

OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN: EXCESIVA BUROCRACIA

- La nueva ley de libre competencia introdujo la obligación de consultar las operaciones de concentración que pudieran tener algún efecto en la libre competencia. Por estos días se encuentra sometido a consulta pública el reglamento que detalla los antecedentes que deberán acompañar la notificación ante la FNE de dichas operaciones.
- Resulta preocupante la excesiva información que estaría exigiendo el reglamento propuesto, lo cual conlleva un serio riesgo de obstaculizar e incluso llevar a desechar actividades económicas perfectamente legítimas. Es de esperar que en el proceso de consulta se recoja dicha inquietud y se simplifique el proceso para no obstaculizar la libertad de emprender.

La modificación a la ley de libre competencia aprobada durante este año introdujo, entre otros, la consulta obligatoria para las operaciones de concentración. La ley definió cuatro tipos de operacionesⁱ y estableció la obligación que fueran notificados a la Fiscalía Nacional Económica (FNE) cuando superaran ciertos umbrales definidos mediante resolución dictada por la misma. Ello permitiría a la FNE centrar su análisis en aquellas operaciones de concentración con aptitud para reducir sustancialmente la competencia en los mercados, minimizando los costos de transacción asociados y la carga administrativa a la que quedaría sujeto el Estado y los agentes económicos.

Recientemente fueron publicados los umbrales de notificación, estableciéndose que deberán notificar a la FNE las operaciones que cumplan los siguientes requisitos copulativosⁱⁱ:

- a) Que la suma de las ventas en Chile de los agentes económicos que proyectan concentrarse haya alcanzado, durante el ejercicio anterior a aquel en que se verifique la notificación, montos iguales o superiores a UF 1.800.000.
- b) Que en Chile, por separado, al menos dos de los agentes económicos que proyectan concentrarse hayan generado ventas, durante el ejercicio anterior a aquel en que se verifique la notificación, por montos iguales o superiores a UF 290.000.

La ley establece además el procedimiento bajo el cual se evaluarán las operaciones de concentración por parte de la FNE. Así, en un plazo de 30 días desde que se inicia la

La excesiva cantidad de antecedentes solicitados amerita una revisión exhaustiva, pues bien podría significar hacer de actividades económicas perfectamente legítimas, un camino lleno de vallas difíciles de sortear, que terminarán afectando las decisiones de los agentes económicos.

investigación, la FNE deberá: a) aprobar la operación notificada en forma pura y simple; b) aprobar la operación notificada, sujeta al cumplimiento de medidas ofrecidas por el notificante; o c) extender la investigación hasta por un máximo de 90 días adicionales, cuando estime que la operación notificada podría reducir sustancialmente la competencia. En este último caso, la FNE deberá dentro del plazo establecido determinar si aprueba la operación, la aprueba sujeta a las medidas ofrecidas por el notificante o prohíbe la operación notificada. Solo en caso de rechazo, el notificante podrá promover ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC) un recurso de revisión especial.

LO QUE PROPONE EL REGLAMENTO

La propuesta de reglamento, que detalla los antecedentes que deben acompañarse al notificar una operación de concentración y que contempla un mecanismo de notificación simplificada para ciertas operaciones de concentración, se encuentra actualmente sometida a un proceso de consulta públicaⁱⁱⁱ. La excesiva cantidad de antecedentes solicitados amerita una revisión exhaustiva, pues bien podría significar hacer de actividades económicas perfectamente legítimas, un camino lleno de vallas difíciles de sortear que terminarán afectando las decisiones de los agentes económicos.

En particular, el reglamento en consulta establece una serie de antecedentes que deberán acompañarse en el proceso de notificación. Esto incluye información correspondiente a la operación de concentración propiamente tal, como el resumen ejecutivo de la operación, la individualización de los agentes económicos involucrados y la estructura de propiedad y control -previa y proyectada- de la operación de concentración. Sin embargo, exige una serie de antecedentes adicionales; por ejemplo, solicita la presentación de todo documento que diga relación con la operación y sus efectos en Chile (actas del directorio y de las juntas de accionistas durante los últimos 3 años, informes, minutas, presentaciones y/o reportes internos o externos preparados con objeto de evaluar la operación u otras operaciones alternativas, así como programas comerciales y/o planes generales de negocios discutidos durante los tres años anteriores).

