

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

SENTENCIA Nº 122/2012

Santiago, catorce de junio de dos mil doce.

VISTOS:

1. Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica

1.1. Con fecha 29 de julio de 2010, según consta a fojas 10 y siguientes, el Sr. Fiscal Nacional Económico (en lo sucesivo también e indistintamente la “Fiscalía Nacional Económica”, “FNE”, la “Fiscalía” o la “requirente”) presenta ante el Tribunal un requerimiento en contra de Tecumseh Do Brasil Ltda., en adelante también “Tecumseh” o “TDB” y Whirlpool S.A., en adelante también “Whirlpool” “WSA” o “Embraco”, de acuerdo a lo que se indica en el numeral 2.5 de la parte expositiva de esta sentencia, afirmando que las requeridas han infringido el artículo 3° del D.L. 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.

1.2. Señala la FNE que los hechos fueron confesados por la empresa Tecumseh, partícipe del cartel, a propósito de una petición de exención de multa, establecida por el Artículo 39 bis del D.L. N° 211.

1.3. Se indica que conforme el reconocimiento de Tecumseh, dicha empresa formó parte, por lo menos desde 2004, de un cartel internacional con Whirlpool, Danfoss, ACC y Matsushita, cuyo objeto ha sido incrementar ilícita y artificialmente el precio de los compresores herméticos.

1.4. En cuanto a los hechos, indica la FNE que los miembros del cartel planificaban y sostenían reuniones anuales, a las que asistían altos ejecutivos e integrantes de divisiones de venta, acordando en ellas las alzas de precios.

1.5. Las alzas se fijaban en aumentos porcentuales por regiones del mundo y por categorías de producto, por ejemplo: conforme nivel de potencia, rango de refrigeración y eficiencia energética. Acordado lo anterior, cada empresa comunicaba las alzas a sus clientes representados por los principales fabricantes de refrigeradores y congeladores del mercado afectado. Luego, representantes de cada compañía contactaban o visitaban a sus clientes de manera de implementar y ejecutar las alzas, verificando además que todos los miembros del cartel aplicaran el incremento.

1.6. En cuanto a las áreas geográficas eran identificadas por el cartel como: Estados Unidos, Europa, Asia y Centro América, América del Sur, África y otros

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

“países pobres”, zona a la cual pertenecía nuestro país.

1.7. Paralelamente también se desarrollaban reuniones bilaterales en Brasil, por TDB y WSA para tratar el mercado latinoamericano en específico.

1.8. Las alzas tuvieron efecto, al menos, hasta febrero de 2009, fecha en la que las requeridas tomaron conocimiento de la existencia de una investigación en su contra decretadas por las Agencias de Competencia en Brasil, Estados Unidos y la Unión Europea.

1.9. La FNE cita en apoyo de su relato de los hechos diversos correos electrónicos, cuyos textos se extractaron a fojas 14 y siguientes, que dan cuenta de (i) los procedimientos simultáneos utilizados para aplicar el alza de precios concertada, (ii) el conocimiento de la ilicitud de la actividad, (iii) detalles de la operación del cartel por varios años, (iv) el contacto entre competidores y (v) el monitoreo del cumplimiento de los acuerdos entre ellos. Algunos de los citados correos electrónicos referidos específicamente al mercado latinoamericano y otros referidos al mercado chileno específicamente.

1.10. TDB y WSA exportan a Chile compresores herméticos, contribuyendo a satisfacer una demanda de alrededor de 400.000 unidades anuales. Entre los clientes chilenos se encuentran por ejemplo Compañía Tecno Industrial (CTI), Sindelen S.A. (Sindelen), Mimet S.A. (Mimet) y Carrier (Chile) S.A. (Carrier).

1.11. Se señala expresamente que las requeridas, previo a informar a sus clientes chilenos los aumentos de precio acordados, se contactaban a través de reuniones o llamados telefónicos de sus ejecutivos a objeto de coordinar el porcentaje de aumento de precios que les sería aplicado. Citan al efecto correos enviados a partir del mes de noviembre de 2006 a personeros de Sindelen y Carrier.

1.12. A continuación relatan los hitos más importantes de las reuniones sostenidas por los miembros del cartel en las ciudades de Nüremberg y Frankfurt.

1.13. En cuanto a la industria, indica la FNE que la que resulta afectada por el cartel es la de fabricación y comercialización de compresores usados en la producción de equipos de refrigeración de uso doméstico (línea blanca) y equipos de refrigeración de uso comercial (menores y mayores) e industrial.

1.14. Agrega la FNE que los compresores tienen una alta complejidad tecnológica y son mejorados en cuanto a ciertas variables deseables como sustentabilidad, menor ruido, ahorro de costos o eficiencia energética. Los líderes mundiales en la fabricación de compresores son Whirlpool, Panasonic, ACC, Danfoss y Tecumseh.

