

Santiago, veinticuatro de septiembre de dos mil trece.

**VISTOS:**

En estos autos rol N° 5308-2012 se trajeron los autos en relación para conocer de la reclamación interpuesta por Whirlpool S.A., empresa brasileña del giro de fabricación y comercialización de productos de línea blanca y de compresores y soluciones de refrigeración a través de su división Embraco, en contra de la sentencia de catorce de junio de dos mil doce, dictada por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

Dicha sentencia acogió el requerimiento que la Fiscalía Nacional Económica presentó en contra de Tecumseh do Brasil Limitada, sociedad brasileña del giro de producción industrial y comercialización de motocompresores herméticos para refrigeración y aire acondicionado y productos afines, y de la mencionada Whirlpool S.A., condenando a esta última a pagar una multa a beneficio fiscal ascendente a 10.500 Unidades Tributarias Anuales, mientras que a la primera de las empresas denunciadas le otorgó el beneficio de la exención de multa contemplado en el artículo 39 bis del Decreto Ley N° 211.

El procedimiento se inició con la interposición del referido requerimiento con fecha 29 de julio de 2010, a través del cual se acusa a las mencionadas empresas de haber infringido el artículo 3° del Decreto Ley N° 211 "al adoptar e implementar una serie de acuerdos destinados a

incrementar artificialmente el precio de los compresores herméticos de baja potencia comercializados en el mercado chileno, equipos que constituyen uno de los insumos esenciales en la fabricación de equipos de refrigeración”.

Señala que Tecumseh reconoció haber formado parte de un cartel internacional con Whirlpool S.A. y otras tres empresas -Danfoss, ACC y Matsushita- cuyo objeto fue incrementar ilícita y artificialmente el precio de los compresores. Refiere que los integrantes del cartel, por medio de sus altos ejecutivos, sostenían reuniones anuales acordando alzas por categoría de productos, dentro de un rango porcentual y por regiones del mundo, considerando como tales a Estados Unidos, Europa, Asia, Centroamérica, América del Sur, África y otros países pobres. Indica que una vez celebrada la reunión y adoptado el acuerdo, cada empresa comunicaba las alzas a sus clientes, representados por los principales fabricantes de refrigeradores y congeladores del mercado afectado, haciéndose efectivos los incrementos y comprobándose por los partícipes del cartel que los demás cumplían con lo convenido.

Hace presente que los aumentos de precios tuvieron efecto al menos hasta el mes de febrero de 2009, época en que las requeridas tomaron conocimiento de la existencia de una investigación seguida en su contra decretadas por las Agencias de Competencia de Brasil, Estados Unidos y la Unión Europea.

En cuanto al mercado relevante, expresa que es el de los compresores usados en equipos de refrigeración menores, esto es, con potencia generalmente menor a 1 hp, de uso doméstico o comercial menor, importados a Chile desde Brasil. Destaca que los compresores son un insumo esencial para el mercado de los refrigeradores, pues cumplen la función de hacer circular el gas que preserva los alimentos, representando entre el 15% y 20% del costo total de fabricación de un refrigerador.

Hace notar la Fiscalía Nacional Económica que no se fabrican compresores en Chile porque requieren de una gran escala de producción, no existiendo otros componentes que los sustituyan, y las importaciones provenientes de otros países no son sustitutos de los producidos en Brasil en razón de los costos de transporte y logística, aun cuando desde el año 2009 se advierte una mayor importación de estos productos desde China.

Afirma que se trata de un mercado altamente concentrado, toda vez que sólo hay dos oferentes de compresores -las empresas requeridas- que cubren el 97% de las importaciones de dichos insumos a Chile durante el período comprendido entre los años 2004 a 2008.

Expone que la demanda local es de alrededor de 400.000 unidades anuales de compresores herméticos, siendo los principales clientes de tales compañías en Chile la Compañía Tecno Industrial S.A. (CTI) y Sindelen S.A., que

son empresas fabricantes de refrigeradores domésticos; Mimet S.A., empresa fabricante de equipos de refrigeración comerciales (máquinas exhibidoras) y Carrier Chile S.A. que adquiere tales equipos para su distribución.

Expresa que resultaron afectados por el cartel los importadores de compresores de baja potencia, principalmente los productores nacionales CTI y Sindelen S.A., pues tuvieron que aceptar aumentos considerables en los precios de los compresores que, como se dijo, son piezas esenciales de los equipos de refrigeración. Así, durante el lapso 2004 a 2008, el precio de los compresores vendidos a CTI por Tecumseh aumentó en un 83%, mientras que los vendidos por Whirlpool S.A. en un 81%.

Finalmente, la Fiscalía hace presente que Tecumseh confesó ser ejecutor de esta conducta, cumpliendo los requisitos para acceder al beneficio de exención de la multa.

Al contestar, Whirlpool S.A. dedujo la excepción de falta de jurisdicción, argumentando que las conductas imputadas habrían sido ejecutadas fuera del territorio chileno, por personas jurídicas extranjeras y respecto de bienes que son fabricados y comercializados en Brasil, algunos de los cuales llegan a Chile a través de importaciones.

