

FerradaNehme

Santiago, 26 de diciembre de 2008

Señores
H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia
Agustinas 640, piso 19
Presente

Ref.: Efectúa observaciones al documento denominado “Proyecto de Auto Acordado sobre la información que debe aportarse en procedimientos no contenciosos de control preventivo de operaciones de concentración”

Estimados señores,

Junto con celebrar la iniciativa del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (en adelante también “H. Tribunal”) en el sentido de elaborar un documento que permita generar mayor certeza, transparencia y eficacia en el procedimiento voluntario de consulta para el control de operaciones de concentración, mediante la presente remitimos algunas observaciones que nos ha merecido el estudio del documento de la referencia, publicado en el sitio web del H. Tribunal (el “Auto Acordado”). Para estos efectos, las siguientes observaciones se formulan siguiendo el mismo orden del Auto Acordado, indicando en cada caso el acápite a que se refieren.

Como comentario introductorio a los que se efectúan a lo largo de esta presentación, creemos que el Auto Acordado constituye un importante avance en la tramitación de las causas no contenciosas sobre consultas de operaciones de concentración, además de lo cual recoge la información esencial que debiera ser aportada por las partes que participan en dichas operaciones. De esta manera, nuestros comentarios consisten fundamentalmente en sugerencias menores para perfeccionar ciertos aspectos puntuales del Auto Acordado.

Hacemos notar que hemos intentado abordar este documento con la mayor independencia posible y total prescindencia de los casos coyunturales de libre competencia en que podamos estar involucrados actualmente o en el futuro. El presente documento no representa la opinión de ninguno de nuestros clientes, constituyendo únicamente la opinión de los suscritos para los fines internos relacionados con el desarrollo del Auto Acordado.

I. Concepto de operación de concentración

La definición precisa de “operación de concentración” es muy relevante, toda vez que determina el ámbito de aplicación del Auto Acordado y genera certeza en cuanto a qué clase de operaciones se encuentran sujetas al mismo y cuáles no.

Al respecto, el Auto Acordado define como operación de concentración a todo hecho, acto o convención en virtud 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”¹.

En cuanto al primer tipo de operaciones de concentración, compartimos el concepto seguido por el Auto Acordado, en el sentido de que lo esencial para determinar si existe o no una operación de dicho tipo es la noción de “control”, entendiendo por tal la “posibilidad de ejercer influencia decisiva” sobre una empresa².

Respecto del segundo tipo de operaciones a que se refiere la letra (b) del párrafo recién citado, estimamos que podría ser conveniente clarificar el Auto Acordado en el sentido de distinguir claramente entre operaciones de concentración y otra clase de operaciones, tales como los “acuerdos de colaboración horizontal”. Las dos principales diferencias entre las operaciones de concentración –en este caso, bajo la forma de *joint ventures* o “empresas en participación”– y los acuerdos de colaboración horizontal consisten en que (i) las primeras tienen carácter permanente, mientras que los segundos normalmente tienen duración limitada; y (ii) las concentraciones “terminan completamente con la competencia entre las partes que se fusionan”, en cambio “la mayoría de los acuerdos de colaboración entre competidores mantienen cierto grado de competencia entre los partícipes”³.

Nos parece que el concepto de operación de concentración que proporciona el Auto Acordado podría no dejar en suficiente evidencia cuál de los anteriores conceptos quedaría allí comprendido, al no ser preciso qué significa que un emprendimiento o entidad común entre dos empresas reduzca “de manera significativa y duradera la independencia competitiva de cualquiera de ellas”. Más que una *reducción significativa* de la competencia entre dos empresas, una fusión implica la creación de una entidad autónoma que *pone término* a dicha competencia. En este sentido, podría tomarse como referencia la regulación comparada y definir como operación de concentración:

“La creación de una empresa en participación que desempeñe de forma permanente todas las funciones de una entidad económica autónoma”⁴.

A través de dicha modificación, el Auto Acordado cubriría completamente las hipótesis de control exclusivo (letra a) y común (letra b), distinguiendo más claramente entre operaciones de concentración (fusiones propiamente tales, adquisiciones y creación de empresas en participación o *joint ventures* de carácter permanente) y otra clase de operaciones tales como los acuerdos de cooperación.

¹ Auto Acordado, capítulo Consideraciones, N°4.

² Lo que resulta consistente, por ejemplo, con el artículo 3.2. del REGLAMENTO (CE) N°139/2004 DEL CONSEJO de 20 de enero de 2004 sobre el control de concentraciones de empresas (“Reglamento Comunitario de Concentraciones”).

³ Párrafo 1.3. de los “Antitrust Guidelines for Collaborations among Competitors” de la Federal Trade Commission y el U.S. Department of Justice.

⁴ Artículo 3.4. del Reglamento Comunitario de Concentraciones.

