

RESOLUCION N° 324

Santiago, once de julio de mil novecientos ochenta y nueve.

V I S T O S:

1.- De fs. 16 a 20, la Sociedad "Importadora y Exportadora Panimex (Chile) Limitada" formuló una denuncia en contra de ESSO-Chile S.A. Petrolera, porque, a su juicio, ésta ha incurrido en conductas cuya finalidad ha sido restringir la libre competencia en el mercado de los plastificantes derivados de los denominados "ésteres ftálicos".

Tales plastificantes son productos que se disuelven o se mezclan con varios materiales a los que, como su nombre lo indica, les dan plasticidad o flexibilidad para elaborarlos. Los de mayor aplicación son los ésteres del ácido ftálico.

El mercado chileno requiere aproximadamente 5.000 toneladas al año. Los principales usuarios son: Madeco y Cobre Cerillos S.A.; Goodyear; Bata y otras fábricas de zapatos; Plásticos Shyf y fabricantes de plásticos, en general; Pizarreño; etc.

Afirma el denunciante que el mercado nacional era abastecido, hasta el mes de Diciembre de 1986, por sólo dos productos: ESSO-Chile y Resinas Arica S.A. Esta, preferentemente, exportaba su producción a Perú y Bolivia.

ESSO-Chile - agrega -cubría entre el 70 y el 80% del mercado, mediante la producción de "di-octil-ftalato" ó "D.O.P.". El consumo del resto se satisfacía mediante importaciones realizadas principalmente por ESSO y por PANIMEX.

Sin embargo, a contar de Diciembre de 1986, PANIMEX comenzó a fabricar en Chile "di-isodecil-ftalato", ó "D.I.D.P.", el cual es también un plastificante de éster-ftálico, similar al D.O.P., con usos también parecidos.

Asevera PANIMEX que al ingresar ella al mercado, la denunciada importó alrededor de 430 toneladas del producto D.O.P.,

sucedáneo e igual al D.I.D.P., desde su casa matriz en EE.UU. (EXXON). El precio, en su opinión, fue muy por debajo del precio internacional e inferior al de algunas importaciones aisladas que ESSO efectuó desde Argentina y Venezuela.

A juicio de PANIMEX, esta significativa importación de ESSO, (normalmente importaba entre 60 y 90 toneladas mensuales) a un precio menor que el usual, ha tenido como única finalidad sacar del mercado a PANIMEX mediante un "dumping" internacional, para lo cual ESSO se ha concertado o coludido con su casa matriz.

Otro reproche que hace a ESSO es el haber enviado a sus clientes un contrato que contiene una cláusula por la cual se establece que ESSO queda facultado para igualar cualquiera oferta que otro fabricante o proveedor haga al cliente.

- 2.- De fs. 44 a 46, la denunciante acompañó nuevos antecedentes tendientes a demostrar que el valor al que importa ESSO desde EE.UU. es inferior a los costos del proveedor norteamericano.
- 3.- A fin de estudiar la admisibilidad de la denuncia, esta Comisión, a fs. 20 vta. dispuso que informara previamente al señor Fiscal Nacional Económico.
- 4.- A fs. 58 corre ORD. N° 1269, de 27 de Octubre de 1967, por el cual emite su informe el señor Fiscal Nacional.

Expresa que el análisis de los antecedentes permite concluir que la conducta denunciada podría tipificar una figura restrictiva de la libre competencia de "dumping internacional", facilitada por la relación existente entre el exportador y el importador en Chile, lo que permitiría a éste vender a un precio que no admitiría competencia.

Esta denuncia, desde tal punto de vista, quedaría comprendida dentro del ámbito de la Ley N° 18.525, por lo que el denunciante debería dar cuenta de esta situación al Departamento de Política Comercial, dependiente de la Dirección de Comercio Exterior del Banco Central de Chile, para que fuese analizada por la Comisión creada por el artículo 11 de dicha ley y, si procedie

re, aplicar las sobretasas arancelarias y/o valores aduaneros mínimos a las importaciones del producto de que se trata.

De todas maneras, a juicio del señor Fiscal, esta Comisión, también puede conocer de la denuncia, en conformidad con el artículo 1º del Decreto Ley N° 211, de 1973, en concordancia con los artículos 6º y 17º del mismo, ya que corresponde a los organismos creados por el citado cuerpo legal, prevenir, investigar, corregir y sancionar los atentados a la libre concurrencia, tanto, en las actividades económicas de carácter interno como en las relativas al comercio exterior.