En subsidio, alegó la excepción de prescripción de la acción infraccional para perseguir la sanción de las

conductas denunciadas, manifestando que la legislación aplicable era la vigente a la fecha de comisión de los ilícitos, vale decir, la acción prescribe a los dos años contados desde la ejecución de la conducta imputada, término que se interrumpe con la notificación del requerimiento que se verificó el 8 de noviembre de 2010, por lo que todo hecho ocurrido con anterioridad al 8 de noviembre de 2008 no es susceptible de ser cuestionado o sancionado. Asevera que, en la especie, los hechos concretos que se le atribuyen son anteriores a esa época. En efecto, sostiene que el requerimiento se fundaría en comportamientos desplegados por Gerson Verissimo, director presidente de Tecumseh, quien dejó su cargo en marzo de 2008, esto es, más de dos años antes de ser notificado el requerimiento. A su vez, los antecedentes aportados por Tecumseh en su delación revelan que en julio de 2008 el nuevo CEO de Tecumseh -Ed Buker- manifestó que la política de la empresa es no participar en actividades ilícitas, declarando al contestar el requerimiento que "cualquier conducta que pudiera haberse ejecutado entre las mencionadas empresas, necesariamente habría tenido que tener lugar antes del mes de julio de 2008".

Agregó que si no se confiere a estos últimos antecedentes el carácter de veraces y comprobables "ello daría como resultado que Tecumseh no sería merecedor de los beneficios señalados en el artículo 39 del D.L. N° 211".

En subsidio de tales defensas, manifiesta que no ha incurrido en actuación alguna que atente contra la libre competencia en el mercado chileno, particularmente, en conductas colusorias. Afirma que las alzas de precios se encuentran plenamente justificadas con los aumentos de costos. A este respecto, explica que las principales materias primas para la confección de compresores son el acero y el cobre que constituyen una alta proporción del costo de producción. Así, entre los años 2003 y 2007, Embraco enfrentó un alza de costos de sus bienes vendidos de un 100% aproximadamente. En el año 2008 hubo un alza de precios del acero derivado del incremento de la demanda china, lo que se tradujo en un incremento de costos de casi un 19%, situación que sólo se modificó al estallar la crisis *subprime* y la consecuente baja en el valor de los *commodities*.

Subsidiariamente, opone las excepciones de non bis in idem y de cosa juzgada, puesto que los hechos denunciados son los mismos que motivaron la investigación y el acuerdo alcanzado por la compañía en Brasil con las autoridades de ese país, que implicó el pago de una multa.

Por su parte, Tecumseh contestó el requerimiento allanándose a él y solicitó tener presente que su participación en las actividades del cartel "habría cesado en una época no posterior a julio del año 2008".

Por resolución de 28 de enero de 2011, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia recibió la causa a prueba, y tras acoger parcialmente las reposiciones interpuestas, dejó establecidos como hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos los siguientes:

- a) Existencia y ejecución de los supuestos acuerdos de precios de compresores herméticos de baja potencia alcanzados entre las partes requeridas o sus sociedades relacionadas. Términos, contenidos, partícipes, fechas de adopción, duración de la ejecución y demás circunstancias relacionadas con los mismos. Objeto y efectos actuales y potenciales que éstos habrían producido en los mercados chilenos;
- b) Estructura y característica del o los mercados chilenos en los que habrían tenido efecto los presuntos acuerdos señalados y evolución de las participaciones de mercado de los distintos actores en los mismos, desde el año 2005 a la fecha del requerimiento de autos;
- c) Existencia de sentencias judiciales o administrativas relativas a los hechos materia de esta causa.

La sentencia reclamada desestimó, en primer término, la excepción de falta de jurisdicción, toda vez que la imputación contenida en el requerimiento de la Fiscalía

Nacional Económica se refiere precisamente a conductas que habrían afectado la libre competencia en uno o más mercados en Chile, al incrementarse ilícitamente el precio de los compresores herméticos de baja potencia comercializados en el mercado nacional. De lo anterior se sigue, señalan los jueces, que no puede sino concluirse que el objeto del presente litigio dice relación con los efectos de la conducta en el mercado chileno.

En cuanto a la prescripción, arguyen que debe analizarse cuándo deben entenderse como "ejecutados" los hechos denunciados, pues el fin de dicha ejecución indica el momento en que debe iniciarse el cómputo del plazo de prescripción. En este sentido, precisan que la ejecución del ilícito de colusión se inicia cuando se perfecciona el acuerdo anticompetitivo y se extiende hasta la terminación, cese o supresión de concierto de voluntades que lo configura. Así, por ejemplo, en los acuerdos de precios debe entenderse que subsiste el mismo, es decir, que está siendo ejecutado, mientras se mantenga el sistema de determinación y aplicación de precios pactados. En otras palabras, se sostiene por los jueces del tribunal antimonopolio que la colusión es un ilícito de carácter permanente y, por consiguiente, su ejecución se extiende mientras dura la producción de sus efectos anticompetitivos.



Acotado lo anterior, el fallo se aboca a determinar el último momento respecto del cual existe prueba suficiente de la ejecución de la infracción materia de autos, concluyendo que el ilícito denunciado habría continuado ejecutándose hasta el mes de diciembre de 2008, toda vez que la última lista de precios presuntivamente concertados entre las requeridas fue remitida a sus clientes chilenos en agosto de ese año para su aplicación hasta el mes de diciembre. Por consiguiente, dejan establecido que no es efectivo que la conducta anticompetitiva hubiere cesado en el mes de julio de 2008, por lo que habiéndose notificado el requerimiento en el mes de noviembre de 2010, esto es, antes de completarse el plazo de prescripción, resuelven rechazar esta excepción.

