p. 188

¹⁰ Véase Anexo I, Sección 9.3, Reglamento (CE) 802/2004

Creemos, siguiendo los principios rectores de la *Antitrust Division Policy Guide to Merger Remedies* (2004), que la finalidad de una medida de mitigación es restablecer la competencia. Una medida no debe buscar aumentar la competencia *ex ante* fusión, sino restablecerla. Esto implica reponer la rivalidad perdida por la fusión, más que centrar la atención en índices de concentración previos a la concentración (HHI).

7. INFORMACIÓN ADICIONAL QUE DEBE APORTARSE EN PROCEDIMIENTOS DE OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN EN EL DERECHO COMPARADO

La Normativa de Control de Concentraciones en Argentina¹¹, Colombia¹², Brasil¹³, El Salvador¹⁴, México¹⁵, Panamá¹⁶, Portugal¹⁷, España¹⁸, entre otros, exige a las partes notificantes suministrar los balances de las partes involucradas con distintos requisitos particulares en cada ordenamiento.

La regulación argentina¹⁹, colombiana²⁰, salvadoreña²¹ y española establece la obligatoriedad de presentar toda la información en idioma castellano.

El Control de Concentraciones en Colombia²² obliga a presentar la información relativa a las condiciones arancelarias, de transporte y seguros bajo las cuales los productos importados ingresan al país. Además, se requiere información que

¹¹ Véase Affinitas. "Control de concentraciones en Iberoamérica". p. 11

¹² Véase *Ibíd.*, p. 27

¹³ Véase *Ibíd.*, p. 17

¹⁴ Véase *Ibíd.*, p. 34

¹⁵ Véase *Ibíd.*, p. 48

¹⁶ Véase *Ibíd.*, p. 52

¹⁷ Véase *Ibíd.*, p. 64

¹⁸ Véase *Ibíd.*, p. 40

¹⁹ Véase *Ibíd.*, p. 11

²⁰ Véase *Ibíd.*, p. 27

²¹ Véase *Ibíd.*, p. 34

²² Véase *Ibíd.*, p. 27

detalle el estado de los bienes de propiedad industrial de todas las empresas involucradas en la integración²³.

El ordenamiento de Colombia²⁴ y Panamá²⁵ solicitan una copia de las escrituras públicas de constitución y las reformas estatutarias de las empresas involucradas en la operación.

La Normativa de Control de Concentraciones en Panamá²⁶ requiere proporcionar la certificación expedida por el registro público de la existencia y vigencia del capital social de los agentes económicos participantes antes de la concentración.

Finalmente, el Reglamento (CE) 802/2004 solicita explícitamente el suministro de información relativa a la importancia de las actividades de investigación y desarrollo para que las empresas que operan en el mercado o mercados de referencia puedan competir a largo plazo²⁷.

8. CORRESPONDENCIA PROYECTO AUTO ACORDADO CON JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

En términos generales, el Proyecto de Auto Acordado recoge la jurisprudencia y normativa del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia respecto de la información que debe aportarse en procedimientos no contenciosos de control preventivo de operaciones de concentración. Así, el resuelto sexto hace referencia al Auto Acordado N° 11/, sobre Reserva o Confidencialidad de la Información en los Procesos y el resuelto tercero al Auto Acordado N° 7/2006.

²³ Véase Ídem

²⁴ Véase Ídem

²⁵ Véase *Ibíd.*, p. 52

²⁶ Véase Ídem

²⁷ Véase Anexo I, Sección 8.11, Reglamento (CE) 802/2004

El H. Tribunal ha señalado que si se indican eficiencias debe señalarse los mecanismos, medidas o compromisos específicos mediante los cuales se verificaría la ganancia de bienestar de la operación aducida en la consulta²⁸. Lo señalado es de mayor especificidad a lo solicitado por el Proyecto de Auto Acordado.

Finalmente, el H. Tribunal ha resuelto que si se alude a contratos en la consulta, deben acompañarse tanto estos como sus anexos, lo cual puede entenderse parte de la expresión “documentos que la contengan” (operación) contenida en la letra b) del resuelvo primero. Sin perjuicio de lo anterior, sería pertinente una precisión mayor en este punto.

²⁸ Res. 23/2008 TDLC