

C.P.C 1286 /

ANT.: Consulta de la Cámara Nacional de Comercio Automotriz de Chile, CAVEM A.G.

Rol N° 155-00 C.P.C. y N° 329-00 FNE

MAT.: DICTAMEN..

Santiago, 05 MAR 2004

1.- Don Raúl Dell'Oro Crespo, en representación de la Cámara Nacional de Comercio Automotriz de Chile, CAVEM A.G., formuló una consulta ante esta Comisión acerca de la legitimidad de ciertas cláusulas, condiciones o procedimientos contenidos en los contratos que reglan la relación entre importadores y concesionarios de vehículos motorizados, las que, a su juicio, contravendrían las normas del Decreto Ley N° 211.

2.- Al efecto, señala que en las últimas décadas, la actividad económico-comercial desarrollada por los concesionarios automotrices se ha estructurado, en el plano jurídico, fundamentalmente sobre la base de un contrato de adhesión (escrito o meramente verbal), elaborado por el importador, quien, para obtener su conformidad, se ha valido de la posición monopólica y/o dominante que posee respecto de la marca que representa. Por otra parte, a aquellos concesionarios que se han comprometido económicamente en la actividad, realizando fuertes inversiones, les resulta difícil retirarse y desempeñarse en otra actividad.

3.- Las cláusulas y/o condiciones de venta consultadas son las siguientes:

- **Cláusula en que el importador formula una oferta de vehículos con indicación de precio y condiciones de pago, sin obligarse a cumplirla en caso de ser aceptada.** A juicio del consultante, esta cláusula contraviene las normas mínimas de la formación del consentimiento de todo contrato bilateral y, en definitiva, constituye una barrera que impide, dificulta o entorpece la actividad comercial del concesionario.

- **Cláusula en que el importador se reserva el derecho de vender directamente al público.** La consultante señala que los importadores, amparados en esta cláusula, venden a precios inferiores o en condiciones más ventajosas que los que podría ofrecer su red de concesionarios, a quienes el mismo importador ha

fijado un precio base fundado en razones que no guardan ninguna relación con diferencias en los costes. Así, en la práctica el importador se estaría quedando con lo que se denomina "excedente del consumidor" (diferencia entre precio de mercado y precio máximo que se estaría dispuesto a pagar), que en este caso correspondería al excedente del concesionario.

Estima el consultante que esta situación implica discriminación arbitraria y competencia desleal, fruto del abuso de posición monopólica y/o de posición dominante del importador. Al efecto, cita las Resoluciones Nos. 9, 171 y 371, de la H. Comisión Resolutiva, que habrían determinado que tal conducta constituye discriminación que atenta contra la libre competencia y hace presente que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha sostenido criterios similares.

A su juicio, tal infracción es más clara cuando la actividad del concesionario está restringida a la venta exclusiva de una marca y en una zona geográfica determinadas.

Agrega que si bien en los últimos años se han emitido dictámenes y resoluciones que aceptan los descuentos diferenciados, ello ha ocurrido en el caso de empresas que no son capaces de prestar similares servicios, lo que no ocurre en la especie. Esta situación se vería agravada por el hecho que los importadores sugieren o fijan, a los concesionarios, el precio de venta al público, conducta también sancionada por la jurisprudencia (Resoluciones Nos. 9, 19, 56, 214 y 545).

- **Rebaja unilateral por el importador, del margen ya acordado de ganancia del concesionario, respecto de vehículos comprados por éste para su reventa**, sin otorgarle ningún tipo de ventaja o contraprestación, lo que importaría un arbitrio que perjudica al concesionario y limita indebidamente la libre competencia.
- **Cláusula que impone exclusividad al concesionario con respecto a la venta de determinada marca y/o dentro de un territorio prefijado**, lo que limita su giro económico-comercial y equivale a imponer una suerte de barrera a la entrada, que restringe o limita la competencia en el mercado de que se trata. También dificulta, en principio, que se genere una oferta mayor con precios menores para el público.
- **Imposición, por el importador, de venta de determinada marca de lubricante**, cuyo precio, muchas veces, es mayor que el de otro que cumple con iguales especificaciones técnicas, creando con ello una especie de barrera de entrada, que imposibilita o dificulta el ingreso de otras empresas en determinado mercado, y que, además, constituye "venta atada", figura considerada como una conducta ilegítima y discriminatoria, que atenta contra la libre competencia.