Así, si se logra demostrar que la conducta denunciada ha tenido por objeto eliminar del mercado a la denunciante, o restringir o entorpecer ilícitamente su actividad económica, la Comisión puede adoptar alguna de las medidas contempladas en el artículo 17º del citado decreto ley, porque las acciones, aun cuando se hubieren adoptado en el exterior, al producir efectos en Chile, caerían dentro de las normas del Decreto Ley N° 211, de 1973, en conformidad con los artículos 14 y 16 del Código Civil.

5.- A fs. 93, ESSO Chile Petrolera Limitada evacúa el traslado que se le confirió.

A) Califica de falsa a la denuncia, pues, a raíz de una escasez internacional del producto (plastificante), detectada durante 1986, se originó una fuerte presión en el mercado interno, de la cual se benefició la propia sociedad denunciante, ya que continuó siendo abastecida por ESSO Chile, a pesar del desabastecimiento que había en el mercado.

Fue así como ESSO, en forma absolutamente extraordinaria, debió importar el producto desde Argentina en el mes de Noviembre de 1986.

Su precio (US\$ 900 la tonelada) también fue excepcional, tanto que el Banco Central lo objetó y debió explicársele la situación imperante en el mercado. ESSO Chile efectuó esta importación con el único objetivo de no dejar desabastecido el mercado nacional.

En cuanto a la supuesta importación desde Venezuela, si bien se abrió el registro respectivo, no llegó a materializarse;

B) Añade que, en Septiembre de 1986, o sea, tres meses antes que Panimex iniciara su producción de D.I.D.P., ESSO importó 169 toneladas de D.I.O.P. a un precio de US\$ 600.- la tonelada, lo que acredita con la respectiva factura extendida por EXXON Chemical Trading Inc.;

C) Existe en EE.UU. una compañía EXXON que se dedica exclusivamente a efectuar el papel de "trader", la cual opera bajo el nombre anteriormente indicado, y cumple la función de cotizar y adquirir materias primas, también de terceros, a nivel internacional, como por ejemplo el D.O.P., fabricado por la compañía "Celanese Mexicana S.A.", para revenderlas posteriormente a diversos compradores, entre los cuales se incluyen otras empresas EXXON, como es el caso de ESSO Chile.

También existe en EE.UU. la "EXXON Chemical Americas", la cual no produce D.O.P., sino otros plastificantes similares, como lo son el D.I.O.P. y el D.I.N.P., los que comercializa tanto en el mercado interno de EE.UU. como en los mercados internacionales.

La comercialización efectuada por ambas empresas EXXON, tanto en EE.UU., como en otros países, se hace a precios competitivos dentro de los respectivos mercados.

En consecuencia, jamás ha sido la intención de ESSO Chile, ni de la Compañía "trader", ni de EXXON Chemical Americas de concertarse o coludirse para desplazar a Panimex del mercado chileno, ya que la importación de Diciembre de 1986 (430 toneladas) reflejó una legítima operación comercial de importación de plastificante, en la cual su valor correspondió a un monto absolutamente acorde con el existente en Chile y en el mercado internacional.

Hace notar al respecto que en la misma fecha de la supuesta infracción cometida por ESSO Chile, hubo importadores locales que adquirieron el producto más barato que esta empresa.

Objeta que la comentada importación de Diciembre de 1986 se haya hecho a un precio especialmente bajo (US\$ 650 la tonelada), ya que, en esa misma fecha, EXXON también exportó sus productos a otros países a precios similares a los impugnados. Acompaña documentos para comprobar su aserto.

D) Señala, por último, que tiene gran relevancia el hecho de que el precio que cobró ESSO Chile al vender los plastificantes en el mercado nacional, resultó estar dentro de los valores imperantes en este mercado, y a precios absolutamente competitivos, lo que significó que, en ningún caso, los precios nacionales bajarán. Esto es así, ya que salvo un pequeño ajuste efectuado en Abril de 1987, entre Octubre de 1986 y el mencionado mes, los precios aumentaron en un 11,3%, como promedio ponderado; y en un 7,1%, en términos nominales. A su juicio, debe también considerarse que en la misma época en que fue recibida la importación de Diciembre de 1986, los precios ofrecidos por Panimex fueron inferiores, a los de ESSO Chile y, hasta la fecha de su presentación (Noviembre de 1987), Panimex todavía ofrecía plastificante a precios inferiores a los de la denunciada.

Acompaña documentación para acreditar sus aseveraciones.

Solicita, en definitiva, rechazar la denuncia.