1.15. Se trata de un mercado altamente tecnológico con altos costos de inversión en plantas productivas, investigación y desarrollo de nuevos productos y en donde la experiencia, economías de escala y de ámbito son relevantes para competir.

1.16. En cuanto al mercado relevante del producto indica la FNE que se refiere a los

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

compresores usados en equipos de refrigeración menores, es decir, compresores cuya potencia generalmente es menor a 1 hp. Aquellos superiores a 1 hp se destinan a equipos de refrigeración industrial y dadas sus características técnicas y costos no son sustitutos de los compresores destinados a uso domiciliario o comercial.

1.17. Respecto del mercado geográfico del producto se limita, en opinión de la FNE, a los compresores para equipos de refrigeración menores adquiridos en Chile vía importaciones desde Brasil. Aplicando el test del monopolista hipotético concluye la FNE que los fabricantes con plantas de producción ubicadas en Brasil pueden aumentar sus precios sin riesgo de perder demanda.

1.18. Señala que en Chile 2 oferentes dominantes que representan en su conjunto el 97% del mercado nacional. Dichas empresas son TDB y WSA, ambas ubicadas en Brasil, país en el cual producen exclusivamente compresores herméticos para equipos de refrigeración menores. Dado lo anterior califican el mercado como altamente concentrado, ascendiendo el índice HH a 4.970 puntos.

1.19. En cuanto a las barreras a la entrada, señala que la principal detectada es la existencia de altos costos hundidos. Las firmas establecidas han invertido en plantas de producción, de alto nivel tecnológico, en las que aprovechan las economías de escala y ámbito fabricando a grandes volúmenes tanto compresores como motores, termostatos, radiadores, etc. Asimismo las empresas establecidas invierten constantemente en investigación y desarrollo y han tendido a la integración vertical, fabricando parte importante de los componentes de los compresores.

1.20. Indica la FNE que durante el período 2004-2008 no se observa la entrada de nuevos competidores, cubriendo TDB y WSA cerca del 98% de las importaciones de compresores de baja potencia en Chile durante dicho período.

1.21. Destaca la FNE que en este mercado existen características que facilitan un acuerdo, tales como: reducido número de competidores; frecuencia de la interacción; contactos multimercado; insumo esencial; y, costos de cambio.

1.22. En cuanto a los efectos del cartel, señala que los principales importadores de compresores de baja potencia, que en conjunto acumularon un 95% del total importado fueron CTI con un 76%; Comex con un 10% y Mimet con un 9%.

1.23. En 2008, estos 3 importadores compraron casi exclusivamente a los fabricantes TDB y WSA: CTI adquirió un 51% de sus compras a WSA y un 49% a TDB; Comex un 98% a WSA y un 1% a TDB, y Mimet un 95% de WSA y 5% de TDB.

1.24. CTI fabrica las marcas Fensa y Mademsa y su participación en el mercado de refrigeradores es de un 45% al año 2008. Por su parte Mimet fabrica equipos de uso industrial y comercial y su participación es cercana al 60% en el mercado respectivo; y, por último Comex, que es la empresa importadora de Mimet, estando vinculadas pero dedicadas a distintas actividades económicas. Las empresas mencionadas son

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

las afectadas por el cartel. CTI y Sindelen son los únicos fabricantes nacionales de refrigeradores, compiten con multinacionales como WSA, General Electric, Electrolux, LG, Samsung y Mabe, y han debido enfrentar obstáculos para competir de igual a igual con marcas extranjeras. Sólo han podido tener acceso a la oferta de compresores de TDB y WSA a precios artificialmente altos.

1.25. Desde 2004 hasta fines de 2008 WSA y TDB les han comunicado a las empresas afectadas alzas de precios significativas y simultáneas, con pocos días de desfase. Siendo el compresor un insumo esencial, CTI y Sindelen han debido aceptar dichas alzas. Entre 2004 y 2008, el precio de los compresores vendidos a CTI por TDB ha aumentado un 83% mientras que los de WSA han aumentado un 81%.

1.26. Lo anterior es grave en opinión de la FNE, toda vez que el compresor es el componente con mayor incidencia en el costo total de fabricación del refrigerador, representando entre el 15% a 20% del costo total.

1.27. Dichas alzas abusivas han dañado a la industria nacional, obligando a Sindelen a reducir sustancialmente su producción de refrigeradores y a Mimet, a propósito de los servicios de garantía, pues han debido pagar altos precios por los compresores utilizados como repuestos.