En lo tocante a la alegación de cosa juzgada fundada en el principio non bis in idem, se la descarta en razón de que el objeto de juzgamiento del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia es la conducta consistente en un eventual acuerdo para fijar los precios de venta para Chile de compresores herméticos de baja potencia, comportamiento que difiere sustancialmente de aquel perseguido por las autoridades brasileñas vinculado con el intercambio de información sobre precios entre competidores que únicamente incidía en el mercado de ese país.

En lo que respecta a las conductas que la Fiscalía Nacional Económica imputa a las empresas requeridas, las da

por establecidas sobre la base de la confesión de un miembro del cartel que constituye prueba directa del acuerdo, reconocimiento que además es concordante con las declaraciones prestadas por ejecutivos de Tecumseh ante el cónsul de Chile en Sao Paulo y, especialmente, con los correos electrónicos intercambiados entre aquéllos y los representantes de Embraco. Todas estas evidencias, valoradas conforme a las reglas de la sana crítica, son consideradas por los magistrados como veraces para acreditar la colusión.

Exponen que el conjunto de correos electrónicos demuestran que al menos desde el año 2004 existió un acuerdo entre Whirlpool S.A. y Tecumseh para acordar alzas de precios y que esta coordinación habría tenido efectos en Chile a partir de las listas de precios que comenzaron a regir en enero de 2005. Estiman que este acuerdo colusorio habría sido abandonado con las listas de precios que tuvieron validez desde el 1 de enero de 2009, de manera que los actos anticompetitivos se habrían mantenido hasta el mes de diciembre de 2008.

En relación a la evolución de precios, se establece que existió una tendencia sostenida al alza por parte de ambas empresas respecto de modelos con características similares, y si bien hubo un incremento en el costo de los insumos, se observaron alzas en los precios del producto final en períodos en que los valores de los insumos

presentaban bajas. En todo caso, se pone de manifiesto que aun cuando el aumento de costos haya sido el motivo para realizar alzas de precios, ello no justifica la comunicación de información estratégica ni la coordinación entre competidores.

En cuanto a sus efectos en Chile, se consigna que las empresas importadoras traspasaron estos aumentos a los consumidores finales, ya sea a través de una subida en los precios de los refrigeradores, o bien en una disminución en la calidad.

Finalmente, dada la naturaleza y gravedad del ilícito, le impone a Whirlpool S.A. una multa de 10.500 Unidades Tributarias Anuales, teniendo especialmente en consideración para fijar dicha suma las ganancias por sobre los márgenes competitivos que habría obtenido esa empresa durante los años 2005 a 2008, con motivo de la coordinación colusoria denunciada.

Mediante presentación de 29 de junio de 2012 Whirlpool S.A. dedujo recurso de reclamación, solicitando se deje sin efecto el fallo reclamado y, en subsidio, se rebaje sustancialmente la multa aplicada.

Sobre la prescripción hace presente la reclamante que la sentencia desatiende un hecho indesmentible, cual es que las conductas que se investigaron cesaron a más tardar en julio de 2008, tal como la propia delatora aseveró al contestar el requerimiento de autos. Agrega que Tecumseh se

denunció en esa fecha, por lo que no pudo seguir coludida después. Recalca que en Chile no hubo acuerdo de precios desde julio de 2008.

Destaca también que junto con una errada apreciación de los hechos en que incurre el fallo impugnado, se ha resuelto en forma contraria a la ley, puesto que conforme a la redacción del artículo 20 del Decreto Ley N° 211 vigente a la época de estos hechos, el plazo de prescripción se cuenta desde la ejecución de la conducta y no desde el cese de sus efectos. Si bien el tribunal dice aplicar la norma anterior a la Ley N° 20.361, de 13 de julio de 2009, esto es, aquella que establecía que el plazo para perseguir todas las infracciones del Decreto Ley N° 211 era de dos años contado desde la ejecución de la conducta, la interpreta contando el término de prescripción desde que cesan los efectos anticompetitivos.

Alega que toda la prueba rendida en autos se refiere a conductas ejecutadas fuera de Chile, de forma tal que no hay prueba directa que se refiera a acuerdos destinados a incrementar los precios a clientes chilenos. Tampoco existen antecedentes que demuestren que el supuesto acuerdo colusorio tuvo efectos en Chile, pues contrariamente a lo sostenido por la sentencia, la participación de Tecumseh en el mercado bajó en beneficio de Embraco, hecho que es incompatible con la existencia de una colusión. Por otra parte, las magnitudes y fechas de modificaciones de precios

entre ambas empresas no coinciden, con lo que se descarta la existencia de un paralelismo de precios.

En cuanto a la multa aplicada, plantea que el tribunal sanciona por todo el período 2005 a 2008, pese a que toda conducta previa al 8 de noviembre de 2008 está prescrita.

Sobre la falta de jurisdicción insiste que el Decreto Ley N° 211 castiga la ejecución o celebración de actos cometidos en Chile, careciendo de jurisdicción los tribunales nacionales para conocer de conductas ejecutadas fuera del país aun cuando hayan tenido efectos dentro de él.

Respecto de la excepción de cosa juzgada reitera que se está juzgando un acuerdo internacional de precios, conducta que ya fue sancionada en el extranjero.