El reglamento establece también exigencias de información respecto de los mercados relevantes y los mercados afectados, lo que supone identificar el o los candidatos a mercados relevantes de producto y mercados relevantes geográficos que las partes consideren adecuados y los mercados relevantes “alternativos plausibles”. Respecto

de estos “mercados afectados” horizontal y verticalmente^{iv} y de otros mercados relevantes en que la operación pudiera generar una eventual reducción de la competencia^v, se exige información pormenorizada del producto, el tamaño de mercado y participaciones de los últimos 3 años, información desagregada de ventas, estimación de la capacidad total de producción y su tasa de utilización, la estructura de oferta y demanda de cada uno de los mercados (incluido el modo de vender y fijar precios, y la nómina de los principales clientes con ventas mensuales singularizadas), estudios y encuestas que analicen los mercados afectados, preferencias de los consumidores, fortaleza de la marca, además de la importancia de la innovación en los procesos productivos y una descripción de las barreras de entrada y salida (cuán desafiante es el mercado), entre otros aspectos de una larga lista de información requerida.

Por su parte, bajo el mecanismo de notificación simplificada -que aplicaría para operaciones donde no existe superposición o traslape horizontal o vertical entre las partes; donde la participación de las partes y su grupo empresarial en los distintos mercados, por su escasa importancia, no constituye amenaza a la competencia; o donde la fusión no supera ciertos umbrales^{vi} - se solicita algo menos de antecedentes, aunque aún así abundante. En particular, se exige información no sólo del mercado relevante considerado adecuado por las partes, sino que establece una definición de mercados “declarables” que incluye el anterior, más aquellos plausibles. La FNE se reserva además el derecho a requerir una notificación normal aun cuando se cumplan los requisitos para una notificación simplificada, en función de criterios bastante arbitrarios, como que una de las partes sea un nuevo competidor, considere que existen altas barreras de entrada (cuya caracterización no se solicita en el proceso simplificado) o estime que existen altos riesgos de coordinación.

COMENTARIOS AL REGLAMENTO

La idea del proceso de notificación es que permita evaluar, preliminarmente, los eventuales riesgos que una operación pudiera significar para la competencia, no alterando con ello el normal funcionamiento de los mercados y la libertad de emprender. Para eso, la ley de libre competencia estableció que las notificaciones deberán acompañarse de los antecedentes necesarios para identificar la operación de que se trata y a los agentes económicos que toman parte en la misma y su grupo empresarial; los antecedentes que permitan evaluar preliminarmente los eventuales riesgos que la operación notificada pudiere significar para la libre competencia; la declaración de las partes en la que indiquen que, de buena fe, pretenden llevar a cabo

la operación que se notifica, y los demás antecedentes que detalle el reglamento dictado por el Ministerio de Economía. Establece además que el reglamento podrá contemplar un mecanismo de notificación simplificada.

El reglamento en consulta va bastante más allá de lo que exige la ley, estableciendo requerimientos que son complejos de recabar, resultan redundantes o comprometen información sensible.

El reglamento en consulta, sin embargo, va bastante más allá de lo que exige la ley, estableciendo requerimientos que son complejos de recabar, resultan redundantes o comprometen información sensible. Así, las exigencias de información propuestas constituyen una carga importante, cuyo costo en tiempo y recursos podría hacer perder oportunidades de negocios. La propuesta presentada parece olvidar que las empresas suelen no ser mono-producto, lo cual significa que en la mayoría de los casos en que se vean obligadas a notificar una operación de concentración deberán acopiar una gran cantidad de información y hacer un estudio exhaustivo de mercado que sólo puede beneficiar a economistas y abogados especialistas en la materia. En efecto, la gran cantidad de detalles y análisis exigido transforma el proceso de notificación en un acabado estudio de competencia que sobrepasa las capacidades de la gran mayoría de las empresas cuyas ventas anuales superan los UF 290.000 (equivalente a la fecha a aproximadamente US\$ 11,5 millones).

