

CARIOLA DIEZ PEREZ-COTAPOS

& CIA LTDA
A B O G A D O S

AV. ANDRES BELLO 2711
PISO 19 LAS CONDES
SANTIAGO, CHILE
TEL. (56-2) 360 4000
FAX (56-2) 360 4030

AV. GENERAL VELASQUEZ 890
PISO 5 OFICINA 502
ANTOFAGASTA, CHILE
TEL. (56-55) 419 170
FAX (56-55) 419 155

WWW.CARIOLA.CL

Santiago, 8 de enero de 2009

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

Con motivo del proyecto de auto acordado en referencia, nos permitimos hacer llegar nuestros comentarios:

I.- RESUMEN EJECUTIVO

Si bien reconocemos la intención que informa este proyecto de Auto Acordado (en adelante también, el “Proyecto”), que en sus consideraciones 5ª y 6ª declara perseguir una tramitación más expedita de los procedimientos no contenciosos, la pronta expedición de las decisiones con que éstos culminan y el fortalecimiento del derecho de los terceros interesados a formular una opinión fundada en la oportunidad legal correspondiente y reconocemos la utilidad de los conceptos vertidos en el proyecto de Auto Acordado para una elaboración más estandarizada de los escritos de consulta en procesos preventivos de control de concentraciones, estimamos que los requisitos establecidos en la letra c) del Resuelvo Primero son excesivos y relativos a información altamente confidencial para las empresas, de tal forma que debemos manifestar nuestro escepticismo respecto de que el Proyecto esté logrando su objetivo, ya que de mantenerse su redacción actual, puede aumentar los tiempos de preparación de las consultas y de su posterior procesamiento de toda la información requerida por parte del Tribunal, mucha de la cual puede ser irrelevante para el caso en concreto y por otra parte, puede constituirse en un desincentivo adicional

para consultar preventivamente estas operaciones. Reconocemos sin embargo la dificultad de fijar lineamientos específicos aplicables, siempre y en todo lugar, a operaciones de concentración que pueden ser de la más variada naturaleza, desde fusiones de Puertos hasta supermercados.

Nuestros comentarios pueden sintetizarse como sigue :

1.- **Compatibilización con AA N° 5.** El Proyecto exige un trabajo preliminar mucho mayor para elaborar una consulta que lo exigido hasta hoy. Para estos efectos se requerirá intercambiar información entre las empresas involucradas y posiblemente tener acuerdos preliminares firmados. Todo lo anterior hace muy improbable que la operación pueda mantenerse bajo confidencialidad hasta la fecha de la presentación de la consulta.

Es necesario en consecuencia, compatibilizar este Proyecto con el Auto Acordado N°5 (en adelante también “AA N°5”) para evitar abusos en contra de los futuros consultantes por parte de terceros, que quieran bloquear o dilatar la operación por el mayor tiempo posible, mediante la interposición de demandas presentadas con anterioridad a la presentación de la consulta, que obligue a tramitar el asunto como un procedimiento contencioso en vez de no contencioso.

2.- **Excesiva carga.** Los requerimientos de la letra C de la Norma “Primero” del Proyecto en relación al Mercado Relevante son en muchos casos inaplicables, en otros imposibles de obtener y las más de las veces excesivos o incluso en algunos casos irrelevantes para resolver la consulta.

3.- **Confidencialidad.** Existe una exposición al riesgo de parte del TDLC en materia de confidencialidad de información crítica de las empresas.

4.- **Principios de legalidad e inexcusabilidad.** La norma del Resuelvo 5 del Proyecto, en cuanto tiene por no presentada la consulta, puede estar en contradicción con los principios de legalidad e inexcusabilidad, ya que mediante una norma que no tiene rango legal y sin mediar mandato del legislador, se establecen causales en virtud de las cuales se instituye un verdadero requisito de admisibilidad de las consultas, lo que puede atentar contra el Artículo 7° de la Constitución Política de la República (CPR).

Por otra parte, por lo gravosa de la información requerida en la letra c) del Resuelvo Primero, se está **afectando el derecho a consultar** que se consagra en el artículo 18 N° 2 del DL 211, en favor de quienes tengan interés legítimo en operaciones de concentración. Asimismo, al tener por no presentada la consulta, el Proyecto estaría en contravención con el artículo 76 de la CPR y el artículo 10 inc. 2° del COT, que contemplan la inexcusabilidad del TDLC para conocer y resolver materias que están dentro de su competencia. Esta afectación del derecho a consultar podría infringir además, el numeral N° 3 del Art. 19 de la CPR, por cuanto éste reserva al legislador establecer las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos.

