

Informe en Derecho

SOLICITUD PRESENTADA A LA COMISION RESOLUTIVA ANTIMONOPOLIOS EN ORDEN A QUE SE DECLARE DESIERTA LA LICITACION DE ACCIONES DE LA COMPAÑIA DE CERVECERIAS UNIDAS

José Joaquín Ugarte Godoy

Abogado

Profesor de Derecho Civil

I. CUESTIÓN FORMULADA

1. Se ha consultado al subscrito acerca de los fundamentos que en derecho pueda tener la acusación deducida por las Compañías X e Y ante la Comisión Resolutiva Antimonopolios, y contra la Comisión Liquidadora de la Sociedad Promotora General Progresá Limitada, por infracción de las normas legales sobre libre competencia en la licitación de ciertas acciones de Cervecerías Unidas.

2. La infracción se hace consistir en no haber incluido la Comisión Liquidadora en la licitación acciones que representasen los dos tercios de la Compañía de Cervecerías Unidas —teniéndolas— sino un porcentaje inferior, con lo cual sólo uno de los concurrentes que ya contaba con acciones propias de la misma Compañía, tenía la expectativa de alcanzar los dos tercios del capital, y con ellos, obtener el control de la Sociedad, y, sobre todo, decidir la capitalización de los créditos de los bancos acreedores, arbitrio que sería el único posible para sacar a la Compañía de Cervecerías Unidas de su situación de endeudamiento y conseguirle nuevos créditos que le permitiesen funcionar convenientemente.

Al licitar un porcentaje de acciones tal que sólo un concurrente podía obtener las antedichas ventajas, la Comisión Liquidadora dejaba a los otros potenciales concurrentes en situación de desigualdad e inferioridad con respecto a aquél, impidiéndose así la libre competencia de todos los posibles interesados.

3. A fin de emitir su opinión sobre estos planteamientos, expondrá el informante los antecedentes de hecho y luego hará las consideraciones jurídicas que el caso le merece.

II. ANTECEDENTES

a) *El llamado a licitación*

4. En julio del presente año la Comisión Liquidadora de la Sociedad Promotora General Progresá Limitada llamó, mediante avisos en la prensa, a una licitación para la venta de un cincuenta y uno por ciento de las acciones de la Compañía de Cervecerías Unidas y, bajo condiciones especiales, de un nueve por ciento adicional.

En realidad no se trataba de una licitación *stricto sensu*, sino de un simple llamado a presentar ofertas irrevocables por cierto plazo, que la Comisión podía aceptar en ese término, o desestimar sin expresión de causa, y sin incurrir en responsabilidad alguna (artículos 10 y 12 de las Bases).

b) *La Comisión Liquidadora*

5. Es necesario para los fines de este informe dejar constancia del origen y naturaleza de la entidad que convocó a la licitación. La Comisión Liquidadora de la Sociedad Promotora General Progresá Limitada —comúnmente llamada “Comisión Progresá”— es una comisión establecida en un convenio extrajudicial preventivo, por la Sociedad Promotora General Progresá Limitada y los acreedores de ésta, y cuyo objeto es liquidar los bienes de la deudora, abandonados por ella en su totalidad a los acreedores mediante el referido convenio. Estaba integrada la Comisión por un representante de la deudora y por los Bancos acreedores, el Banco de Santiago y la Colocadora Nacional de Valores. La Sociedad Promotora General Progresá Limitada era dueña, a la época, del convenio, directa e indirectamente de un conjunto de empresas conocido como “Conglomerado Forestal”. Todo esto consta de la escritura pública que contiene el convenio, otorgada en la Notaría de Santiago de don Raúl Undurraga Laso, el cinco de octubre de mil novecientos ochenta y cuatro.

Mediante escritura pública de veintidós de enero de mil novecientos ochenta y seis, autorizada por el mismo Notario, se introdujeron modificaciones al convenio preventivo antes individualizado, en virtud de las cuales modificaciones la Comisión Liquidadora pasó a quedar compuesta sólo por los Bancos acreedores, los que, por otra parte, recibieron mandato para administrar la sociedad deudora.