**CONSIDERANDO:**

**Primero:** Que cabe dejar asentado, previo a examinar las defensas y excepciones opuestas, que lo cuestionado por Whirlpool S.A. no es la existencia de un cartel internacional que la ligó a su competencia -desde que dicho acuerdo ha sido reconocido ante las autoridades de libre competencia de diversos países por los propios partícipes-, sino que ese acuerdo colusorio no tuvo por objeto ni produjo efectos en el mercado chileno.

**Segundo:** Que en lo concerniente a la excepción de falta de jurisdicción, Whirlpool S.A. postula que los tribunales chilenos carecen de jurisdicción para conocer de

este ilícito infraccional, puesto que éste habría sido cometido en el extranjero por sociedades extranjeras sin vínculo de conexión con el territorio nacional. Sin embargo, teniendo en consideración que la finalidad de la normativa contenida en el Decreto Ley N° 211 es tutelar la libre competencia en Chile, es claro que nuestros tribunales sí tienen competencia para conocer de aquellos atentados contra ese bien jurídico que han producido efecto en Chile o que tenían la aptitud para hacerlo, cualquiera sea el lugar en que se ejecuten o celebren. En este sentido, el requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica refirió que el acuerdo celebrado entre las empresas denunciadas había sido afectar, entre otros, el mercado chileno, en el cual la coordinación de precios también se aplicó.

Aceptar esta alegación de la reclamante implicaría que dicha conducta infractora, que también se habría materializado en Chile, quedaría excluida de control y sanción por los tribunales del país.

Por consiguiente, en la medida que el supuesto acuerdo colusorio que acusa la Fiscalía alcanzó el mercado local - mediante la aplicación de precios concertados a los clientes nacionales-, produciendo efectos en él, es claro que los tribunales chilenos están revestidos de las facultades para conocer y castigar la referida infracción.

En atención, entonces, a que el eventual comportamiento ilícito tuvo lugar, en parte, en Chile, es posible reconocer la plena jurisdicción de los tribunales nacionales acudiendo al principio de la territorialidad.

**Tercero:** Que en lo tocante a las excepciones de cosa juzgada y non bis in idem, deben ser descartadas desde que ninguna jurisdicción extranjera ha podido conocer ni castigar hechos sucedidos en Chile que hubieren afectado el mercado nacional. La misma reclamante ha reconocido que se han realizado investigaciones en diferentes países con motivo de este cartel internacional, las que han terminado en sanciones o en otras determinaciones equivalentes a una sentencia en relación a los actos que han tenido lugar en cada uno de esos territorios, lo cual resulta lógico tratándose de mercados distintos, protegidos por las legislaciones de uno y otro Estado.

**Cuarto:** Que la Fiscalía Nacional Económica interpuso requerimiento en contra de Tecumseh y Whirlpool S.A. imputándoles la infracción descrita en el artículo 3° letra a) del Decreto Ley N° 211 consistente en la celebración de un acuerdo de fijación de precios de venta que restringió la libre competencia en el mercado chileno. Este acuerdo, que habría comenzado a ejecutarse desde el año 2004, recayó en un producto denominado "motocompresor hermético de baja potencia", insumo esencial para la fabricación de refrigeradores.

Tecumseh, en su condición de partícipe en dicho acuerdo colusorio, se acogió al beneficio de la delación compensada prevista en el artículo 39 bis del citado texto legal, confesando su participación en él y aportando evidencias que, en concepto del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, constituye prueba directa de la infracción ejecutada también en Chile.

**Quinto:** Que la sentencia que se revisa en sus considerandos octogésimo noveno y nonagésimo dejaron asentado que las requeridas, Whirlpool S.A. y Tecumseh, pudieron imponer sus precios dado que el mercado relevante presentaba barreras de entrada y una altísima concentración de mercado. Efectivamente, ambas empresas mantuvieron una participación de mercado conjunta cercana al 90%, tanto en unidades importadas por firmas en Chile como en valores importados, todo lo cual da cuenta del elevado porcentaje de mercado que representaban dichas compañías en caso de actuar de consuno. De ello se sigue que estas dos empresas, actuando de manera coordinada, tenían la capacidad de afectar el precio de venta de sus productos en Chile.

Asimismo, se indica en el fallo impugnado que si bien Embraco ostentaba una posición dominante en el mercado nacional desde al menos el año 2006, una acción conjunta y coordinada con su principal competidor Tecumseh les otorgaba a ambas empresas un poder aun mayor del cual



podían abusar cobrando precios superiores a los competitivos.

Añade el fallo que esta elevada participación de mercado es explicada por las dificultades que enfrentaban las empresas chilenas para reemplazar los compresores de estas firmas por los fabricados por otros productores. Uno de estos inconvenientes surge de la necesidad de que el compresor se ajuste a las características técnicas necesarias para su correcto funcionamiento al incorporarlos en la manufactura de refrigeradores y de otros equipos de refrigeración, lo que trae aparejado costos adicionales de evaluación de la durabilidad y seguridad del producto mediante pruebas de laboratorio y de campo.

Se concluye, entonces, que este mercado se encontraba dominado por las firmas requeridas en atención a la evidente complejidad del proceso de sustitución de los productos en cuestión, configurándose barreras de entrada para nuevos competidores en el corto plazo, lo que junto con la elevada participación conjunta de mercado de las requeridas les otorgaba un poder de mercado del que éstas podrían haber abusado.