Ahora bien, si el Auto Acordado persiguiera más bien incluir dentro de su texto la hipótesis de acuerdos de cooperación –aspecto que no nos pareció claro–, sería igualmente conveniente que lo explicitara con más precisión.

II. Partes

Respecto de la individualización de las personas relacionadas a la empresa consultante⁵, además de la información contenida en el texto actual del Auto Acordado, nos parece que sería conveniente que quien formula la consulta señale detalladamente: (i) quién es el dueño y controlador de la o las empresas que formulan la consulta; (ii) qué otras empresas tienen el mismo dueño o controlador que las consultantes y en qué porcentaje; y (iii) respecto de quiénes producirá efectos la operación consultada.

La información anterior precisaría simplemente en algunos aspectos relevantes los antecedentes ya contemplados en cuanto a señalar cuáles son las personas relacionadas a las consultantes y las actividades que ellas desarrollan⁶, toda vez que permitiría dimensionar con mayor precisión el contexto de la operación de concentración y su impacto en otros sectores.

III. Mercado relevante

III.1. Mercados respecto de los que se debe aportar información

El Auto Acordado exige acompañar información respecto de los mercados en los que la operación consultada “producirá efectos o podría producirlos”⁷. Ello resulta un tanto ambiguo y no queda del todo claro a qué mercados se refiere específicamente el Auto Acordado. Así, por ejemplo, podría estar refiriéndose a todos los mercados en que existe una superposición –actual o potencial– entre quienes participan en la operación de concentración, a todos los mercados en los que las partes consultantes se encuentran en una relación vertical, sólo a algunos de estos mercados, etc.

En este sentido, pareciera conveniente exigir que las partes entreguen información respecto de todos los mercados en los cuales la participación conjunta exceda cierto nivel, si es que se trata de una concentración horizontal; o, en caso de una fusión de carácter vertical, si es que la participación de una de las partes excede cierto nivel. Sobre este punto, la regulación europea exige a las partes entregar información respecto de los “mercados afectados”⁸, esto es, cuando:

- (i) dos o más de las partes de la operación participan actualmente en el mismo mercado relevante del producto y la operación de concentración deriva en una

⁵ Artículo Primero, letra a) del Auto Acordado.

⁶ *Ibid.*

⁷ Artículo Primero, letra c) del Auto Acordado.

⁸ Sección 6, párrafo III, del Anexo I del “Form CO Relating to the Notification of a Concentration pursuant to Regulation (EC) N°139/2004” (versión en inglés).

- participación conjunta igual o superior al 15% del mercado (concentración horizontal); o
- (ii) una o más de las partes de la operación participa en un mercado relevante que está aguas arriba o abajo del mercado relevante en que opera cualquiera de las demás partes de la operación, y la participación individual o conjunta de cualquiera de ellas en alguno de los niveles de la cadena productiva es igual o superior al 25%, independientemente de que exista o no una relación de proveedor y cliente entre las partes de la operación (concentración vertical)⁹.

Estimamos que la regulación europea otorga mayor certeza en cuanto a los mercados respecto de los cuales las partes deben entregar información, estableciendo ciertos umbrales mínimos –bastante conservadores– para determinar cuando un mercado se considera “afectado” por la operación de concentración. Además, dicha regulación exige que la información aportada por las partes sea relevante para los efectos de la consulta, toda vez que hace innecesario acompañar información respecto de mercados que no tendrán mayor trascendencia para los efectos de la operación consultada.

Dada la voluntariedad que caracteriza a los procedimientos de consulta sobre operaciones de concentración en Chile, estos umbrales evidentemente no determinarían las hipótesis relativas a cuándo consultar y cuándo no hacerlo; sino que simplemente la determinación de cuándo estimar un mercado como relevante en el marco de una consulta que se haya decidido efectuar.

III.2. Bienes sustitutos

En el artículo Primero, letra c), párrafo ii), el Auto Acordado exige que las partes consultantes incluyan información sobre los “sustitutos perfectos o imperfectos” de los bienes ofrecidos por las partes consultantes. Sin embargo, el Auto Acordado no especifica qué se entiende por sustitutos “perfectos” o “imperfectos”.

Si el concepto de sustitutos perfectos se utiliza como equivalente a aquellos bienes o servicios que forman parte de un mismo mercado relevante –por lo cual se consideran “intercambiables o sustituibles en razón de sus características, su precio o el uso que se prevea hacer de ellos”¹⁰–, estimamos que ello debiera quedar plasmado de manera más explícita en el Auto Acordado. De la misma manera, los sustitutos imperfectos podrían ser definidos como “aquellos bienes o servicios que, si bien no pertenecen al mismo mercado relevante, presentan cierto grado de sustitución con aquellos que sí pertenecen a éste”.