Como puede apreciarse —y esto es importante para formar un juicio sobre la materia del presente informe—, la Comisión Liquidadora que llamó a la licitación es una entidad privada, mandataria de una sociedad de derecho privado: si la integran o la han integrado funcionarios públicos es por la circunstancia accidental de haber estado bajo intervención estatal los Bancos acreedores que eran y son miembros de la Comisión. Tales funcionarios, entonces, no mudan con su presencia el carácter privado de la Comisión Liquidadora, la que no tiene otra calidad jurídica, atribuciones o deberes que los de cualquier particular.

6. En el convenio preventivo se facultó a la Comisión Liquidadora para enajenar los bienes abandonados por la deudora y aplicar el producido al cumplimiento del plan de pagos establecido en el mismo convenio. En la cláusula decimoquinta, según la dejó el acuerdo modificadorio, se lee que la Comisión Liquidadora, para proceder a la enajenación de bienes particulares o del activo en general, tiene amplia libertad en la determinación de los que se deban transferir, y en la fijación de la época y secuencia de las enajenaciones; y que las fechas de pago a los acreedores podrán ser anticipadas, pero no postergadas por la Comisión.

La cláusula novena —también después de la modificación— dispone que, “sin perjuicio de la facultad plena que tiene la Comisión para fijar el valor de los bienes que transfiera, la deudora y los acreedores no podrán formular reparo o cargo alguno en contra de la Comisión en los siguientes casos: b) Si

la enajenación se lleva a cabo en subasta o licitación dispuesta por la Comisión, con admisión de postores extraños . . .”.

c) *La licitación*

7. El veinticuatro de septiembre de este año se llevó a cabo la licitación, y la mejor oferta, de dos que hubo, la hizo Z. Aún no ha mediado aceptación de la Comisión Liquidadora.

Z, el siete de julio último, tenía adquiridas, en la Bolsa de Comercio o directamente a sus dueños, acciones que representaban el trece por ciento del capital de la Compañía de Cervecerías Unidas.

Las sociedades X e Y, no obstante haber manifestado su interés, no se presentaron a la licitación.

d) *Las gestiones de las Compañías X e Y ante las Comisiones Antimonopolios*

8. El último dieciséis de septiembre, las empresas mencionadas en el epígrafe hicieron una presentación a la Comisión Preventiva General, solicitando la suspensión de la licitación mientras no se licitase, a lo menos, el sesenta y siete por ciento de las acciones de la Compañía de Cervecerías Unidas. Con fecha tres de octubre la Comisión Preventiva rechazó la petición.

El siguiente siete de octubre, X e Y apelaron de la expresada resolución para ante la Comisión Resolutiva, solicitando, además, se suspendiese la definición del concurso o licitación por treinta días, esto último por vía de medida precautoria. Se concedió la medida cautelar impetrada, lo que reviste particular gravedad, si se considera que, según las bases de la licitación (art. 7º), la Comisión Liquidadora debe resolver sobre la aceptación de las ofertas dentro del mes de octubre, y que la suspensión decretada es hasta el siete de noviembre.

III. CONSIDERACIONES DE DERECHO

A. La especie es del todo ajena al campo de aplicación de las normas sobre libre competencia y proscripción de los monopolios: inaplicabilidad de la Ley Antimonopolios al caso en examen.

a) *Los conceptos de libre competencia y monopolio son esencialmente relativos al mercado general*

9. El concepto de libre competencia es por su naturaleza relativo al mercado: supone de suyo pluralidad de vendedores y compradores u oferentes y demandantes, sin la cual pluralidad la competencia resulta inconcebible. El concepto de mercado se refiere a un país o comunidad de gentes, en que determina un cierto precio actual o “de mercado”. “El precio actual dicho, en cada cosa en particular, se regula por la proporción entre la cantidad que de ésta hay actualmente en el mercado y la concurrencia de los que desean pagar el precio natural de ella . . .” (Adam Smith, Riqueza de las Naciones, Libro I, capítulo 7º).

La libre competencia es un sistema de determinación de los precios en el mercado.