1.28. En cuanto al derecho, indica la FNE que las requeridas han celebrado acuerdos ilícitos destinados a fijar alzas de precios en el mercado de compresores herméticos para la refrigeración. Sus ejecutivos se reunieron y contactaron en forma periódica, teniendo pleno conocimiento de la ilicitud de su conducta y de los efectos de esta. Dicha conducta se enmarca dentro de la letra a) del Artículo 3° del D.L. N° 211.

1.29. TDB confesó ante la FNE ser ejecutor de la conducta imputada, cumpliendo los requisitos para acceder al beneficio de exención de multa, al aportar antecedentes contundentes respecto de la existencia del cartel y su modo de operación. Aportó además declaraciones de ejecutivos que participaron activamente en el cartel, respecto de importantes detalles del funcionamiento del mismo.

1.30. Por otra parte WSA reconoció el cartel ante la autoridad brasilera de competencia, suscribiendo un acuerdo de cese de conducta con fecha 30 de septiembre de 2009, y comprometiéndose al pago de una multa de US\$53.000.000.-

1.31. En atención a la gravedad de la conducta y atendido lo expuesto, solicita la FNE que el Tribunal: (i) declare que las requeridas han infringido el D.L. 211 en su Artículo 3°; (ii) condene a WSA a una multa de 15.000 UTA; (iii) ordene a WSA el cese inmediato de estas prácticas y no ejecutarlas en el futuro; (iv) otorgue a TDB el beneficio de exención de multa, dado que ha cumplido cabalmente los requisitos que la ley establece; y, (v) condene a las requeridas al pago de las costas del juicio.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

2. Contestación de Whirlpool S.A.

2.1. Tras el rechazo de la excepción dilatoria de incompetencia del Tribunal, opuesta por la requerida Whirlpool S.A. a fojas 377 y siguientes por resolución escrita a fojas 514 y siguientes, Whirlpool S.A., en adelante también e indistintamente “Whirlpool” o “WSA” o “Embraco”, contesta el requerimiento con fecha 29 de diciembre de 2010, según consta a fojas 521 y siguientes.

2.2. En forma previa, deduce la excepción perentoria de falta de jurisdicción, afirmando que este Tribunal carece de potestad para conocer de los hechos materia del requerimiento, por tratarse de imputación de conductas ejecutadas fuera del territorio de la República, las que escapan a la jurisdicción de los tribunales nacionales a menos que exista norma local expresa en contrario, lo que en la especie no acontece.

2.3. En subsidio, opone la excepción de prescripción, dado que las acciones emanadas de las conductas que se imputan a WSA se encuentran prescritas. Luego, y en subsidio, afirma que no ha existido por parte de Embraco ningún atentado a la libre competencia en el mercado chileno; y, para el caso que todas las anteriores se rechacen las excepciones de *non bis in idem* y cosa juzgada, toda vez que los hechos que la FNE imputa a la requerida son los mismos que motivaron la investigación y el acuerdo alcanzado por WSA en Brasil, y que dio origen al pago de una multa que supera con creces los máximos establecidos por nuestra legislación nacional por dicho concepto.

2.4. En cuanto a las consideraciones preliminares, afirma la requerida que la FNE efectúa acusaciones genéricas de alzas de precios de ambas compañías que habrían tenido lugar en Chile a mediados de 2008 y que no explica claramente por qué dichas alzas obedecerían a un acuerdo y no a otros factores, limitándose para tales efectos a invocar comunicaciones internas de Tecumseh.

2.5. Los correos no permiten concluir acuerdo de alza de precios, menos que se pretendiera implementarlo en Chile, referidos a los años 2008 y 2009. Ni siquiera son aptos para acreditar la participación de Embraco en acuerdos de alzas de precio, ni en forma genérica, ni menos para producir efectos en Chile.

2.6. A continuación dedica un párrafo a la descripción de la “parte requerida” señalando que WSA contiene dos unidades de negocio independientes entre sí, una destinada a la fabricación de compresores y soluciones de refrigeración, que corresponde a Embraco y otra dedicada a la fabricación de productos de línea blanca. Atendido lo anterior deduce que si bien el requerimiento ha sido formalmente interpuesto en contra de WSA, en la práctica se ha dirigido contra Embraco, dado que es la unidad destinada a la fabricación de compresores y soluciones de refrigeración.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

2.7. Indica a continuación que ha colaborado activamente con las autoridades encargadas de velar por la libre competencia, que ha postulado a programas de “*leniency*” y suscrito acuerdos con autoridades de varios países tales como Brasil, Estados Unidos, Canadá, y autoridades europeas. En dichos acuerdos no habría mención respecto de la violación de normativa chilena de libre competencia.