- **Cláusula arbitral con designación expresa y anticipada del árbitro.** La doctrina desarrollada por los organismos antimonopolios considera que si bien dichas cláusulas son permitidas, por razón de justicia material, el árbitro debe ser designado de común acuerdo, por la Justicia Ordinaria o por un ente especializado sobre Arbitraje y no es aceptable que su nombre aparezca impreso en los contratos de adhesión redactados por el importador. También se ha establecido que no puede estipularse que no procederá recurso alguno en contra del fallo de un árbitro, pues siempre es procedente el de queja (Dictamen N° 770).

4.- La consultante estima que todas las situaciones antes mencionadas se explican y fundamentan en la figura de abuso de posición dominante, que se encuentra tipificada en los artículos 6° y 8° del DL 211, diferenciándola de las prácticas restrictivas tradicionales mencionadas en los artículos 1° y 2° del mismo texto. Agrega que la jurisprudencia nacional sobre esta materia ha determinado que aquellas conductas de abuso de posición dominante o monopólica perpetradas en perjuicio de los competidores se fundamentan en la letra f) del Art. 2° del DL 211 y se ha apoyado en el Art. 6° respecto de aquéllas que han perjudicado directamente a un usuario o consumidor final.

Concluye solicitando que esta Comisión declare, de conformidad con las disposiciones mencionadas precedentemente, que las cláusulas, condiciones o procedimientos cuestionados en su presentación atentan contra dicho cuerpo legal, razón por la cual no pueden ser incorporados a un contrato de concesión automotriz y, de existir en alguno, se tendrán por no escritos, sin perjuicio de las sanciones legales que correspondan al autor de los mismos.

5.- La Fiscalía Nacional Económica, informando, señala que se decretó la reserva de la investigación, "en razón de la información evacuada y de la naturaleza de la causa", lo que fue comunicado a la H. Comisión Resolutiva por oficio que rola a fs. 55 y se solicitaron copias de los contratos de concesión vigentes con sus concesionarios a las siguientes empresas distribuidoras de vehículos:

1. Ford Chile Ltda.,
2. Honda Motor de Chile S.A.,
3. Automotores Gildemeister S.A. (Hyundai),
4. Diasa S.A. (Kia),
5. Mazda Chile S.A.,
6. NMC Chile S.A. (Mitsubishi),
7. Nissan Marubeni Ltda,
8. Nissan Cidef,
9. Peugeot Chile S.A.,
10. Renault,
11. Indumotora Automotriz S.A., (Subaru),
12. Derco S.A. (Suzuki),
13. Toyota Chile S.A.,
14. Maco Industrial y Comercial S.A. (Volkswagen y Audi),
15. General Motors Chile S.A.,
16. Daewoo Motors Chile S.A.,
17. Citroen Chilena S.A.,
18. Comercial Chrysler S.A.,
19. Comercial Itala S.A. (Fiat y Alfa Romeo) y
- 20.-Daihatsu Automotriz Chile S.A. Además, se tomó declaración a concesionarios

de diversas marcas de vehículos motorizados, las que rolan de fs. 436 a 457 de estos autos.

6.- Según el informe, el mercado relevante está compuesto por todas las marcas de automóviles que se comercializan dentro del territorio nacional, con excepción de aquéllas que se comercializan en las ciudades que gozan de la categoría de zona franca (Iquique y Punta Arenas). Agrega el informe que, no obstante la abundante jurisprudencia existente relacionada con las cláusulas y condiciones de venta consultadas, y después de analizar los contratos referidos y de definir el mercado relevante, la Fiscalía decidió efectuar un estudio general del mercado automotriz con el objeto de determinar si éste últimamente había experimentado cambios significativos.

7.- Para tales efectos, solicitó a las empresas mencionadas precedentemente, informaciones referidas a: tipo de contrato celebrado por el importador con la casa matriz; precios y condiciones de pago de compras efectuadas a ésta desde 1997 a la fecha; detalle de las ventas efectuadas, tanto en forma directa como a concesionarios o a través de éstos, de los dos últimos años y nómina de sus distribuidores, a partir de 1997. Asimismo, se ofició a más de 100 concesionarios de las distintas marcas de vehículos, solicitándoles informar sobre: condiciones de compra (plazos de pago, descuentos, etc.) de los vehículos al o los importadores; detalle de las ventas mensuales, por marca y modelo, en cifras y volúmenes, correspondientes a los años 2001 y 2002, separando los vehículos nuevos de los usados; restricciones impuestas por los importadores que no figuren en los contratos escritos; estructura accionaria, con indicación individualizada de quienes son los accionistas y la proporción de capital suscrito por cada uno de ellos.

