

C.P.C. Nº 1043

ANT.: Consulta sobre legalidad de cláusula contenida en Convenio de Incorporación a empresa de distribución por venta directa multinivel. Rol Nº 83 -97 CPC (Acumulado Rol Nº 7-95 CPC)

MAT.: Dictamen de la Comisión.

SANTIAGO, 31 JUL 1998

1.- Don Pablo Vermehren Domínguez, abogado, domiciliado en Ahumada 236, oficina 801, Santiago, se dirigió a esta Comisión Preventiva Central con el propósito de requerir un pronunciamiento sobre la legalidad de una cláusula contenida en el Convenio de Incorporación que Oriflame de Chile, empresa de venta directa - multinivel, impone para la suscripción de convenios comerciales con terceros; cláusula que, a juicio del consultante, estaría vulnerando lo dispuesto por el art. 2º letras e) y f) del D.L. Nº 211, de 1973, que fija las normas para la defensa de la libre competencia, solicitando se dicten las medidas correctivas que fueren necesarias, de acuerdo a los antecedentes que se exponen a continuación :

1.1.- Que en su calidad de abogado ha tomado conocimiento de la existencia en el mercado de las empresas de venta directa del rubro de medias, cosméticos y joyas que, la sociedad Oriflame de Chile S.A (en adelante Oriflame) para incorporar a sus registros nuevos socios les hace suscribir un convenio, en virtud del cual pasan a formar parte de la red de operaciones de la sociedad y les entrega un documento denominado "El Programa del Exito", en el cual se les señala que tendrán una serie de beneficios crecientes en la medida que aumenten las redes de venta.

Al firmar el convenio las personas pasan a ser socias de Oriflame y adquieren una serie de derechos y obligaciones dentro de los cuales se les faculta para adquirir y comercializar productos de Oriflame asignándoles para estos efectos un número de socio.

1.2.- Atendido el volumen de ventas efectuadas, los socios van teniendo distintas denominaciones, cuyo objetivo es formar parte del grupo de socios "Gold", y calidad que otorga a los socios una rebaja mayor en el precio de los Productos que compran a Oriflame, además, de obtener mayores comisiones por sus ventas.

1.3.- Desde Mayo de 1996, Oriflame ha procedido a poner término a los convenios suscritos con diversos asociados, en razón de que ellos estarían vulnerando la cláusula octava del Convenio de Incorporación que dice: "cada socia no debe incurrir en practicas comerciales que perjudiquen o puedan perjudicar la calidad y el prestigio de Oriflame o de sus productos y sus marcas comerciales".

Sin embargo, este fundamento no guardaría relación alguna con la causa real del término del convenio, pues es necesario tener presente que los socios despedidos siempre fueron parte del grupo de socios "Gold", conjunto que representa las mayores ventas. Entonces, según lo expresado por los afectados, la verdadera causa de término del convenio, se basa en que el asociado que reviste la calidad "Gold" y sus parientes han suscrito convenios con otra empresa de venta directa, lo cual según Oriflame sería improcedente, ya que vulnera lo señalado en el Convenio en su cláusula novena, la que establece: "Queda especialmente prohibido al socio(a) realizar cualquier otra actividad que por su naturaleza signifique o pueda significar competir con las actividades propias de Oriflame, sea a título personal o por medio de tercero, por cuenta propia o ajena, incluyendo la participación en otras empresas cualquiera sea su especie."

1.4.- El consultante estima que la conducta de Oriflame en relación con la aplicación e interpretación de la cláusula referida en el numeral precedente, es contraria a las normas sobre libre competencia. Específicamente en lo que dice relación con la libertad que debe tener cualquier persona (comprador, comerciante independiente) para adquirir un producto en cualquier empresa de venta directa, siendo improcedente una prohibición como la señalada por Oriflame en la citada cláusula; libertad consagrada en la Constitución Política del Estado, el D.L. N° 211, diversas resoluciones de los Organismos de Defensa de la Libre Competencia (Resolución N° 48, de 27 de septiembre de 1978, de la H. Comisión Resolutiva)

1.5.- La calidad jurídica de "socio", según la cláusula segunda del Convenio de Incorporación de Oriflame, es de comisionista independiente, actuando por cuenta propia y a su propio nombre. En virtud de constituirse en comisionista independiente, los socios tienen derecho a adquirir (comprar) productos a un precio rebajado,

1.6.- Asimismo, el consultante indica que la cláusula novena, constituye una cláusula abusiva y atentatoria contra la libre competencia al establecer una prohibición para que cualquier socio realice cualquier actividad que por su naturaleza signifique o pueda significar competir con las actividades propias de Oriflame, sea a título personal o por medio de un tercero, por cuenta propia o ajena, incluyendo la participación en otras empresas cualquiera sea su especie.