De esta manera, se permitiría distinguir con algo más de claridad –habida cuenta de la cierta indeterminación que inevitablemente caracteriza a estos conceptos, especialmente cuando se describen genéricamente– respecto de qué bienes o servicios las partes consultantes deberían aportar información y cuáles de éstos serían irrelevantes para efectos de la consulta.

III.3. Período respecto del cual se debe aportar información

⁹ *Ibid.*, Sección 6, párrafo III.

¹⁰ Comunicación de la Comisión Europea 97/C 372/03, párrafo II.7.

En el artículo Primero, letra c), párrafos iii), iv) y viii), el Auto Acordado exige que la información aportada por las partes consultantes –tamaño del mercado, participación de las partes y sus competidores, estructura y características de la oferta, capacidad de producción total, evolución de precios– comprenda un período de hasta 5 años antes de que se presente la consulta.

El plazo establecido por el Auto Acordado pareciera ser un tanto excesivo y podría provocar una carga considerable para las partes consultantes, además de lo cual la información más antigua podría no ser relevante para los efectos de la consulta. Así, por ejemplo, en la regulación europea en general se exige que las partes aporten información respecto de los últimos 3 años financieros¹¹, salvo respecto de la entrada de nuevos actores, caso en el cual las partes deben señalar los detalles de cualquier entrada significativa al mercado (vgr. identificación de los nuevos entrantes y estimación de sus participaciones de mercado) durante los últimos 5 años anteriores a la consulta¹².

Un plazo general de 3 años pareciera ser razonable para los efectos de la consulta, ya que permitiría al H Tribunal contar con información suficiente para conocer a cabalidad el mercado y, al mismo tiempo, no implicaría una carga excesiva para las partes consultantes, las cuales podrían enfrentar dificultades considerables para recopilar antecedentes con una antigüedad superior a los referidos 3 años.

III.4. Información relevante del lado de la oferta: las importaciones

En una economía abierta como la chilena, pareciera relevante que las partes consultantes de una operación de concentración deban aportar información respecto de las importaciones desde el extranjero. De esta manera, en el artículo Primero, letra c), párrafo iv) del Auto Acordado podría señalarse que las partes deberían aportar la siguiente información respecto de las importaciones, referida a los últimos 3 años calendario anteriores a la consulta:

- (i) volumen total de importaciones, en unidades;
- (ii) valor total de las importaciones;
- (iii) precio total de venta final de los productos importados;
- (iv) lugar de origen de los productos importados;
- (v) costo de transporte de los productos importados; y
- (vi) existencia de cuotas de importación, bandas u otras barreras que puedan afectar la importación de los productos respectivos.

Dicha información –gran parte de la cual es exigida por la Comisión Europea para pronunciarse sobre concentraciones en el mercado europeo¹³– es del todo relevante, puesto que permitiría al H. Tribunal contar con mayor información respecto de la

¹¹ “Form CO Relating to the Notification of a Concentration pursuant to Regulation (EC) N°139/2004”, Sección 7 (Information on Affected Markets) y Sección 8 (General Conditions in Affected Markets), párrafo 8.3.

¹² *Ibid.*, Sección 8 (Market Entry).

¹³ *Ibid.*, Sección 7 (Information on Affected Markets), párrafos 7.5. y 7.6.

sustituibilidad del lado de la oferta y de la existencia o inexistencia de barreras de entrada al mercado chileno.

Además, esta información sería de esencial conocimiento para el H. Tribunal en mercados en los que prime la importación más que la producción nacional, como sucede en varias áreas de la economía chilena.

III.5. Condiciones de acceso y salida

En el artículo Primero, letra c), párrafo ix), el Auto Acordado exige que las partes aporten una serie de datos respecto de las condiciones de entrada y salida del mercado. En este sentido, podría ser conveniente que las partes deban señalar en su consulta si, con anterioridad a la misma, los mercados afectados han experimentado la entrada de nuevos actores significativos. En caso afirmativo, las partes debieran individualizar a tales entrantes y efectuar una estimación de su participación de mercado.

Dado que dicha información no implica una carga excesiva para las partes consultantes y tampoco debiera ser difícil de obtener (muchas veces puede ser información de público conocimiento), pareciera razonable que la referida información deba referirse a los últimos 5 años previos a la consulta, tal como lo establece la regulación europea¹⁴.

Por otra parte, además de señalarse la “probabilidad, oportunidad y suficiencia del ingreso”¹⁵ de nuevos actores al mercado, las partes debieran individualizar a los potenciales entrantes en caso de estimar que dichas condiciones efectivamente se dan en la práctica¹⁶. Ello permitiría al H. Tribunal evaluar con mayor certeza la probabilidad de que los potenciales entrantes puedan ingresar al mercado en forma oportuna y con un grado de suficiencia relevante.