10. El monopolio consiste en la existencia, en el mercado, de un solo vendedor o proveedor de determinado bien o servicio, o de varios vendedores o proveedores, pero que actúan como uno solo. La expresión "monopolio" viene del griego de las palabras "monos" (solo) y "poleo" (vender). El Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua da dos acepciones para el término "monopolio", a saber: 1ª: "aprovechamiento exclusivo de alguna industria o comercio, bien provenga de un privilegio, bien de otra causa cualquiera", y 2ª: "convenio hecho entre los mercaderes de vender los géneros a un determinado precio". Escribhe, por su parte, dice que la voz "monopolio" designa el tráfico abusivo y odioso de quien se hace dueño de todas las mercaderías de un género con el fin de darles el mayor valor; como asimismo toda liga o convención que hacen a veces los mercaderes o menestrales de no vender sus mercaderías o sus obras si no a cierto precio", añade que es un "fraude" que puede cometerse de varios modos.

Aristóteles nos dice que el monopolio es un método propio de los negocios: del arte de adquisición de riqueza, y que se refiere a los bienes comerciables (Política, Libro I, c. 4).

Entre los modernos, Boulding lo define señalando como sus elementos la existencia de una sola firma que proporcione cierto producto; el que esa firma fabrique un producto totalmente diferente al de cualquier otra, y la imposibilidad de que entren nuevas firmas a la industria". (Análisis Económico, Editorial Revista de Occidente, Madrid, 8ª edición, 1963, p. 516).

11. El monopolio impide la determinación de los precios por libre competencia en el mercado: "El precio monopolio —dice Smith— es siempre el mayor y más alto a que puede ascender el valor de una cosa. El natural, por el contrario, como que es el precio de libre comercio o competencia libre, es el menor y más bajo a que puede cómodamente regularse, y el que tienen las mercaderías, no en todas ocasiones, sino por espacio de períodos considerables". (Riqueza de las Naciones, loc. cit.).

12. El monopolio, pues, es un concepto referido también al mercado general y correlativo del de libre competencia.

b) *Los conceptos de libre competencia y monopolio se refieren per se a las "actividades económicas".*

13. De lo expuesto en el acápite anterior se desprende que los conceptos de libre competencia y monopolio se refieren necesaria y exclusivamente a las *actividades económicas*, es decir, a aquellas que tienen por objeto el aprovisionamiento del mercado, porque se ordenan de suyo a proporcionar bienes o servicios a una pluralidad indefinida de personas. Estas "actividades económicas" son las de la producción, el comercio y la prestación de servicios. Sólo a ellas están vinculados los conceptos de "libre competencia" y "monopolio", porque sólo ellas pueden tener incidencia significativa en la formación de los precios.

14. La jurisprudencia de la Comisión Resolutiva Antimonopolios ha reconocido el principio que dejamos sentado, en múltiples ocasiones. Podemos citar, por vía de ejemplo, los siguientes fallos:

a') "Las atribuciones de esta Comisión recaen en actos, convenciones o conductas que impiden, restringen o tienden a entorpecer y entorpecer la libre competencia en *las actividades económicas relacionadas con la producción, el comercio o la prestación de servicios*, motivo por el cual las denuncias planteadas en el caso de autos, referidas a materias de naturaleza esencialmente laboral y de regulación y disciplina de la actividad deportiva, escapan a las facultades que la legislación antimonopólica entrega al conocimiento y resolución de esta Comisión..." (9-VIII-1978, considerando 11, Ley Antimonopolios, Jurisprudencia de la Comisión Resolutiva, 1978-1980, Editorial Jurídica de Chile, 1985, p. 44, N° 45).

b') "... La sanción de los hechos, actos o convenciones que, por vía de ejemplo, enumeran las letras a), b), c), d) y e) del citado artículo 2° del Decreto Ley N° 211, de 1973, tiene el propósito de reprimir las conductas que tienden a impedir, entorpecer o restringir la *libre competencia comercial e industrial*" (31-X-1979, N° 67, *op. cit.*, pp. 208 y ss.).

c') "c.7. "Que del tenor de los considerandos y preceptos citados, así como también del restante texto legislativo y su contexto, cabe concluir que la competencia que trata de proteger el Decreto Ley 211 es *la competencia en un sentido económico, referida a actividades de tal naturaleza y que incidan en el mercado, por lo que respecta a la fijación de precios a los artículos y servicios*".