Lo anterior tiene un impacto negativo en las empresas que se encuentran en el rango de ventas entre US\$ 11 y US\$ 50 millones anuales, puesto que cualquier intento de venta o fusión con una empresa de mayor tamaño se vería enfrentada a un proceso administrativo altamente costoso. Ello afecta también a las empresas emergentes (*start-ups*) cuya compra por parte de un actor relevante -algo que muchas sueñan con alcanzar- quedaría sujeta al proceso de notificación no simplificado, con los costos en tiempo y recurso ya mencionados. Cabe señalar que la información requerida no necesariamente está disponible ni es accesible para las empresas, que al momento de decidir una adquisición o fusión no cuentan con tanto detalle del mercado y en no pocos casos responden a oportunidades puntuales. En tal sentido, la normativa sugerida parece destinada a empresas grandes que operan en mercados con información pública. Vale la pena ponerse también en los casos en que el sistema requiere fusiones rápidas tanto por oportunidad de negocios como por una eventual necesidad de reacción oportuna, por ejemplo, en el mercado financiero.

Otro tema que preocupa dice relación con los requerimientos de información comercialmente sensible (actas, nómina de clientes, planes previamente analizados, etc.). Aun cuando existen cláusulas de confidencialidad, lo cierto es que hay un riesgo implícito para los agentes de entregar información que incluso suele no compartirse

con la empresa con la cual existe un pre acuerdo de fusión, dado el riesgo que se rechace la operación y se mantengan como competidores.

Por último, lo que pareció como algo positivo desde el punto de vista de la celeridad del proceso, como fue el establecimiento de plazos definidos y acotados para la investigación de la FNE, con silencio administrativo incluido, se convirtió en un mero traspaso de trabajo y tiempo hacia los agentes económicos. En efecto, los requisitos de información generan una carga tal que terminarán inevitablemente alargando los plazos que tomará la aprobación de tales operaciones. No hay que perder de vista que el objetivo de la ley es establecer un control preventivo para evitar abusos anticompetitivos de las partes; no obstante, si por alguna razón el sistema no funciona correctamente y se admiten algunas fusiones de alto riesgo anticompetitivo, siempre existirá la posibilidad de que la FNE u otro interesado pueda realizar una demanda contenciosa aduciendo infracción al artículo 3° del DL N°211.

ⁱEl Art 47° del Decreto Ley N° 211 define la operación de concentración como todo hecho, acto o convención, o conjunto de ellos, que tenga por efecto que dos o más agentes económicos que no formen parte de un mismo grupo empresarial y que sean previamente independientes entre sí, cesen en su independencia en cualquier ámbito de sus actividades mediante alguna de las siguientes vías:

a) Fusionándose, cualquiera sea la forma de organización societaria de las entidades que se fusionan o de la entidad resultante de la fusión.

b) Adquiriendo, uno o más de ellos, directa o indirectamente, derechos que le permitan, en forma individual o conjunta, influir decisivamente en la administración de otro.

c) Asociándose bajo cualquier modalidad para conformar un agente económico independiente, distinto de ellos, que desempeñe sus funciones de forma permanente.

d) Adquiriendo, uno o más de ellos, el control sobre los activos de otro a cualquier título.

ⁱⁱLas operaciones de concentración que no igualen o superen los umbrales establecidos para la notificación obligatoria podrán ser notificadas en forma voluntaria.

ⁱⁱⁱ<http://www.participacionciudadana.economia.gob.cl/consultas-ciudadanas-virtuales/reglamento-que-detalla-los-antecedentes-que-deben-acompanarse-al>

^{iv}Según señala el reglamento, donde existen relaciones horizontales entre las partes de la operación que llevan a concentrar más del 20% del mercado o donde hubiere una relación vertical con alguna de las partes con una participación superior a 30%.

^vSegún señala el reglamento sería el caso si la participación de una de las partes supera el 30% del mercado y la otra fuere un competidor "potencial" o dispusiere de derechos intelectuales o industriales, o si las partes participaren en mercados complementarios con participación superior al 30%.

^{vi}Cuando la cuota de mercado combinada es inferior al 50% y el incremento del Índice Herfindahl-Hirschman resultante de la operación de concentración es inferior a 150.