**Sexto:** Que el objeto del cartel en Chile, según el requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica, era alzar porcentualmente los precios de venta de los compresores herméticos de baja potencia que se comercializan a las empresas chilenas fabricantes de equipos de refrigeración,

restringiendo de esta forma la libre competencia en el mercado nacional.

**Séptimo:** Que a fin de acreditar el acuerdo ilícito de precios y que éste también operó en Chile, la Fiscalía ha acudido, en primer lugar, a la confesión que prestó Tecumseh ante ella. Para otorgarle mérito probatorio a esa evidencia probatoria esta Corte Suprema, al resolver el caso de colusión de las farmacias, sostuvo que deben cumplirse ciertas exigencias específicas, a saber: "1- El reconocimiento del implicado debe proporcionar antecedentes precisos acerca de la existencia de los elementos de la colusión. Así, deberá entregar datos respecto del origen del acuerdo de colusión, la época de gestación, la forma que adoptó el mecanismo de colusión, los medios de comunicación, entre otros elementos. 2- El relato del confesante debe ser suficientemente detallado en cuanto a la intervención que correspondió a los demás responsables. 3- Debería evitar razonablemente al órgano persecutor la carga de probar la colusión. 4- Los antecedentes de que da cuenta deben ser verificables y corroborados con el resto de los elementos probatorios que obran en el proceso" (considerando 24° de dicha sentencia).

**Octavo:** Que, en la especie, no ha sido objeto de debate que la confesión de Tecumseh proporcionó antecedentes precisos y abundantes acerca de los elementos de la colusión. En ella se reveló, básicamente, que el

mecanismo de ejecución del acuerdo tenía tres etapas: la primera, contactos entre competidores definiendo rangos porcentuales de alzas de precios por zonas; la segunda, comunicación a clientes anunciándoles las alzas de precios y visitándolos para determinar el incremento definitivo; y la tercera, ventas a los precios colusorios.

En cuanto a Chile, se acordó y aplicó aumentos de precios a compresores que se vendían a las empresas locales; se visitaron esas empresas en Chile para comunicar dichos aumentos y monitorear el cumplimiento del acuerdo.

**Noveno:** Que la confesión de Tecumseh es ratificada mediante las declaraciones de ejecutivos de esa firma que participaron directamente en los contactos con Whirlpool S.A. Se acompañó la declaración de José Celso Furchi, director de marketing y ventas de Tecumseh, quien relató: "Las compañías que participaban en el cartel se contactaban previamente para acordar los aumentos del precio. Estos aumentos eran acordados por regiones, siendo Chile parte de la región denominada América Latina o América del Sur o 'países pobres'". Agregó, a continuación, "(A) solicitud del señor Gerson Verissimo -presidente de Tecumseh- con fecha 7 de julio de 2004 tomé contacto con el ejecutivo de Embraco, Sr. Ingo Erhardt, para discutir sobre aumento de precios a clientes e intercambiar otra información comercial sensible relativa a clientes brasileros y latinoamericanos, incluido Chile".

Concordante con la anterior es la declaración de Januario Soligon, gerente de ventas de Tecumseh para Latinoamérica, quien expuso: "Con fecha 15 de noviembre de 2006, recibí una instrucción -vía e mail- del señor Gerson Verissimo quien me solicitó que tomara contacto con los ejecutivos de Embraco, señores Dario Gert Sleb y Dailson Farias, quienes eran los encargados de ventas para el mercado de América Latina, Chile incluido, a fin de discutir la posibilidad de aplicar un aumento mínimo de un 6% a partir del 1/1/07, circunstancia que según el señor Verissimo ya había sido conversada con el señor Ernesto Heinzelmann, existiendo ya un acuerdo/compromiso sobre ese tema".

**Décimo:** Que, como se dijo, se fijaban diferentes alzas para cada área geográfica previamente definida, entre las cuales estaba Latinoamérica que incluía a Chile. Al ser interrogado Januario Soligon si los rangos de precios eran los mismos, respondió: "Había variación. Por decir, para Latinoamérica podía darse entre un seis y un ocho, para Europa podía darse entre un nueve y un doce, dependiendo de la necesidad de cada mercado". Añadió, "En las reuniones que tomé parte, que participé, se establecían rangos de porcentaje para colocárselos en los distintos mercados, por decir, se arreglaba, como un ejemplo, entre un 6 y un 9 por ciento que deberíamos los dos salir al mercado y colocar esos aumentos, no deberían ser inferiores a éstos, se

trabajaría en esa banda, en ese rango y estos eran los movimientos".

Enseguida, se fijaban porcentajes de alzas por familias de compresores equivalentes entre las requeridas. Sobre este aspecto, José Celso Furchi explicó: "Es tanta la variedad de productos que es muy difícil acordar precios para cada producto, es por esto que se acordaba rangos de precios por categorías de compresores".

Estos dichos aparecen corroborados con las comunicaciones -correos electrónicos- enviados por Whirlpool S.A. y Tecumseh a sus clientes chilenos. La segunda de estas empresas remite un correo con fecha 11 de julio de 2007 a su cliente CTI, comunicándole un aumento de precios del 7% a partir de 1 de agosto de ese año. A su vez, Whirlpool S.A. mediante correo de 27 de julio de 2007 le comunica a ese mismo cliente una nueva lista de precios reajustados en un 7% con inicio de vigencia a contar del 25 de agosto de ese año.