"c.8. Que, a mayor abundamiento, tal conclusión coincide con la significación natural y obvia de la expresión "monopolio", definida por el Diccionario como "Aprovechamiento exclusivo de alguna industria o comercio, bien provenga de un privilegio, bien de otra causa cualquiera".

"c.15. "Que a mayor abundamiento, el art. 4° del Decreto Ley 211 dispone: "No podrá otorgarse a los particulares la concesión de ningún monopolio para el ejercicio de *actividades económicas* tales como extractivas, industriales, comerciales o de servicios". (N° 6, 23-X-1974, Ley Antimonopolios, Jurisprudencia de la Comisión Resolutiva, 1974-1977, Editorial Jurídica de Chile, 1978, pp. 44 y ss.).

d') "... El Decreto Ley 211 aprueba normas para la defensa de la libre competencia en las *actividades económicas*". Se concluye que la explotación de canales de televisión cae dentro del campo de la Ley Antimonopolios porque es una actividad comercial (Res. 138, 17-I-1983, Revista de Derecho y Jurisprudencia, t. 80, sec. VI, pp. 13 y ss.).

c) *Los conceptos de libre competencia y monopolio son per se ajenos a las ventas o transacciones que celebren quienes no sean sujetos de "actividades económicas", y también a las que dichos sujetos celebren al margen de su actividad económica.*

15. La conclusión del epígrafe se deduce con evidencia de todas las proposiciones establecidas en los acápitales anteriores.

Las ventas y transacciones que no forman parte de una *actividad económica*, es decir, de una actividad ordenada de suyo a satisfacer los requerimientos de bienes o servicios de una pluralidad indefinida de personas, son ajenas a los conceptos de libre competencia y de monopolio, porque no pueden tener incidencia significativa en la formación de los precios del mercado —como

no sea en forma accidental y excepcional, lo que el legislador no puede tener en cuenta—.

16. De ahí es que si alguien vende su casa porque va a mudarse de residencia, o vende su automóvil porque no lo puede conducir, o vende sus acciones de una sociedad anónima para pagar a sus acreedores, o porque simplemente desea desprenderse de ellas, tales ventas —que son ajenas a toda *actividad económica*—, escaparán por necesidad a las regulaciones de la Ley Antimonopolios: el vendedor podrá vender su casa, automóvil o acciones a quien le pague menos, de entre los dos compradores que le paguen en efectivo y al contado, si así es su deseo, o a quien le sea más simpático, o a quien le haya de hacer algún favor o procurar una ventaja; y aun podrá donar tales objetos, y ningún interesado podrá invocar las normas de protección de la libre competencia para modificar su decisión.

17. Puede ocurrir el caso de que contratos que de suyo no formen parte de una actividad económica —como por ejemplo el arriendo que una persona haga de su casa— pasen a constituirlos, si en virtud de un acuerdo entre muchas personas que en una comunidad celebren el mismo contrato, se fijan condiciones uniformes, pues, entonces, la agremiación de hecho de todos los que proporcionan una misma cosa hace que su actividad —así unificada— se ordene a satisfacer a una pluralidad indeterminada de personas, y tenga incidencia en el mercado. Esta hipótesis se menciona sólo para completar la exposición teórica que el suscrito ha creído necesario hacer, porque, por cierto, es ajena a los hechos materia de la consulta.

d) *La compraventa en examen no forma parte de actividad económica alguna y respecto de ella no pueden aplicarse las normas de la Ley Antimonopolios.*

18. La licitación a que se refiere este informe es un procedimiento preparatorio de una compraventa que no forma parte de ninguna actividad económica.

En efecto: un particular, la Sociedad Promotora General Progresá Limitada, y sus acreedores, a través de otro particular, la Comisión Liquidadora que los representa, han llamado a presentar ofertas de compra para un lote de acciones de la Compañía de Cervecerías Unidas: ¿dónde está la actividad económica?