Dicha norma es contraria a la normativa vigente, ya que como lo señalan diversas resoluciones de los Organismos de Defensa de la Competencia, el socio(comprador) es un comprador independiente, que actúa a su propio nombre y por sus propia cuenta y riesgo que no puede ser limitado en su libertad de comercio por ningún vendedor, ni en cuanto a otros productos que pueda comerciar, ni en cuanto al número de clientes o lugares en que pueda vender, ni en cuanto a precios, ni a condiciones ni a ninguna otra materia que coarte su libertad de comercio, salvo y en cuanto las leyes impongan o permitan, por razones de marcas o patentes, sanitarias u otras semejantes.

Toda imposición en contrario argumenta, es ilegítima y atentatoria de la libre competencia, no es lícito restringir la libertad de comercio ni condicionar las relaciones comerciales de un comisionista independiente con terceros, sometiendo éstas a factores determinados por uno de los contratantes, como son las imposiciones que hace Oriflame asociados para ellos trabajen o presten servicios para cualquier otra empresa.

1.7.- En cuanto a la naturaleza del Convenio es la de un contrato de adhesión, en virtud del cual una de la partes debe adherir a todas y cada de las cláusulas signadas en él, bajo apercibimiento de que en caso de no suscribirlo no se les aceptará como socios.

Sin perjuicio que los socios suscriban este tipo de convenio, el contrato pese a su naturaleza, no puede vulnerar normas superiores como las establecidas en la Constitución Política artículo 19 N° 21 en lo referente a la libertad de trabajo, el D.L. N° 211 artículo 2° letra e) y f) y principios generales de Derecho.

2.- Por su parte Oriflame, en respuesta al oficio del Fiscal Nacional que suscribe, en relación con la Consulta de don Pablo Vermehren informa lo siguiente:

2.1.- Oriflame de Chile S.A., presente en nuestro país hace más de 8 años, es una de las más prestigiosas e importantes empresas de cosméticos y productos similares existentes en Chile y en el mundo. Su casa matriz, Oriflame International con sede en Suecia, figura entre las empresas de mayor importancia y prestigio en el cubro, estando incluso registrada en la Bolsa de Valores de Londres. Esta última, a través de sus empresas subsidiarias, está presente en más de 55 países alrededor del mundo.

2.2.- La línea de productos ofrecidos, según el Catálogo de Productos para el período 1997/1998, que acompaña, es aquellos que existen abundantemente en el mercado nacional, de distintas calidades y precios, fabricados en Chile o en el extranjero, comercializados bajo marcas nacionales o internacionales, lo que ha hecho de este un mercado tremendamente competitivo, donde una adecuada organización y gestión son factores fundamentales para determinar el éxito de la empresa. Cabe destacar que sólo en la Cámara de la Industria Cosmética de Chile, A.G., se encuentran registradas 40 compañías diferentes dedicadas a la importación, comercialización y distribución de productos cosméticos y similares que totalizaron ventas por sobre los U.S.\$ 520 millones durante el año 1996. Lo anterior es sin considerar las otras empresas no registradas en la citada Cámara que sobrepasan las 20, con volúmenes de facturación superior a los US\$ 80 millones al año. Adicionalmente, agrega que en la actualidad en Chile estas empresas comercializan aproximadamente 10.000 marcas diferentes, con un volumen de 23.000 productos registrados en el Instituto de Salud Pública de Chile.

2.3.- Oriflame comercializa y distribuye sus productos bajo la forma o modalidad de venta directa, en donde el énfasis está en la oportunidad comercial asociada a vender productos de excelente calidad a bajo precio. Este sistema de venta no es nuevo en nuestro país, ni tampoco en otros países del mundo, donde ha tenido una vasta difusión y aceptación. Sólo en Chile existen innumerables empresas que fundan su estrategia de venta en este sistema, destacándose entre otras empresas tales como "Avon" y "Mary Kay" en el mismo rubro de mi representada, y Amway Corporation para productos de consumo masivo para el hogar y cuidado personal.