**Undécimo:** Que al explicar cómo se ejecutaba el acuerdo en Chile, Januario Soligon relató: "Respecto de Chile, el cartel era formado por Embraco (Whirlpool) y Tecumseh, los cuales, previo a informar a los clientes locales de los aumentos de precio, se contactaban (reuniones, llamados telefónicos entre ejecutivos de esas dos empresas), a fin de coordinar y consensuar un rango/porcentaje mínimo de aumento en los precios. A continuación, y por separado,

Embraco y Tecumseh, informaban por escrito de los aumentos de precio a los clientes chilenos, precios que se encontraban en línea con lo acordado en las reuniones entre los ejecutivos de ambas compañías. Luego, ejecutivos de esas empresas viajaban a Chile para reunirse con sus clientes y explicarles las razones del incremento en los precios que, en todo caso, debía ubicarse dentro de los márgenes acordados en las reuniones previas sostenidas por los ejecutivos de ambas empresas".

Al ser interrogado de cómo se vigilaba el cumplimiento del acuerdo, Januario Soligon señaló: "Teníamos la información digamos que a través de las visitas a los clientes, recibíamos información respecto de que si el aumento había sido aplicado por la competencia o no, ése era uno de los puntos de entendimiento. No sé si en ese caso el señor Verissimo hablaba con la competencia para tratar de rechequear si los aumentos eran colocados, tengo entendido que sí".

**Duodécimo:** Que siendo el compresor un insumo indispensable para la fabricación de equipos de refrigeración, su demanda proviene de las empresas chilenas fabricantes de refrigeradores, particularmente CTI, MIMET y Sindelen, representando las dos primeras el 87,6% de la demanda total del período comprendido entre los años 2004 a 2008.

Según consta de los datos entregados por el Servicio Nacional de Aduanas, los únicos oferentes para los fabricantes de equipos de refrigeración en Chile entre los años 2005 a 2009 fueron Whirlpool S.A. y Tecumseh, con una participación de mercado conjunta del 90%.

**Décimo tercero:** Que las alzas ilícitamente acordadas se vieron reflejadas en las listas de precios enviadas a los clientes chilenos, pues a través de ellas se ejecutó el acuerdo colusorio. El examen de éstas permite apreciar similitudes en cuanto a la oportunidad de las alzas como a la magnitud de las mismas. Las listas de precios que enviaban Whirlpool S.A. y Tecumseh comenzaban a regir a partir de un mes determinado que era señalado en la propia lista y dejaban de estar vigentes cuando entraba a regir la nueva lista de precios que la reemplazaba.

Lo primero que se advierte es la similitud en las fechas de comunicación de las alzas, dos veces al año entre 2004 a 2008, regularmente en los meses de enero y julio o agosto. Así, por ejemplo, Whirlpool S.A. envió nuevas listas de precios a CTI el 1 de marzo de 2005 y Tecumseh envió la suya el 8 de marzo de ese año. Para el segundo semestre de 2006, Tecumseh envió su nueva lista el 29 de noviembre de ese año, comunicando alza de precios a partir del 1 de enero de 2007. Lo mismo hizo Embraco el 13 de noviembre, informando que a partir del 2 de enero de 2007 los precios serían alterados. Para el segundo semestre de

2008, Embraco envió nuevas listas de precios el día 30 de julio de ese año, empezando a regir el 1 de agosto, mientras que Tecumseh envió la suya el 4 de agosto, la que regía desde el 31 de julio.

**Décimo cuarto:** Que es posible constatar también que los porcentajes de aumentos comunicados eran prácticamente equivalentes, con un sostenido aumento a contar del año 2005, observándose un incremento de precio entre los años 2005 a 2008 para uno de los modelos de compresores de similares características, de 37,7% para el fabricado por Embraco y un 37,1% para el elaborado por Tecumseh; mientras que para otro de los modelos asimilables, se descubre que entre los meses de marzo de 2005 y septiembre de 2007 hubo un aumento de sus precios en un 28,3% y 28,7%, respectivamente.

**Décimo quinto:** Que, por consiguiente, establecido el paralelismo en las fechas de entrada en vigencia de las listas de precios enviadas a los clientes nacionales y los porcentajes de aumentos, aparece de manifiesto que a través de ellas se materializó la coordinación de precios entre las empresas requeridas.

**Décimo sexto:** Que Whirlpool S.A. ha planteado la hipótesis de que el aumento significativo y paralelo de los precios puede explicarse por el incremento de los costos de fabricación de los compresores. Sin perjuicio de que tal argumentación es contradictoria con el reconocimiento de



Whirlpool en otras jurisdicciones donde ha aceptado su participación en un cartel internacional, y con la prueba documental y testimonial que dejan en evidencia la existencia de contactos entre ella y sus competidores, además de la confesión de otra de las partícipes que expresamente declaró que el cartel incluía a Chile, cabe señalar que si bien los precios de las materias primas como acero y cobre aumentaron, también existieron bajas de precios -no controvertidas- de estos insumos que no se reflejaron en una baja en los precios de venta, pues el precio de los compresores siempre registró en el período analizado -2005 a 2008- un aumento sostenido.