8.- Con la información reunida y del análisis jurídico y económico de la información la Fiscalía señala que:

- De los 20 importadores requeridos, 12 cuentan con contratos escritos con sus concesionarios. No los tienen: Diasa S.A., Mazda., Renault, Indumotora Automotriz S.A., Daihatsu, Derco S.A., Maco y Citroen, quienes remitieron sus condiciones generales de venta.

- Los contratos en cuestión, en su gran mayoría son contratos de compraventa, esto es, el distribuidor adquiere el vehículo para su reventa y tiene la calidad de concesionario o distribuidor oficial de la marca. En algunos casos operan conjuntamente la compraventa y la consignación, calidades que pueden darse en un mismo distribuidor o en distribuidores distintos. Hay un caso de sólo consignación ((Nissan Marubeni) y otro que es un contrato de Agencia Mercantil (Cidef S.A.). A veces los distribuidores también están encargados del servicio técnico autorizado.

- La mayor parte de los contratos analizados contiene las siguientes restricciones verticales, que normalmente constituyen una extensión de las que imponen las casas matrices extranjeras a los importadores:

- asignación de territorio exclusivo: Automotores Gildemeister, Peugeot, Daewoo. MMC Chile S.A., Cidef (tiene la calidad de agente), Comercial Itala y Chrysler.

- Prohibición de comercializar otra marca sin consentimiento previo: Peugeot, Daewoo, MMC Chile S.A., Cidef., Chrysler y Automotores Gildemeister (en este último caso es absoluta).

- Precios y condiciones de venta establecidos y/o sugeridos por el importador: Honda (listas de precios de referencia informados por Honda son las únicas que pueden ser publicadas y cualquier anuncio de oferta o descuento especial debe ser previamente autorizado por escrito por Honda, quien puede modificarlos sin previo aviso); Cidef (agente debe actuar según instrucciones en lo referente a precios, condiciones de pago, etc.), Automotores Gildemeister (obligación comercializar productos a precios, términos y condiciones sugeridos).

- Prohibición de compra de repuestos, partes o piezas de la competencia. Ford Motor, Cidef S.A., Automotores Gildemeister, General Motor.

- oferta no obligatoria para el importador (Gildemeister, MMC Chile S.A., Daewoo, Chrysler y Comercial Itala).

- Por otra parte, normalmente el importador se reserva el derecho a comercializar los vehículos y/o repuestos de los mismos, en forma directa, así como a proporcionar servicio técnico y de soporte: Ford Motor (se reserva derecho a vender partes y repuestos y prestar servicios a terceros); General Motor (derecho a vender directamente vehículos y repuestos); Citroen (venta directa en salones propios); Cidef (derecho a prestar directamente cualquier servicio requerido por un cliente en zona del agente); Automotores Gildemeister (derecho a comercializarlos directamente y proporcionar servicio técnico y de soporte); Peugeot (derecho a venta directa o por medio de cualquier sociedad especializada); Chrysler (venta directa), y Comercial Itala (venta directa).

9.- De acuerdo a la apreciación de la Fiscalía, las limitaciones en las diversas marcas son semejantes y la mayoría se enmarcan dentro de las restricciones normales que se establecen en los acuerdos de distribución exclusiva y selectiva de productos de marca que requieren de asistencia técnica, ya que su objetivo es, fundamentalmente, garantizar la imagen del producto, el servicio postventa y el cumplimiento de criterios técnicos.

10.- Para evaluar los efectos de estas restricciones sobre la competencia, señala el informe del Fiscal, y dado que los contratos examinados combinan diferentes restricciones, se requiere analizar el impacto global de todas ellas en su conjunto, no siendo suficiente el análisis del impacto individual de cada restricción.

Para ello, de acuerdo al informe, es necesario distinguir entre los casos en que las restricciones verticales tienen un efecto absoluto positivo de aquellos en los cuales el efecto es negativo.

11.- Normalmente, señala el informe, las restricciones verticales son introducidas para resolver problemas de coordinación en la fijación de precios y en la prestación de servicios. En el caso de la coordinación de precios, las restricciones verticales tendrán un claro efecto positivo cuando se apliquen en un mercado abierto y competitivo. Por el contrario, los efectos tenderán a ser negativos cuando la competencia sea débil en el segmento anterior y/o posterior del mercado, toda vez que, en tal caso, el fabricante o el distribuidor gozarán de cierto poder de mercado que les permitirá aplicar márgenes adicionales a sus respectivos costos (fenómeno de doble fijación de márgenes).

12.- La situación antes descrita no estaría ocurriendo en el caso chileno, de acuerdo con las estadísticas que se tienen al respecto. En efecto, del estudio sobre participación en el mercado de las distintas marcas se desprende que la competencia a nivel distribuidores es bastante alta, y que, en nivel de los importadores, si bien los índices de concentración obtenidos son marginalmente mayores a los índices de concentración de los distribuidores, éstos siguen siendo bastante bajos y sugieren un alto nivel de competencia.