2.3.1.- El esquema de venta señalado, se traduce en que el Socio adquiere una serie de beneficios y ventajas por sobre los sistemas tradicionales de comercialización y distribución, que son los siguientes:

- a) Descuento de un 30% en sus compras,
- b) Ganancia obtenida por la utilidades producto del margen en la reventa, si decide revender, lo cual es resorte de cada persona;
- c) Obtener incentivos monetarios por promover nuestro sistema de comercialización, que se materializan contabilizando mensualmente el ingreso por ventas generados por el Socio más el generado por todas las personas que este ha ido incorporando como Socios.

2.3.2.- Para ingresar al sistema de distribución Oriflame sólo es necesario que un "Socio" existente, actuando como auspiciador invite a un tercero a hacerse "Socio". Este debe llenar una solicitud, firmar el Convenio por el cual se somete a respetar ciertas reglas objetivas, adjuntar fotocopia de su cédula de identidad y hacer llegar su solicitud a Oriflame. Cumplidos estos requisitos sin más, se acepta la incorporación y la persona se convierte en "Socio", lo que le da derecho a adquirir nuestros productos para su uso personal o para su reventa, y para actuar como "auspiciador" de otros,

2.3.3.- El Convenio firmado por los socios al incorporarse a Oriflame, tiene las siguientes características:

- a) No establece una relación de dependencia entre Oriflame y el Socio, ni de los Socios entre sí;
- b) Tiene vigencia indefinida sin perjuicio de la obligación del "Socio" de efectuar al menos una compra al año;
- c) Es de carácter innominado;
- d) Obliga a Oriflame, vender al "Socio" los productos en determinadas condiciones de precio y de pagarle el incentivo monetario a que puede acceder en la medida que se cumplan los requisitos que se establecen en el Convenio;
- e) Obliga al Socio a someterse, en su caso, al sistema establecido en el "Programa del Exito", y los derechos correlativos de ambas partes;
- f) Establece ciertas reglas y exigencias razonables y objetivos tendientes a impedir un aprovechamiento ilícito de las ventajas, infraestructura y garantías otorgadas por la empresa al Socio.

Las dos últimas características son a juicio de Oriflame claves para el éxito del negocio, y constituyen a su vez disposiciones tendientes a beneficiar con una legítima protección de seriedad a ambas partes.

Las otras reglas y condiciones que se pactan dicen relación con un desempeño por parte del Socio conforme a las normas del "Programa del Exito" que cuidan de fortalecer la imagen y prestigio de la marca y productos Oriflame, procurando impedir confusión en los consumidores acerca de sus características, ventajas y beneficios, en forma honesta, responsable y cumplidora de todas las disposiciones aplicables (Código de Ética del "Programa del Éxito", página 32); y a la vez evitar la competencia desleal, así como los perjuicios que para Oriflame puede significar el uso por parte del Socio de la infraestructura, informaciones, esquemas de trabajo que se le proporcionan en forma gratuita y sin costo para éste y demás costos de implementación soportados por la empresa. En ningún caso las reglas o condiciones se traducen en exigencia de exclusividad de dedicación del Socio.

2.4.- La cláusula novena del Convenio, discutida por el consultante Sr. Vermehren, si bien impone ciertas exigencias o deberes, a juicio de Oriflame, se ajustan a condiciones generales, objetivas y razonables, y respecto de las cuales el interesado en incorporarse como Socio, las acepta y suscribe en forma libre y voluntaria, sin que por el hecho de establecer exigencias de un correcto actuar se incurra "per se" en una conducta que atenta contra la libre competencia.

En este sentido señala que el consultante presenta en forma sesgada la cláusula, indicándola en forma incompleta, pretendiendo así aprovecharla en su propio beneficio. En concreto, la cláusula dice textualmente lo siguiente:

"Queda especialmente prohibido al Socio(a) realizar cualquier otra actividad, que por su naturaleza signifique o pueda significar competir con las actividades propias de Oriflame, sea a título personal o por medio de un tercero, por cuenta propia o ajena, incluyendo la participación en otras empresas cualquiera sea su especie. En razón de lo anterior, el Socio(a) no podrá aprovecharse de una actividad organizada especialmente para promover productos Oriflame, ni de los esfuerzos, infraestructura o recursos de ésta o de otros socios para promover o vender otros productos. La infracción anterior, será causal suficiente para la cancelación inmediata de los derechos y calidad de Socio(a) a juicio exclusivo de Oriflame y facultará a Oriflame para ejercer las acciones legales que puedan corresponder" (El subrayado es de Oriflame y corresponde a la parte omitida de la transcripción de la cláusula que hace el consultante)

Conforme al texto citado, el objetivo perseguido a través de esta convención voluntariamente suscrita por el interesado, es impedir que este último adquiera un compromiso sin la suficiente responsabilidad y seriedad, con el único y exclusivo ánimo de lucrar a costa del trabajo e inversión de otros. En efecto, frente a un interesado que desea incorporarse como Socio, se le exige al menos un cierto grado de seriedad y responsabilidad con respecto al compromiso que adquiere, de modo tal que después de capacitarlo, entregarle materiales, y otorgarle rebajas en la compra de productos, no se aproveche ilícitamente en favor de terceros de la información y esquemas de trabajo proporcionados en forma gratuita, ni tampoco del enorme esfuerzo e inversión realizado por la empresa en desarrollar y mantener sus estructuras de venta.