A mayor abundamiento, el Resuelvo 5 del Proyecto genera un desequilibrio entre un potencial consultante y un tercero interesado en bloquear la operación, ya que este último sólo requiere cumplir con los requisitos de los artículos 254 y 256 del Código de Procedimiento Civil para interponer una demanda en un procedimiento contencioso por la misma operación de concentración.

II.- PROPUESTA

Creemos que los problemas planteados pueden ser resueltos en gran medida si se hacen algunas modificaciones menores al Proyecto y al AA N°5.

1) **AA N° 5:** Sugerimos modificar el AA N°5 en relación a su acuerdo 3°, en cuanto a que respecto de hechos, actos o contratos que no han sido celebrados, ejecutados o concluidos a la fecha de la interposición de una demanda por un tercero, si el demandado presenta una consulta ante el TDLC con posterioridad a la presentación de la demanda, pero antes de la ejecución del hecho, acto o contrato, se tramitará la consulta mediante el procedimiento no contencioso y la demanda y los demás antecedentes del expediente en que ésta se tramite se agregarán al procedimiento no contencioso, en el cual el demandante tendrá la calidad de interviniente.

2) **Letra c) Resuelvo Primero:** Proponemos la siguiente redacción para su primer párrafo :

“Mercado Relevante: La identificación y caracterización del o los mercados en los que la operación consultada producirá efectos o podría producirlos. Esa caracterización deberá incluir la información que se señala en los acápite siguientes, en la medida que se encuentre disponible para el consultante y su divulgación o presentación en el proceso no contencioso no le cause un indebido perjuicio:”

3) Modificar el **Resuelvo Quinto** eliminando las frases “se tendrá por no presentada” y “,bajo apercibimiento de tener por no presentada la consulta”.

NOTA relativa a los párrafos 2) y 3) anteriores: Siempre le quedará a salvo al Tribunal la facultad establecida en el artículo 31 N° 4 del DL 211 para recabar los antecedentes específicos que estime pertinentes para resolver la consulta en particular, de manera que no es necesario exigir a todos los futuros consultantes esta información de manera obligatoria vía Auto Acordado (con particular énfasis nos referimos a la letra c) del Resuelvo Primero) bajo apercibimiento de tener por no presentada la consulta, como lo propone el Proyecto en su actual redacción. Por otra parte, es evidente para el consultante, que el Proyecto ha fijado los criterios de la información que el TDLC estima útil para una adecuada resolución de la consulta y en consecuencia, tendrá los incentivos para producir la mayor cantidad de dicha información para asegurar el éxito de la misma.

4) En relación a la **letra c) del Resuelvo Primero**, a continuación, en el acápite sobre Comentarios Específicos, proponemos también ciertas modificaciones que agradeceremos tener en cuenta.

III.- COMENTARIOS ESPECIFICOS

1.- Compatibilización con el Auto Acordado número 5

Los grandes acuerdos de concentraciones en general normalmente van a ser materia de consulta y como tal, lo que los interesados querrán evitar es que previo a la consulta existan demandas de terceros que fueren a una tramitación controversial vía demanda en vez de una tramitación voluntaria vía consulta, que alargue los plazos de tramitación al extremo que puedan hacer inviable el negocio (en promedio una causa contenciosa se está demorando alrededor de dos años en ser fallada).

La ruta lógica de una operación de concentración debiera en teoría permitir proporcionar la mayoría de la información que el TDLC requiere en el Proyecto al momento de la presentación de la consulta, pero en la práctica ello es imposible. En efecto, una operación de concentración debiera seguir un proceso de Acuerdo preliminar, incluyendo valorizaciones también preliminares, *due diligence* e intercambio de información y luego confirmación de valorizaciones y negociación de documentos finales. Este es un proceso que tratándose de operaciones de gran tamaño y complejidad puede llevar varios meses. Tratándose de empresas privadas/cerradas la confidencialidad es muy difícil de mantener, cuando una de las partes es una sociedad abierta, dadas la realidad del mercado chileno y las obligaciones de revelar información al mercado que exige la Ley de Valores (por ejemplo, “Hechos Esenciales”) y la propia Superintendencia del ramo, haciendo imposible mantener confidencialidad.