Que una sociedad venda o liquide sus acciones para pagar a sus acreedores es algo que escapa completamente al concepto de actividad económica, y por tanto esa sociedad podrá venderlas a quien quiera y como quiera, y, si lo desea, a quien le pague menos. Si prefiere, puede donarlas en vez de venderlas. Ninguna de sus decisiones en tal sentido es impugnabile como atentatoria contra la libre competencia.

19. La defensa de los reclamantes, en la especie a que el presente informe se refiere, está consciente de que los actos o contratos censurables en virtud de la Ley Antimonopolios han de formar parte de una actividad económica, y está consciente, al menos de algún modo, de que es actividad económica la que se dirige a satisfacer a una *pluralidad de personas*. Por eso, para demostrar que la licitación en estudio constituye *actividad económica*, hace hincapié varias veces en que se ha hecho una oferta *pública*, y en que las acciones ofrecidas son de una sociedad anónima *abierta*.

Pero esta demostración aparece fundada sobre un error conceptual, porque la circunstancia de que se ofrezca al *público* un bien o servicio no significa que se produzcan o vendan cosas, o presten servicios, para satisfacer a una pluralidad indeterminada de personas, que es lo que constituye la "actividad económica". Se puede ofrecer una cosa al público, o públicamente, como medio de obtener un mejor precio, ofreciendo adjudicarla a quien pague más, pero sin producir para el público o vender o prestar servicios al público como entidad colectiva. El no admitir esta distinción básica nos conduciría a la conclusión aberrante de que quien pone un aviso en el diario para vender su casa, a fin de mudarse, realiza una actividad económica sujeta a las normas sobre libre competencia de la Ley Antimonopolios.

Sintetizando, podemos decir que son cosas radicalmente distintas llamar al público a hacer ofertas por una cosa que se desea vender, y vender al público.

El hecho de que la licitación de la especie, recaiga sobre acciones de una sociedad anónima *abierta*, en nada altera las conclusiones anteriores, porque, según se ha explicado, el que la venta constituya o no *actividad económica* es algo que depende del destinatario de la actividad: según sea éste o no una pluralidad o muchedumbre indeterminada de personas, y no de la naturaleza de la cosa vendida: así, si un vecino le vende ocasionalmente a otro un kilogramo de pan que él había comprado para su despensa, no hay "actividad económica", y si la hay, en cambio, si el mismo kilogramo de pan lo vende un panadero . . .

20. También argumentan los autores del reclamo que da lugar al presente informe, con las repercusiones que en el mercado puede tener la licitación, por la publicidad que se le ha dado, pero es evidente que esas repercusiones, de ser reales, no pasarían de ser un efecto accidental de la licitación, y mal podrían, por tanto, hacerla cambiar de naturaleza.

e) Conclusiones

21. Los razonamientos anteriores permiten al suscrito arribar a las siguientes conclusiones:

a') Al ser la licitación de suyo ajena al campo de aplicación de la Ley Antimonopolios, las Comisiones Antimonopolios resultan incompetentes para conocer del reclamo que se les ha sometido: pues de ese mismo reclamo aparece que se trata de una materia necesariamente ajena a las normas sobre libre competencia;

b') En todo caso, el reclamo debe ser desechado por las razones expuestas, si se hace un pronunciamiento sobre el fondo.

B. Aunque en la compraventa en estudio pudieran tener cabida los conceptos de libre competencia y monopolio, nada habría en ella contrario a la libre competencia.

a) *La igualdad de condiciones que postula la libre competencia debe darse con relación a la venta considerada en sí misma, y no en relación a las circunstancias de los concurrentes.*

22. Todo el que vende o proporciona una cosa o servicio al público debe brindar a los interesados las mismas condiciones en lo que de él dependa, esto

es, en el contrato de venta o de servicios, etc.; su deber es no producir, con el contrato que otorga, una desigualdad; pero no está ni puede estar obligado a producir por actos positivos igualdad entre los concurrentes, interesados o competidores, subsanando las desigualdades previas que entre ellos puedan existir, abstracción hecha del contrato que van a celebrar, para que éste resulte a todos igualmente beneficioso.

La razón es, entre otras, que la protección de la libre competencia, atenta la filosofía misma del sistema, consiste en asegurar a todos igualdad de oportunidades, pero no igualdad de resultados. Asegurar a todos los mismos resultados sería la negación, en su raíz, del principio de libre competencia.