2.5.- Asimismo destaca que esta Comisión, a través de diferentes dictámenes, ha validado la comercialización y distribución de productos bajo el sistema de venta directa usado por Oriflame. En efecto, por Dictamen N° 922, de 23 de Diciembre de 1994, ante una consulta de la empresa Amway Corporation concluyó principalmente lo siguiente:

"A la luz de la jurisprudencia de más reciente data como la indicada anteriormente (dictámenes Nros. 808 y 833), el sistema de ventas consultado por Amway no merece reparos desde el punto de vista del Decreto Ley No 211, de 1973, por cuanto se trata de productos en que existe una fuerte competencia, entre marcas".

Los citados dictámenes Nros. 808 y 833 constituyen un claro cambio de la jurisprudencia anterior de la Honorable Comisión Preventiva Central, y consagran la validez y legalidad de las cláusulas en que se establecen exigencias y condiciones objetivas y razonables para vincularse comercialmente con una empresa, toda vez que para esta Comisión lo importante y relevante es que: *"en un determinado mercado exista competencia en la producción o prestación de bienes y servicios, toda vez que es precisamente la libre competencia en las actividades económicas el bien jurídicamente protegido por esta legislación y la finalidad última de sus normas "*

2.6.- Finalmente, a juicio de Oriflame, sólo cabe concluir que conforme a los antecedentes expuestos y documentos que se acompañan, la conducta de su representada y específicamente el contenido del Convenio se ajusta plenamente a la legalidad vigente y no constituye atentado alguno a los principios de la libre competencia consagrados en el D.L. N° 211, de 1973, razón por la cual se solicita que así sea expresamente declarado.

3.- Por oficio N° 60, de 19 de Marzo de 1998, el Sr. Fiscal Nacional Económico informó a esta Comisión sobre la Consulta de don Fernando Pino V. acerca de la legitimidad de la prohibición impuesta por Oriflame a sus socios de participar en otra empresa de venta directa multinivel. En conocimiento de la existencia de otra consulta sobre la misma materia; la Comisión propuso al Sr. Fiscal Nacional la posibilidad de acumular los expedientes.

4.- Por oficio N° 199, de 9 de Julio de 1998, el Sr. Fiscal Nacional Económico informó que analizados en conjunto los antecedentes que se refieren a la presentación del Sr. Vermehren, Rol N° 93-97 CPC y la consulta del Sr. Pino, Rol N° 7-95 CPC relativos a la materia que indica el numeral precedente, resolvió acumular al actual Rol N° 93-97 CPC el expediente Rol N° 7-95 CPC e informar conjuntamente ambos roles.

5.- Del análisis de todos los antecedentes que conforman este expediente, es posible formular las siguientes consideraciones:

5.1.- Las empresas adoptan diversas estrategias de comercialización y distribución de sus productos en función de los beneficios y los costos de implementación de un sistema respecto de otros, dadas las políticas generales establecidas en relación al mercado.

Como sabemos la distribución exclusiva esta puede adoptar dos formas: la primera consiste en la concesión, por parte de un productor y/o proveedor, de la distribución de los productos que fabrica o distribuye a un solo vendedor. La segunda se da cuando un productor vende sus productos a varios distribuidores bajo el compromiso de que estos últimos no vendan productos sustitutos de aquellos.

Los pronunciamientos de esta Comisión han establecido que "si bien la distinción que se ha formulado hasta la fecha, entre distribución por reventa y distribución por mandato, conserva validez desde el punto de vista de la legislación común, en cuanto tiene su origen en la diferencias que existen entre el contrato de compraventa y el contrato de mandato, lo cierto es que para la legislación aprobada por el Decreto Ley N° 211, lo relevante es que en un determinado mercado exista competencia en la producción o prestación de bienes y servicios, toda vez que es precisamente la libre competencia en las actividades económicas, el bien jurídicamente protegido por esta legislación y la finalidad última de sus normas". (Dictámenes N° 808 y N° 833, de 11 de Junio y 6 de Noviembre, ambos de 1992, de la Comisión Preventiva Central)

5.2.- Las obligaciones de carácter general que se imponen al distribuidor, "asociado" o "socio" en el caso de autos, destinadas a mantener la imagen de la marca son necesarias, ya que las marcas constituyen una inversión y un valor económico para las empresas, por lo que es correcto establecer en los contratos de distribución resguardos para la imagen de la marca y para el canal de distribución en sí mismo.