Frente a esta situación ideal, en la práctica ocurre que hay un alto riesgo que durante ese proceso de recabación y producción de información se interpongan demandas de terceros interesados en dificultar o bloquear la operación (aún cuando ella no afecte la libre competencia) y con ello se desnaturaliza el sistema de consulta transformándose en un proceso contencioso, según lo dispuesto por el actual AA N° 5.

Siendo eso así, la experiencia enseña que no puede seguirse la ruta lógica indicada y que junto con la firma del primer Preacuerdo o MOU, simultáneamente las partes se someten al proceso de consulta, tratando de evitar así demandas de terceros.

Esta realidad y la premura y complejidad de estas transacciones, hacen muy difícil que las consultantes pueden tener preparada la información que detalla el Proyecto. En primer lugar porque muchas veces no existe y hay que prepararla, en segundo lugar porque mientras no hay acuerdo, empresas competidoras actuales o potenciales no están de acuerdo -y con razón- en revelarse recíproca e íntegramente la información detallada de sus negocios, sino que muchas veces sólo a nivel agregado, y en tercer lugar, porque reunir esa información supone involucrar a mucha gente que se va a enterar de un proyecto todavía en ciernes, lo que dificulta mantener la necesaria confidencialidad asociada a negocios de este tipo.

La experiencia enseña entonces que esos acuerdos de concentración parten con un Preacuerdo tipo Acuerdo de Entendimiento que sujeta el negocio definitivo entre otras condiciones a la aprobación de la concentración por parte del TDLC. En esas negociaciones las partes no se han intercambiado toda la información a que se refiere el Proyecto, porque existe siempre un riesgo de fracaso en la operación y tratándose de operaciones entre competidores actuales o potenciales ninguna de las partes está interesada en desnudarse frente a la otra si la operación no prospera.

Para compatibilizar la tramitación de una consulta con las posibles demandas de terceros frente a una operación de concentración pensamos que el TDLC, debe privilegiar el proceso de consulta sobre las demandas particulares y por ello regular que si en una determinada operación las partes han acordado que se sujetará a la condición de una autorización del TDLC, entonces el proceso de consulta preferirá al controversial con demanda de terceros, las que se agregarán al expediente de consulta y se considerarán como parte de las objeciones al momento de resolver la consulta (ver párrafos previos titulados “Propuesta”).

2.- Antecedentes solicitados en la letra C “Mercado Relevante” del Resuelvo Primero: Comentarios específicos en el mismo orden de los numerales del Proyecto

- i) La referencia a “personas relacionadas” si se relaciona con la definición del artículo 100 de la Ley 18.045, tratándose de transnacionales que sólo quieren fusionar sus negocios en Chile impone un grado de información imposible o muy gravoso de reunir, la cual a su vez puede ser irrelevante para la operación consultada. **Debe limitarse el requerimiento exclusivamente al territorio Chileno.**
- ii) **Informar los servicios o productos que se desee lanzar en el futuro** importa entregar información clave a la competencia que **no debiera ser materia de revelación.** Las empresas guardan bajo especial celo sus nuevos lanzamientos
- iii) La información respecto de los **tamaños de los mercados** no siempre está disponible (Nielsen por ejemplo abarca muy pocas líneas de productos y canales de distribución y en aquellos mercados donde no está Nielsen hay pocas fuentes o ninguna fuente confiable). Lo mejor que existe en muchos casos es estimaciones más o menos acertada. Exigir además dichas **participaciones en unidades y en valor** de los productos de todos los competidores de un mercado, por plazos de 5 años, además de ser en general innecesaria para la materia de la consulta, rara vez estará disponible o generará esfuerzos desproporcionados construirla de manera confiable. Respecto de **proyecciones sobre el tamaño o participaciones futuras** de las sociedades una vez concentradas, si bien dicha información normalmente es provista por las consultantes, no debiera ser obligatorio hacerlo en virtud de un AA, en especial tratándose de sociedades anónimas que cotizan en Bolsa, porque esas proyecciones que el mercado no conocía incidirán en su valor de cotización y les puede acarrear responsabilidades legales si son mal efectuadas.