13.- En el caso de la coordinación de servicios, las restricciones se aplican para evitar tanto los problemas de "apropiación" como el problema de "free-riding", los cuales surgen, precisamente, de la necesidad de los distribuidores de prestar servicios adicionales, tanto de postventa (tales como la garantía o el mantenimiento), como de preventa (básicamente proveyendo información y asistencia técnica a los posibles compradores). Problemas de "apropiación": se presenta si un distribuidor invierte en información de preventa a los consumidores o en mejorar sus instalaciones, la demanda de su producto se incrementará y con ello también se beneficiará, además de los consumidores, el fabricante, ya que éste, a su vez, podrá vender más productos al distribuidor. Por lo tanto, sin las restricciones verticales, el esfuerzo de ventas del distribuidor será inferior al que podría lograr si obtuviera todos los beneficios derivados de este esfuerzo adicional. Las restricciones verticales pueden ayudar a lograr resultados óptimos dentro de la estructura vertical, beneficiando también a los consumidores cuando existe una competencia activa entre diversas marcas.

Problema de "free-riding": se presenta cuando diversos minoristas venden la misma marca de un determinado producto en una zona determinada, las actividades para el fomento de las ventas realizadas por uno de ellos beneficia a todos los demás. Así, puede ocurrir que sólo uno de ellos realice la inversión en servicios de información o los gastos en publicidad y el resto invierta por debajo de lo óptimo en dichas actividades, aprovechándose así, gratuitamente, de los

servicios prestados por aquél. Este problema se soluciona con la asignación de territorios exclusivos por parte del productor.

14.- De lo anterior se desprende que, en lo que se refiere al mercado nacional automotriz, las restricciones verticales parecieran tener un efecto absoluto positivo, ya que estarían ayudando a mejorar la eficiencia económica a través de una mayor coordinación entre fabricantes y distribuidores y porque no se detecta la ocurrencia de las típicas consecuencias negativas que pueden traer estas restricciones, tales como: a.- la generación de carteles de importación o distribución, b.- cierre de mercados y c.- dilución de la competencia. La entrada de diversas marcas nuevas en los últimos años en el mercado nacional automotriz es un fuerte indicador de que no existen barreras a la entrada.

15.- El análisis del impacto que tienen las restricciones verticales sobre la competencia ha revelado la importancia fundamental de un elemento: el grado de competencia entre diversas marcas. La existencia de una estructura de mercado que permita un nivel suficiente de competencia en la importación o la distribución determinará el efecto neto de las restricciones verticales sobre la competencia. En el caso chileno, tanto respecto de la importación como de la distribución, se obtuvieron índices de Herfindahl que demuestran mercados no concentrados, lo que sugiere una estructura de mercado competitiva.

16.- En atención a al análisis precedente, la Fiscalía Nacional Económica, frente a la denuncia formulada, concluye lo siguiente:

- El mercado automotriz chileno tiene un alto grado de competencia, siendo considerado como uno de los más competitivos del mundo, ya que, en la actualidad, cuenta con más de 30 marcas y alrededor de 450 modelos y se proyecta la llegada al país de nuevas marcas europeas, americanas y asiáticas. La principal razón de ello es la apertura comercial, ya que los aranceles más altos alcanzan al 6%, contra 35% en otros países.

- Dadas las condiciones del mercado chileno, es posible concluir que las restricciones verticales analizadas, establecidas en los contratos entre importadores y concesionarios, han tendido más bien a incrementar beneficios obtenidos mediante las estructuras verticales que a aumentar sus desventajas. Asimismo, puede inferirse que aquéllas han estimulado el acceso de otros productores y distribuidores al mercado, aumentando y fomentando la eficiencia en el largo plazo.

- En relación con las cláusulas y/o condiciones de venta consultadas, concluye que:

Tanto la cláusula en que el importador formula una oferta de vehículos sin obligación de cumplirla en caso de ser aceptada como aquélla que designa el

árbitro, no dicen relación con problemas de competencia, razón por la cual no corresponde a este organismo pronunciarse sobre el particular.

Con relación a la **fijación, por el importador, de precios de venta a público**, ésta no presenta problemas en un mercado con fuerte competencia entre marcas, como el chileno. De hecho, muchas veces lo que buscan los importadores con tal medida es disminuir la competencia intramarcaria para enfrentar mejor la competencia intermarcaria.