**Décimo séptimo:** Que aun cuando el aumento de costos haya sido la causa que llevó a formar este cartel, tal como lo indicó Januario Soligon al decir que las reuniones celebradas con Embraco tuvieron como finalidad la de discutir la necesidad de coordinar la aplicación de aumento de precio que estuvieran en línea con las constantes alzas en los precios de materias primas, dicho proceder resulta igualmente reprobable porque no pueden las empresas ajustar sus precios a los costos mediante la formación de un cartel de esta naturaleza, lesionando el bien jurídico de la libre competencia.

**Décimo octavo:** Que Whirlpool S.A. ha alegado para negar la existencia del injusto anticompetitivo en Chile que su competidor Tecumseh perdió participación de mercado

durante el período que estuvo supuestamente coludido. Sin embargo, tal circunstancia no pugna necesariamente con el hecho de que sea partícipe de un cartel de precios, más aún cuando el rango de participación de Tecumseh en esos años fluctuó entre un 42% y un 33% en el mercado nacional, experimentando una disminución drástica recién en el 2009 al llegar a un 13%, año en que ya no seguía operando este acuerdo entre las empresas.

**Décimo noveno:** Que según sostiene la reclamante la sentencia yerra al desestimar la excepción de prescripción de la acción, pues en ningún caso los hechos objeto del requerimiento continuaron más allá del mes de julio de 2008, tal como lo reconoció el delator compensado, además que de acuerdo a la norma de prescripción aplicable -previa a la modificación de la Ley N° 20.361- el cómputo de la prescripción se inicia desde que cesó la ejecución del hecho y no desde que cesó la producción de sus efectos anticompetitivos.

**Vigésimo:** Que el artículo 20 del Decreto Ley N° 211, vigente a la época de los hechos denunciados en el requerimiento, disponía en su inciso tercero: "Las acciones contempladas en esta ley, prescriben en el plazo de dos años, contado desde la ejecución de la conducta atentatoria contra la libre competencia en que se fundan".

Si el comportamiento colusorio entre Tecumseh Y Whirlpool S.A. que se ha descrito implicaba necesariamente

una sucesión de actos en el tiempo destinados a mantener el acuerdo de precios y así seguir aprovechando los beneficios esperados, debe entenderse que subsiste tal conducta infraccional, esto es, está siendo ejecutada mientras se mantenga la determinación y aplicación de precios pactados entre competidores. Sólo puede entenderse que ha cesado el ilícito de colusión una vez que ha terminado la voluntad, expresa o tácita, de sus partícipes de permanecer en él. Efectivamente, no puede empezar a correr término de prescripción alguno si las requeridas han continuado cobrando precios concertados, por cuanto la conducta abusiva se sigue verificando. El acuerdo entre competidores para incrementar artificialmente los precios no se agota con una decisión de acuerdo, sino que conlleva una serie de actos posteriores para su implementación y cumplimiento por parte de quienes concurren a él. Surge entre los competidores de un cartel un vínculo que subsistirá mientras se siga aplicando el plan que han diseñado para, en este caso, alterar los precios.

Sólo una vez suprimida la situación antijurídica que se ha creado, comenzará a correr el plazo de prescripción.

**Vigésimo primero:** Que consignado lo anterior, habrá que dilucidar hasta cuándo estuvo vigente el acuerdo entre las requeridas. La controversia se suscita en tanto la Fiscalía Nacional Económica plantea que aquél persistió hasta enero de 2009, fecha en que estas empresas enviaron

las primeras listas de precios que fueron determinadas de manera independiente, mientras que Whirlpool S.A. señala que tal conducta cesó a más tardar en julio de 2008, por lo que a la fecha de notificación del requerimiento, 8 de noviembre de 2010, había transcurrido el plazo prescripción de dos años.

**Vigésimo segundo:** Que entre las pruebas allegadas a estos autos están los correos electrónicos de los días 10 y 11 de julio de 2008 entre Gerson Verissimo -a la sazón, ex presidente de Tecumseh, pero asesor de la compañía- quien le pregunta a Celso Furchi -gerente de ventas de dicha firma- si ha mantenido contactos confidenciales con empresas de la competencia -Embraco, Danfoss y ACC- a lo que éste responde que sí, a pesar del pensamiento del nuevo CEO de la empresa, Ed Buker.

Luego, existe un correo de 25 de septiembre de 2008 entre ejecutivos de Tecumseh que da cuenta de contactos con la empresa Embraco, la cual les había entregado información sobre el alza de precios para sus productos ese año y para el 2009.

**Vigésimo tercero:** Que con fecha 30 de julio de 2008 Whirlpool S.A. envió a su cliente chileno CTI comunicación denominada "Lista de Precios 01.08.08", indicándole "la necesidad de revisar los precios en un 9% para todos los compresores, a partir de 01.08.08". También el día 30 de

julio de 2008 Embraco remitió a CTI nueva lista de precios con vigencia a contar del 1 de agosto de 2008.

Luego, según dan cuenta los datos de precios de venta de las facturas de CTI, los porcentajes de aumento de compresores asimilables de ambas requeridos fueron prácticamente idénticos para el período enero a julio de 2008, de un 8% a 9%.