6.- No obstante lo expuesto en el numeral precedente, esta Comisión estima que no resulta razonable imponer limitaciones tan amplias como las establecidas en las siguientes cláusulas:

a) En la cláusula novena del Convenio de Incorporación de Oriflame se expresa:

“ Queda especialmente prohibido al Socio(a) realizar cualquier otra actividad, que por su naturaleza signifique o pueda significar competir con las actividades propias de Oriflame, sea a título personal o por medio de un tercero, por cuenta propia o ajena, incluyendo la participación en otras empresas cualquiera sea su especie...”

b) Tampoco, resulta conveniente la consignada en el numeral 26 de las “Reglas de conducta y procedimientos generales del socio Oriflame” contenida en el Programa del Éxito, también de Oriflame que señala respecto del “socio distinguido”:

“ Si el cónyuge del Socio es representante de cualquier otra compañía de venta directa, el cónyuge no podrá participar en las actividades de Oriflame y las actividades del cónyuge no deberán mezclarse con aquellas de Oriflame”

6.1. En ambos casos, las prohibiciones impuestas a los “asociados” o “socios” consumidores y/o distribuidores de Oriflame, empresa de venta directa que comercializa productos bajo el sistema multinivel, de participar en otra empresa de venta directa, como consumidores o distribuidores, constituyen una infracción al Decreto Ley N° 211, de 1973, de defensa de la libre competencia.

6.2. Por lo tanto, esta Comisión objeta las cláusulas citadas y resuelve que sólo pueden imponerse las restricciones a que se refieren las letras a) y b), al “socio” o “asociado” a Oriflame, a título personal y respecto de empresas que se dediquen al mismo rubro, dada la alta competencia de este mercado.

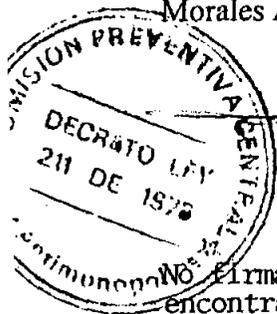
6.3. Además, la prohibición antes descrita, sólo debe aplicarse al “asociado” o “socio” que ha calificado como “socio distinguido”, y ésta debe aplicarse a él y no a su cónyuge; puesto que, cualquier prohibición en ese sentido no es razonable y es contraria al Decreto Ley N° 211, de 1973.

6.4. Del mismo modo, se reprocha, desde el punto de vista de la libre competencia, la actitud asumida por Oriflame al negar la venta de sus productos a sus socios o asociados a su empresa, sin expresión de causa, como consta de los documentos acompañados en autos. La negativa de venta “injustificada” lesiona la libertad de los individuos de competir y acceder a un mercado determinado, perjudicando a personas que teniendo capacidad y voluntad de competir en este mercado de la reventa de productos de cosmética y maquillaje, se ven impedidas de hacerlo por un acto unilateral y discriminatorio de Oriflame.

Por lo anterior, esta Comisión estima que Oriflame debe indicar claramente, cuál es la causal por la cual sus asociados dejan de pertenecer a ella, junto con acompañar antecedentes que acrediten que la causal se ha producido; advertencia que Oriflame debe consignar en el Convenio de Incorporación, tantas veces citado. Una vez rectificadas los convenios, al tenor del presente dictamen, un ejemplar de ellos deberá ser remitido a esta Comisión Preventiva Central.

Notifíquese al Sr. Fiscal Nacional Económico, a los consultantes Sres. Pino y Vermehren, y a Oriflame de Chile S.A.. Transcribese a Amway Corporation.

Este dictamen fue acordado en sesión de 17 de Julio de 1998, de esta Comisión Preventiva Central, por la unanimidad de sus miembros presentes señores Eugenio Rivera Urrutia, Presidente; Pablo Serra Banfi, Lucía Pardo Vásquez, Rodemil Morales Avendaño y don Carlos Castro Zoloaga.



No. Firma don Pablo Serra Banfi, no obstante haber concurrido al acuerdo, por encontrarse ausente. *M. Angelica Orjov...*