III.6. Asociaciones gremiales o de comercio

Tal como ocurre con la regulación comparada¹⁷, podría ser conveniente que el Auto Acordado exija que las partes consultantes informen sobre la existencia de asociaciones gremiales de las cuales ellas formen parte, y que identifiquen aquellas asociaciones de las cuales formen parte sus principales proveedores y clientes.

IV. Sanción por la no entrega total o parcial de la información exigida por el Auto Acordado

El artículo quinto del Auto Acordado establece que si las partes no proveen la información señalada en las letras a), b) o h) de su artículo primero, el H. Tribunal tendrá por no presentada la consulta. Respecto del resto de la información exigida por el referido Auto Acordado, se establece que el H. Tribunal podrá fijar un plazo razonable para presentar la información faltante, bajo apercibimiento de tener por no presentada la consulta.

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ Artículo Primero, letra c), párrafo ix) del Auto Acordado.

¹⁶ Véase al efecto el documento “Form CO Relating to the Notification of a Concentration pursuant to Regulation (EC) N°139/2004”, Sección 8 (Market Entry), párrafos 8.8. y 8.9.

¹⁷ *Ibid.*, Sección 8 (Market Entry), párrafo 8.14.

Si bien la información exigida por el Auto Acordado en general es relevante para efectos de que el H. Tribunal se pronuncie sobre la respectiva operación de concentración, pueden existir situaciones en que dicha información (i) sea extremadamente difícil de obtener, o bien (ii) no sea del todo relevante para los efectos de la consulta. En tales casos, el apercibimiento de tener por no presentada la consulta pareciera ser una sanción demasiado drástica y desproporcionada para las partes.

Al respecto, la regulación europea ha reconocido que “(...) la experiencia ha demostrado que, dependiendo de las características específicas del caso, no siempre toda la información es necesaria para un análisis adecuado de la concentración consultada”¹⁸. Consecuentemente, si una parte considera que la información exigida por la Comisión Europea es innecesaria para el análisis de la operación consultada, o bien es difícil de obtener, es posible solicitar que la Comisión autorice a no entregar cierta información. En este sentido, dicha regulación establece lo siguiente para las partes consultantes:

“Usted puede solicitar por escrito que la Comisión acepte la consulta y la considere completa, a pesar de que no se entregue toda la información exigida en este documento, si dicha información no está razonablemente disponible para usted en todo o en parte”.

“La Comisión considerará dicha solicitud, siempre que usted dé razones para la falta de disponibilidad de dicha información, y entregue su mejor estimación respecto de la información faltante junto con las fuentes de dicha información. Cuando sea posible, también se deberá señalar de dónde es posible obtener la información que no está disponible para usted”¹⁹.

“Usted puede solicitar por escrito que la Comisión acepte la consulta y la considere completa, a pesar de que no se entregue toda la información exigida en este documento, si usted considera que cierta información en particular puede ser innecesaria para que la Comisión analice el caso”²⁰.

Estimamos que la regulación europea reconoce y trata adecuadamente dos situaciones en que resulta razonable que las partes no entreguen toda la información que normalmente se exige a quienes presentan una consulta sobre una operación de concentración, a saber:

- (i) información que no puede ser entregada a la autoridad, porque no está razonablemente disponible para las partes; e,
- (ii) información que resulta innecesaria para que la autoridad se pronuncie sobre la consulta, por no resultar pertinente a los fines de la misma.

Considerando la experiencia comparada en materia de control de fusiones, pareciera conveniente y razonable que el Auto Acordado establezca que la consulta se tendrá por presentada debidamente en aquellos casos en que:

¹⁸ *Ibíd.*, Capítulo 1.1.

¹⁹ *Ibíd.*, Capítulo 1.1., letra f).

²⁰ *Ibíd.*, Capítulo 1.1., letra g).

FerradaNehme

- (i) la o las partes que la formulen señalen justificadamente que la información respectiva no está disponible para ellas en forma total o parcial, caso en el cual el H. Tribunal ordenará que dicha información sea acompañada lo más pronto posible en caso de que las partes tengan acceso a la misma con posterioridad a la presentación de la consulta; y
- (ii) la o las partes que la formulen señalen justificadamente que cierta información particular es innecesaria para los efectos de su análisis, caso en el cual el H. Tribunal podrá aceptar la solicitud o rechazarla, señalando un plazo razonable, en caso de rechazo, para que dicha información sea entregada.

Junto con reiterar nuestro reconocimiento respecto de la iniciativa del H. Tribunal, esperamos que los comentarios anteriores le sean de utilidad para la elaboración del Auto Acordado en su versión definitiva.

Saluda atentamente a Uds.,

Ferrada Nehme

Paulo Montt.
Nicole Nehme