**Vigésimo cuarto:** Que nuevas listas de precios son enviadas por Tecumseh el 22 de diciembre de 2008, y por Whirlpool, el 8 de enero de 2009, las que empezaban a regir el 1 de enero de 2009. Éstas son las primeras que demuestran un cambio de conducta de estas empresas, por cuanto la primera informa un alza de 3%, mientras que la segunda contempla una baja en los precios de 4%. Esta evidencia se ve corroborada con la información del Servicio Nacional de Aduanas, que señala que los compresores vendidos en Chile -incluyendo sólo los del mercado relevante- entre enero de 2005 a febrero de 2009, aumentaron su precio en un 74%, mientras que entre enero a diciembre de 2009, cayeron en un 34%.

**Vigésimo quinto:** Que, en consecuencia, con el mérito de la prueba rendida es posible inferir que Tecumseh y Whirlpool S.A. mantuvieron su comportamiento colusorio durante todo el año 2008. En otras palabras, el acuerdo se continuó ejecutando ese año de la forma que se venía

haciendo en los anteriores, esto es, al menos desde el año 2005.

**Vigésimo sexto:** Que a fin de desestimar la anterior conclusión, la reclamante ha invocado algunas de las declaraciones prestadas por ejecutivos de Tecumseh que apuntan a la inexistencia de una colusión durante el año 2008, citando especialmente la declaración judicial de Januario Soligon, quien expresamente aseveró que en el año 2008 ya no había situación de cartel, desde que su última instrucción de alza de precios la recibió a fines de 2007 para ser cumplida en enero de 2008.

**Vigésimo séptimo:** Que sin perjuicio de que estos dichos no son coincidentes con la propia confesión de Tecumseh en el sentido de que su conducta ilícita había cesado en una época posterior -julio de 2008-, lo cierto es que tales testimonios aparecen suficientemente desvirtuados con las listas de precios que rigieron durante el segundo semestre de 2008, que era precisamente el mecanismo utilizado por las requeridas para materializar la aplicación de los precios acordados, las cuales presentaban un rango porcentual de aumento de precios que seguía el mismo patrón de conducta de los años precedentes -en que Tecumseh y Whirlpool S.A. han aceptado haber actuado concertadamente-, observándose una desviación de ese comportamiento a través de acciones concretas sólo a partir

de las nuevas listas que entraron a regir en el mes de enero de 2009.

**Vigésimo octavo:** Que con la pérdida de vigencia de la última lista de precios convenida por los competidores en el mes de diciembre de 2008, dejó de subsistir la voluntad concertada de Whirlpool S.A. y Tecumseh de mantener el aumento de precios previa e ilícitamente pactado. De este modo habiéndose notificado el requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica en el mes de noviembre de 2010, la acción ejercida no está prescrita.

**Vigésimo noveno:** Que como ha quedado establecido, el acuerdo colusorio entre las requeridas se prolongó durante los años 2005 a 2008, por lo que los beneficios derivados de esta infracción fueron aquellos que se han generado durante todo ese período. La sentencia que se revisa, para efectos de calcular la mencionada ganancia y determinar así la cuantía de la multa a aplicar, utilizó como referencia antecedentes de Tecumseh, asimilando los márgenes obtenidos por ésta con los que habría obtenido Whirlpool S.A. durante los años en que se ejecutó el cartel, considerando que los precios de ambas firmas se incrementaban en el mismo orden de magnitud porcentual. Es decir, dicho cálculo tuvo por objeto permitir una aproximación de los beneficios que habría generado el acuerdo para Whirlpool S.A. De esta manera, los reparos que formuló la reclamante en relación a

la multa no pueden ser acogidos, pues en su fijación no se advierte defecto alguno.

**Trigésimo:** Que sin perjuicio de lo dicho, aun cuando esta Corte ha de coincidir de que el monto de la multa aplicada por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia refleja adecuadamente la gravedad de la infracción y que la multa para que sea eficaz como instrumento disuasivo requiere que su monto no resulte insignificante para la infractora, se estima que la función disuasoria y retributiva que tiene esta sanción se satisface plenamente con una disminución prudencial del monto regulado por el fallo recurrido, por lo que se accederá a esta pretensión de la reclamación.

Y visto asimismo lo dispuesto en los artículos 18 N° 1, 20 y 27 del Decreto con Fuerza de Ley N° 1 del año 2005 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N° 211 de 1973, **se acoge** el recurso de reclamación deducido en la presentación de fojas 3.639 por la requerida Whirlpool S.A. en contra de la sentencia de catorce de junio de dos mil doce, escrita a fojas 3.579, **sólo en cuanto** se reduce a 5.000 Unidades Tributarias Anuales la multa que se impone a la referida empresa, desestimándose el recurso en todo lo demás.



Regístrese y devuélvase con sus agregados.

Redacción a cargo del Abogado Integrante señor Prieto.

Rol N° 5308-2012.

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema integrada por los Ministros Sr. Héctor Carreño S., Sr. Pedro Pierry A., Sra. María Eugenia Sandoval G., la Ministro Suplente Sra. Dinorah Cameratti R., y el Abogado integrante Sr. Alfredo Prieto B. No firman, no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo de la causa, la Ministro señora Cameratti por haber terminado su periodo de suplencia y el Abogado Integrante señor Prieto por estar ausente. Santiago, 24 de septiembre de 2013.

Autoriza la Ministra de Fe de la Excma. Corte Suprema.

En Santiago, a veinticuatro de septiembre de dos mil trece, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.