- iv) Esta es una materia que debiera ser como regla general **reservada** por ser muy sensible para las consultantes.
- v) Esta información además de ser extraordinariamente **confidencial no siempre será necesaria** para resolver la cuestión consultada. La información de **proveedores** es crítica y reservada en las compañías y no vemos que necesariamente vaya a influir en la materia consultada. Si algún proveedor se considera afectado por la operación de concentración podrá oponerse a ella. Por otra parte, construir las **estructuras de costos** de las compañías es un ejercicio sumamente complejo y laborioso donde muchas veces ni las propias compañías pueden elaborar la información del modo como se requiere en este numeral.
- vi) En esta materia se puede informar lo que se conoce del mercado e informar a grandes rasgos cómo se pretende llevar adelante la **distribución y venta** de productos o servicios en el futuro, pero se debe tener en cuenta que ésta es un área estratégica de las compañías por lo que no debieran tener que dar esta información en detalle o si lo hacen debiera ser reservada.
- vii) Esta es información que en general no está disponible y si lo está es a costa de **inteligencia de mercado**, cara y difícil de obtener, que ninguna empresa debiera tener que entregar en un proceso de consulta público.
- viii) Ni siquiera las empresas internamente manejan o tienen fácil acceso a **series de precios** históricas de sus productos o servicios como para que además se exija a los consultantes entregar esa información de terceros competidores que no son parte de la consulta. Se debe tener presente también que los precios varían constantemente y existen muchos tipos y tamaños de productos (PTT) y/o tipos o líneas de servicios dentro de una empresa, por lo que la exigencia de proveer esos precios por un lapso de 5 años es un requisito en extremo gravoso, donde además es posible que en la gran mayoría de los casos, por el excesivo volumen de la información que se entregue, el TDLC no se encuentre en condiciones de procesarla y sea irrelevante para resolver la consulta. Se pueden dar series históricas de precios con las advertencias que hemos hecho recién, pero referirse a los factores que inciden en su determinación, salvo generalidades como que los precios están determinados por la oferta y la demanda y variaciones en los costos de producción, no vemos que las partes tengan mucho que agregar, salvo que la consulta dada su naturaleza tenga particularidades que puedan ser relevantes de mencionar. Se debe tener presente que las series de precios históricas debiera ser información que por regla general sea mantenida bajo reserva.
- ix) No tenemos comentarios
- x) Esta materia sólo debiera referirse a los **convenios que permanecerán post concentración o que se crearán a partir de ella**, pero no a los históricos. No existe una solución para los convenios de exclusividad que existen antes de la fusión porque si el tribunal nada dice se puede interpretar que no hay reproche

de legalidad y si los reprocha, puede generar un proceso controversial sancionatorio que no puede ni debe ser el objetivo ni resultado de un proceso voluntario de consulta.

xi) Idem respecto de la anterior.

3.- **Confidencialidad**

Dada la naturaleza estratégica de mucha de la información solicitada, confidencialidad y reserva deben ser la regla general y no la excepción. El TDLC no debe transformar un procedimiento voluntario de consulta en una fuente de debilitamiento de las empresas consultantes, que deberán desnudar frente a terceros mucha información, no necesariamente pertinente a la consulta. El TDLC, no tiene la capacidad ni el incentivo económico para tomar todas las medidas de resguardo de la confidencialidad de información crítica y estratégica de las empresas. Estas dedican muchos recursos a mantener esa reserva. Por ello el TDLC sólo debe requerir información aunque sea con carácter de reservada, que resulte imprescindible para la acertada resolución del asunto sometido a su conocimiento y no más.

El procedimiento de consulta pretende darle a los solicitantes una inmunidad que tiene un efecto relativo y limitado a la materia consultada y a los antecedentes que sirven de base a la resolución del tribunal. Si las partes piden una inmunidad más general que aquella que el Tribunal puede otorgar conforme al mérito del proceso, esa es una elección que los propios consultantes hacen al momento de la consulta y de la entrega de información. El TDLC no es el llamado a corregir un trabajo incompleto o insatisfactorio de los consultantes, simplemente puede decir que no o limitar su resolución a aquellas materias que han sido solicitadas y debidamente justificadas.