- Respecto de la cláusula en que el importador se reserva el derecho de **venta directa al público**, ya sea de los vehículos o de las piezas y repuestos, cada fabricante o importador es libre para comercializar los bienes que produce o importa del modo que más convenga a sus intereses, siempre que no discrimine entre sus compradores y exista transparencia en cuanto a las condiciones de comercialización, esto es, que su sistema sea público y de general aplicación, (Dictámenes Nos. 653, 657, 666). Por tanto, es legítimo que venda simultáneamente a través de concesionarios y en forma directa a público. Sin embargo, señala la Fiscalía, cuando el distribuidor mayorista vende a través de **concesionarios autorizados y también directamente a público**, en las ventas efectuadas a este último, especialmente en aquellos casos en que a los concesionarios se imponen restricciones tales como asignación de territorio, prohibición de comercializar otra marca y fijación de precios de venta, no deben aplicarse condiciones más ventajosas que las fijadas a sus concesionarios, situación que deberá analizarse en cada caso concreto que se consulte.

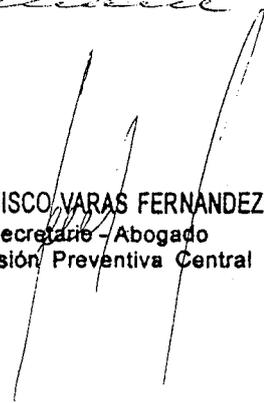
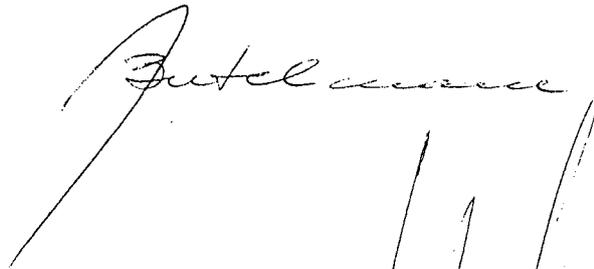
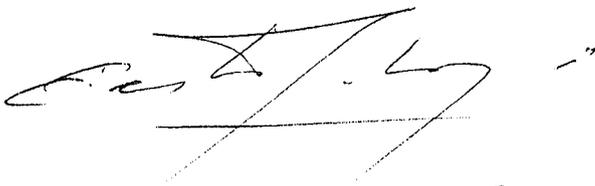
17.- No obstante lo expuesto, a juicio de la Fiscalía Nacional Económica es objetable desde el punto de vista de la competencia, la imposición al concesionario de venta de un lubricante de una marca determinada para los vehículos así como la exigencia de adquirirlo del importador, por cuanto dichas restricciones no tienen como objeto garantizar la imagen del producto, el servicio de postventa y el cumplimiento de criterios técnicos. Si bien esta restricción constitutiva de "**venta atada**", no figura en los contratos celebrados entre los importadores y los concesionarios, ha sido mencionada en declaraciones de concesionarios y se encuentra contenida en un contrato sometido a la consideración de la Fiscalía, que se informa en forma separada. Tal conducta no se justifica, dada la existencia en el mercado de lubricantes de diversas marcas que cumplen semejantes condiciones técnicas y de calidad.

En suma, junto con proporcionar los antecedentes antes expuestos, la Fiscalía es de opinión que, salvo la observación indicada en el párrafo precedente, las condiciones establecidas en los contratos entre importadores y concesionarios de vehículos motorizados no merecen mayores reparos, desde el punto de vista de las normas sobre libre competencia.

18.- teniendo a la vista los antecedentes, y analizado el acabado informe de la Fiscalía, esta Comisión, atendida la estructura del mercado automotriz chileno, ampliamente diversificado tanto en lo que respecta a marcas, como a importadores, concesionarios y distribuidores, comparte las conclusiones de la Fiscalía, incluida aquella que se denuncia como atentatoria a la formación del consentimiento puesto que tal materia está regulada en una legislación especial, al igual que el tema del arbitraje, que es materia de otras instancias. En lo que dice relación con la imposición observada en ciertos contratos referida a lubricantes de marcas determinadas, esta Comisión acoge la observación de la Fiscalía dado que tal imposición no tiene por objeto preservar la calidad de la marca, o resaltar la misma o su cadena de distribución por lo cual debe excluirse de los contratos y de la prácticas comerciales.

Notifíquese y archívese en su oportunidad.

El presente dictamen fue acordado en la sesión del día 30 de enero de 2004, por la unanimidad de los concurrentes, señora Andrea Butelmann Peisajoff, Presidenta, José Yáñez Henríquez y Carlos Castro Zoloaga.



FRANCISCO VARAS FERNANDEZ
Secretario - Abogado
Comisión Preventiva Central