- 6.- A fs. 121 se recibió la causa a prueba.
- 7.- A fs. 140, y siguientes, por la parte denunciante, deponen los testigos señores Alejandro Parodi Arriagada, (fs. 140); Diego Baraña Pincetti (fs. 142) y Juan Carlos Fanjul Herman (fs. 145).
- 8.- A fs. 154 y siguientes declaran los testigos de ESSO Chile, señores Adán Juan Kripel Prostecka (fs. 154); Mario Carlos Antúnez Valdivieso (fs. 157) y Juan de Dios Fernández Philippi (fs. 184).
- 9.- La denunciante, con posterioridad a su denuncia presentó escritos a fs. 198, 274, 283 y 663, por los cuales objetó los documentos acompañados por ESSO Chile, acompañó documentos por su parte, solicitó el envío de diversos oficios y formuló observaciones.

Especial hincapié, hace en lo que denomina "cláusulas de amarre" (fs. 663), introducidas por ESSO Chile a sus contratos de suministro, impuestas a sus compradores habituales y destinadas a impedir que surgieran nuevos competidores en el mercado de los plastificantes, y que ESSO, defendiéndolas, las llama

"cláusulas de Primera Opción", o "First Refusal" o "Competitive Offer".

En opinión de Panimex, estas cláusulas constituyen una convención que atenta "per se" contra la libre competencia, ya que "amarran" a los usuarios, impidiéndoles recurrir a otro proveedor, porque es obvio que ESSO estaría siempre en situación de igualar cualquier precio serio de otro oferente.

Concluye afirmando que la jurisprudencia reiterada de esta Comisión jamás ha convalidado este tipo de cláusulas que, de aceptarse, echarían por tierra no sólo la libre competencia, sino la posibilidad de emprender actividades económicas, garantizada por la Constitución Política.

10.- La parte denunciada, con posterioridad a su contestación, presentó escritos a fs. 194, 298, 308, 322, 328, 514, 594 y 651 por los cuales acompañó documentos, solicitó oficios y formuló observaciones a los escritos de la parte contraria.

Defiende (fs. 514) la legalidad de las denominadas "cláusulas de primera opción", introducidas por ESSO en 1981, en los contratos de abastecimiento con clientes, por las que se le permitía igualar las ofertas que hicieran terceros a esos clientes.

Puntualiza que una cláusula de ese tenor es conocida en el comercio internacional como "first refusal" o "competitive offer", y que existía ocho años antes de que se constituyera Panimex.

Sin embargo, a fin de evitar polémicas acerca de los propósitos de esta cláusula, ideada para una época diferente (competir especialmente frente a proveedores extranjeros en un período difícil para la industria chilena) ESSO Chile ha decidido no incluirla en sus futuros contratos de aprovisionamiento, no obstante estimar que la cláusula es perfectamente legítima en el derecho chileno y se puede demostrar que constituye una práctica usual en el derecho comparado, citando especialmente como ejemplos a las legislaciones alemana y norteamericana.

11.- A fs. 465, don Enrique Seguel Morel, Presidente del Banco Central de Chile contestando el oficio que le enviara esta Comisión, comunica que el Director Nacional de Aduanas, cumpliendo la diligencia que le encomendó el Presidente de la Comisión de Distorsiones, da cuenta de los resultados obtenidos después de las indagaciones efectuadas sobre la materia. Remite la copia que le fuera enviada por Aduanas, la que corre agregada a fs. 463.

Esta investigación concluyó que las importaciones de D.O.P. efectuadas por ESSO Chile eran ocasionales, no provenían del grupo EXXON y eran adquiridas a precios similares por terceros independientes.

12.- A fs. 672 corre un escrito suscrito por ambas partes - Panimex y ESSO Chile - por el cual piden archivar los antecedentes.

Expresan que los hechos que sirvieron de base a la denuncia fueron dos: a) la importación por ESSO Chile de plastificante D.O.P. desde su empresa relacionada EXXON Chemical Americas, en Diciembre de 1986, a US\$ 654 la tonelada FOB; y b) la existencia en los contratos de abastecimiento de plastificantes de ESSO Chile (Area Química), con sus clientes, de la denominada "cláusula de primera opción", o "first refusal" o "competitive offer".

Concuerdan en que el punto a), ha sido suficientemente aclarado mediante el informe del Banco Central que se ha analizado en el número precedente.

En cuanto a la licitud o ilicitud de la cláusula mencionada en el punto b), ESSO Chile, no obstante considerarla válida, se compromete a que sólo la introducirá en sus futuros contratos de aprovisionamiento de plastificantes, si es previamente autorizada o aprobada por la Comisión Preventiva Central.

13.- Esta Comisión, atendida la naturaleza de este asunto, se limitó a tener presente lo acordado por las partes, y fijó fecha para la vista de la causa.

En ella alegaron los abogados de Panimex y ESSO Chile, ratificando el acuerdo de fs. 672.

CON LO RELACIONADO Y CONSIDERANDO:

En cuanto a la tacha.