4.- **Reserva legal e inexcusabilidad**

Un aspecto que nos merece ciertos reparos es la obligatoriedad –elevada a rango legal- que impondría el Auto Acordado a la presentación de los antecedentes en él detallados. Nos parecería mejor otorgarle al Proyecto un sentido o alcance más aproximado al de una guía, que al establecer criterios e indicar los antecedentes que deben presentarse con una consulta, estaría previniendo u orientando, que al seguir las indicaciones del Tribunal se aumentarían las probabilidades de éxito de la Consulta, o más bien, disminuiría la probabilidad de rechazo por falta de antecedentes.

En este sentido, llama la atención la norma 5ª del Proyecto, que dispone que “*la consulta que no cumpla con los requerimientos contenidos en las letras a), b) o h) del resuelvo primero precedente, se tendrá por no presentada.*” y del mismo modo se sanciona al consultante respecto de la restante información señalada en el Proyecto, que no se adjunte a la consulta y el consultante no justifique ante el TDLC su no presentación, luego que éste le haya dado un plazo razonable para hacerlo; por cuanto la aplicación de este criterio constituye, a nuestro juicio, una contravención a los principios de legalidad e

inexcusabilidad consagrados en la Constitución, en consideración a los argumentos que siguen:

El TDLC, al igual que cualquier otro Tribunal de la República, se encuentra vinculado por la regla constitucional y legal de la inexcusabilidad establecida en los artículos 76 inciso 2° de la Constitución y 10 inciso 2° del Código Orgánico de Tribunales; la cual implica que requerido el Tribunal en forma legal, no puede excusarse de ejercer la función y autoridad que le ha encomendado y conferido la ley.

Del mismo modo, como órgano jurisdiccional del Estado, el TDLC se encuentra plenamente sujeto a los artículos 6° y 7° de la Constitución, los cuales le imponen la sujeción a los principios de legalidad, juridicidad y competencia, debiendo someter su acción a la Constitución y las leyes, no pudiendo atribuirse una autoridad que no se le haya conferido por las mismas.

En vista de lo anterior, pareciera que la norma 5ª del Proyecto no guarda la debida sujeción y concordancia con ambos principios recién mencionados: por una parte, estaría contraviniendo el principio de legalidad, pues pretende regular mediante un Auto Acordado una materia que debiese ser regulada por una norma de rango legal, toda vez que impone una seria restricción –manifestada en la exigencia de requisitos para realizar una consulta- de acceso a la jurisdicción.

Así, al prescribir la norma en cuestión que una consulta que no cumpla con las exigencias en ella indicadas se tendrá como no presentada, verdaderamente se está atribuyendo rango legal, puesto que en virtud del principio de legalidad jurídica funcional, establecido en el inciso 5° del N° 3 del artículo 19 de la Constitución, corresponde al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos. En consecuencia, debe tener rango legal una norma relativa al establecimiento de procedimientos, dentro de lo cual necesariamente debe incluirse la facultad de formular requisitos, restricciones o trabas al derecho de petición.

Es por ello, precisamente, que el artículo 256 del Código de Procedimiento Civil – sin duda de gran similitud con la norma 5ª en comentario, y de exacta identidad funcional-, que otorga al juez la facultad, de oficio, de no dar curso a una demanda que no contenga las indicaciones ordenadas en los tres primeros números del artículo 254; requirió de una norma de rango legal para su establecimiento.

Por otra parte, y como consecuencia directa de lo anterior, la norma en análisis contraviene el principio de inexcusabilidad, puesto que al no existir una ley que establezca como requisito para la consulta la presentación de los antecedentes detallados en el Proyecto, la intervención del Tribunal será reclamada en forma legal cada vez que ésta se ajuste a las disposiciones del DL N° 211. De lo anterior resulta que no parece posible que el TDLC, por medio de un Auto Acordado, pueda atribuirse la facultad de tener por no presentada la consulta que no cumpla con los requerimientos indicados en la norma 5ª del Proyecto.

Esperamos, nuevamente, que el presente informe pueda ser un aporte a la discusión y quedamos a su disposición para reunirnos a discutir esta materia en mayor profundidad o aportar mayores antecedentes si lo estiman necesario.

Sin otro particular, les saludan atentamente,

CARIOLA DIEZ PEREZ-COTAPOS
& CIA. LTDA.

Gerardo Varela A.

Juan Cristóbal Gumucio Sch.