En la especie, las normas sobre libre competencia obligarían a ofrecer a todos una misma venta o posibilidad de compra del lote de acciones que se licita; pero no obligarían al licitante a tomar medidas para que al licitador que no ha tenido la diligencia, la habilidad o la suerte —para el caso es igual— de comprar antes otro lote de esas mismas acciones, quede en igualdad de condiciones con el que en otra operación distinta lo ha adquirido, y puede por ello obtener el control de la respectiva compañía.

23. Sobre que la igualdad de condiciones ha de darse con relación a la venta misma y no a las circunstancias de los compradores, hay abundante y clara jurisprudencia. Podemos citar, entre otros, los siguientes fallos:

a') "... esta Comisión ha resuelto reiteradamente que un fabricante o proveedor es dueño de vender a comerciantes minoristas o directamente al público, o de no vender a nadie y entregar toda su producción a uno o más distribuidores para que la vendan a nombre del fabricante o proveedor, pero si vende por sí mismo debe vender a todos los que se interesen por comprarle, y debe hacerlo sin discriminar, vendiendo a todos en iguales condiciones, de acuerdo a pautas generales, objetivas y razonables. Se considera que la objetividad debe decir relación con la venta misma y no con la persona del comprador o con las formas características de su actividad, por lo que cualquier discriminación que no emane de dicha venta es en sí reprochable..." (31-X-1979, N° 68, Ley Antimonopolios, Jurisprudencia 1978-1980, p. 226).

b') "... las diferencias de precios sólo deben emanar de antecedentes objetivos e impersonales, derivados de la venta misma, aplicables de una manera general a todos los compradores o clientes..."

"No constituye una razón justificada para disponer estos descuentos en favor de los dueños de estaciones de servicios, el hecho de que deban pagar comisiones a empleados u obreros..."

"No puede lícitamente, el proveedor atender a los gastos de operación del comerciante comprador, ni a las ventajas relativas de su comercio" (N° 34, 3-VIII-1977, Ley Antimonopolios, Jurisprudencia de la Comisión Resolutiva, 1974-1977, pp. 355 y ss.).

c') "... no es atendible imponer a los revendedores precios diferentes para un mismo producto, cualesquiera que sean la situación en que éstos se encuentren respecto de la Compañía, su capacidad económica, la magnitud de sus inversiones o sus gastos de operación"— (3-VIII-1977, *op. cit.*, pp. 361 y ss.).

b) *Razones adicionales*

24. Por último, pueden darse, para demostrar que en ningún caso habría atentado contra la libre competencia, las siguientes razones:

a') Nadie puede ser obligado a vender sus cosas para equilibrar las condiciones económicas de otras personas:

b') La Comisión que ha llamado a la licitación es una entidad particular, y no le afecta, en consecuencia, ninguna obligación de justicia distributiva, en cuya virtud pudiera tener el deber de ayudar a personas que estuviesen en una posición de inferioridad, para dejarlas en pie de igualdad con otras;

c') La Comisión que ha convocado a la licitación no tiene, frente a terceros, ninguna obligación de vender las cosas que está llamada a liquidar: sólo tiene la obligación frente a sus mandantes, y debe liquidar según las instrucciones e intereses de éstos.

d') La Comisión, a mayor abundamiento, tiene el motivo objetivo de hallarse empeñadas las acciones que no ha incluido en la licitación, para no venderlas.

IV. CONCLUSIONES

25. A la luz de todo lo que precede, concluye el suscrito que:

a) La licitación de que se trata está, por su misma naturaleza, fuera del campo de aplicación de las normas sobre libre competencia, porque no forma parte de una actividad económica;

b) Lo anterior trae como consecuencia que la Comisión Antimonopolios sea incompetente para conocer del reclamo deducido ante ella, y, en todo caso, que dicho reclamo carezca de mérito para poder prosperar, por razón de fondo;

c) Aunque la licitación no fuera ajena al campo de la Ley Antimonopolios, el reclamo debería desecharse por no haber nada en esa licitación que pudiera ser contrario a las normas sobre libre competencia.

Santiago, 13 de octubre de 1986