PRIMERO: Que la parte denunciante tachó al testigo don Mario Carlos Antúnez Valdivieso (fs. 157), porque en su opinión, el deponente tiene un interés en los resultados del juicio y tiene enemistad con el señor Gonzalo Gazmuri, Gerente General de Panimex, careciendo, en consecuencia de la imparcialidad que debe tener un testigo. Cabe tener presente que la tacha que se formuló no se concretó dentro de alguno de los casos específicos contemplados por el artículo 358 del Código de Procedimiento Civil.

A juicio de la Comisión, la denunciante no probó que el testigo, en su calidad de Gerente de Euroquímica (competidora de Panimex), tuviera algún interés en el resultado de este juicio.

Tampoco demostró que el testigo tuviera enemistad con el señor Gazmuri, a raíz de un juicio en que ambos, aproximadamente diez años atrás, litigaron, no personalmente, sino como representantes de dos sociedades absolutamente ajenas a esta causa.

En consecuencia, la Comisión rechazará la tacha opuesta.
En cuanto al fondo.

SEGUNDO: Que la denuncia de PANIMEX, tal como se explicó en la parte expositiva, abarcó dos materias diferentes: a) la importación de plastificante D.O.P., efectuada por ESSO Chile, desde la empresa relacionada EXXON Chemical Americas, en Diciembre de 1986, a US\$ 654 la tonelada FOB, lo que PANIMEX consideró que se hizo a un precio depredatorio y que, en definitiva, constituía una maniobra de "dumping internacional", realizado para sacar del mercado a la denunciante; y b) la existencia de una cláusula denominada "cláusula de primera opción", o "first refusal", ó "competitive offer", en los contratos de abastecimiento

de plastificantes celebrados por ESSO Chile con sus clientes.

Esta cláusula es del siguiente tenor: "Si el comprador no aceptara el precio nuevo porque tiene ofertas de venta por el mismo producto a un precio menor, el vendedor tendrá derecho a igualar ese precio menor si éste ha sido debidamente, documentado y, en ese evento, el comprador estará obligado a continuar abasteciéndose del vendedor según lo convenido".

TERCERO: Que el aspecto de la denuncia sintetizado en la letra a) del considerando segundo ha quedado desvirtuado - con las diligencias probatorias ordenadas por esta Comisión, de cuyo resultado se da cuenta en el N° 11.- de la parte expositiva. En efecto, de la investigación practicada por el Director Nacional de Aduanas por encargo del Banco Central se pudo establecer que las importaciones de D.O.P. efectuadas por ESSO Chile fueron ocasionales, no provenían del grupo EXXON y se adquirieron a precios normales.

Es útil tener presente que el propio denunciante, al solicitar el archivo del expediente, en escrito presentado de consuno con la denunciada, reconoció los resultados de la referida investigación.

CUARTO: Que, en cuanto a la materia referida en la letra b), del considerando segundo, cabe hacer presente que, no obstante lo expuesto por las partes en cuanto a que ESSO Chile, además de haber suprimido la cláusula opción, se comprometió a no introducirla en los futuros contratos de aprovisionamiento, esta Comisión, en virtud de sus atribuciones privativas, podría pronunciarse sobre el fondo del problema.

Sin embargo, considera atendibles las razones dadas por los litigantes, quienes prefieren que sea la H. Comisión Preventiva Central la que analice la legalidad de la referida cláusula a la luz de todos los antecedentes que, específicamente, se alleguen a la consulta.

Sin perjuicio de lo que esta Comisión pueda resolver, en su oportunidad, sobre la citada cláusula de opción, por ahora, apreciando los antecedentes de conciencia, desestimaré la denuncia.

Por estas consideraciones y vistos además los artículos 17º y 18º letra K, del Decreto Ley Nº 211, de 1973,

SE DECLARA:

1) Que no ha lugar a la tacha opuesta por la parte denunciante en contra del testigo señor Mario Carlos Antúnez Valdivieso, a fs. 157;

2) Que no ha lugar a la denuncia de "Importadora y Exportadora PANIMEX (Chile) Limitada formulada a fs. 16 en contra de ESSO Chile S.A. Petrolera.

Notifíquese y archívese en su oportunidad.

Rol Nº 304-87.

Pronunciada por los señores Carlos Letelier Bobadilla, Ministro de la Excma. Corte Suprema y Presidente de la Comisión; Arnaldo Gorziglia Balbi, Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Chile; Juan Ignacio Varas Castellón, Decano de la Facultad de Ciencias Económicas y Administrativas de la Universidad Católica de Chile; Abraham Dueñas Strugo, subrogando al señor Director del Instituto Nacional de Estadísticas y Adolfo Amenábar Castro, subrogando al señor Tesorero General de la República.

ELIANA CARRASCO CARRASCO
Secretaria Abogado de la H.
Comisión Resolutiva