2.8. En cuanto a la excepción de falta de jurisdicción, se funda en las mismas circunstancias de hecho que sirvieron de base a la excepción de incompetencia del Tribunal, opuesta como dilatoria a fojas 377 y siguientes, y que son las que a continuación se indican: (i) los hechos imputados consisten en conductas realizadas en el extranjero por personas jurídicas extranjeras, y respecto de bienes que se comercializan en el extranjero, algunos de los cuales llegan a Chile a través de importaciones; (ii) no se trata de una hipótesis de “delito a distancia”, consistente en la realización de conductas en el extranjero con el objeto de producir efectos en Chile. Son productos fabricados y comercializados en Brasil por personas jurídicas domiciliadas en dicho país, y algunos de los cuales son adquiridos por una compañía chilena e importados a este país; (iii) tampoco se trata de una hipótesis de presunta “impunidad”: las conductas imputadas por la FNE han sido investigadas y conocidas por las autoridades correspondientes, e incluso ya se ha producido un acuerdo en relación con ellas; (iv) la interpretación de la FNE conduce a absurdos impracticables; (v) lo que se sanciona en el D.L. N° 211 no son efectos, sino que la “ejecución o celebración” de actos. Es decir, se sancionan las conductas que atentan contra la libre competencia; (vi) el artículo 6 del Código Penal establece como limitación a la jurisdicción sancionatoria del Estado, el que las conductas sean cometidas dentro del territorio chileno; (vii) excepcionalmente, conductas ejecutadas en el extranjero pueden ser sometidas a la jurisdicción chilena, pero requieren de ley expresa, por tratarse de excepciones a la regla general. En la especie, las conductas atentatorias contra la libre competencia no son de aquellas exceptuadas en el artículo 6 del Código Orgánico de Tribunales, y en consecuencia, el Tribunal carece de jurisdicción para conocer de ellas; (ix) rige a este respecto el principio de territorialidad; y, (x) la única manera de otorgar jurisdicción al Tribunal para conocer de conductas ejecutadas en el extranjero es a través de una reforma a la normativa vigente que modifique el Artículo 6 del Código Orgánico de Tribunales.

2.9. En cuanto a la excepción de prescripción, señala la requerida que atendido que el plazo de prescripción aplicable a la acción deducida por la FNE es de dos años contados desde la ejecución de la conducta imputada, y habida consideración que el requerimiento debe tenerse por notificado y la prescripción por consiguiente interrumpida, en el mejor de los casos para la Fiscalía, con fecha 8 de noviembre de 2010, y en cualquier caso, el 25 de noviembre del mismo año, resulta que cualquier

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

hecho acaecido con anterioridad al 8 de noviembre de 2008 no es susceptible de ser cuestionado mediante acción alguna. Todos los hechos concretos que la FNE imputa a WSA son anteriores a dicha data, por lo tanto están prescritos, fundando su afirmación en relación al inicio del cómputo del plazo, el que, en opinión de la requerida se contabiliza desde la ejecución de la conducta imputada.

2.10. Señala por último que la FNE no imputa a Embraco ningún hecho específico que haya ocurrido con posterioridad al 7 de noviembre de 2008. Indica que compareció el 25 de noviembre al Tribunal, y que recibió una notificación inválida el 8 de noviembre de 2010. Sea que cualquiera de las dos fechas anteriores se considere una notificación válida, ésta tuvo lugar una vez transcurrido el plazo de prescripción de la acción deducida en autos, por lo que toda acción fundada en hechos acaecidos con anterioridad al mes de noviembre de 2008 se encuentra prescrita.

2.11. Respecto del mercado relevante, discrepa la requerida de las definiciones efectuadas por la FNE en su requerimiento. Para fundar su divergencia define lo que es un compresor; distingue entre el mercado de compresores de uso domiciliario y el mercado de compresores de uso comercial menor, para concluir que en vista de las características, es posible sostener que el mercado relevante de producto debe dividirse en dos mercados relevantes distintos: (i) compresores para equipos de refrigeración menores de uso doméstico; y (ii) compresores para equipos de refrigeración menores de aplicaciones comerciales.

2.12. Respecto del mercado relevante geográfico, critica la definición de la FNE, y tras su argumentación concluye que mercado relevante geográfico son todos aquellos países desde los cuales es posible suministrar compresores en forma competitiva. Señala asimismo que la experiencia indica que Chile importa compresores provenientes de Brasil, Europa y Asia y nada impide que en el futuro la oferta se amplíe a otras regiones geográficas.

2.13. Agrega además que Chile es una economía abierta a las importaciones y que en la industria de fabricación de compresores existen importantes competidores y un ambiente altamente competitivo en precios e innovación tecnológica. Los competidores han crecido debido al surgimiento de fabricantes chinos de compresores, los cuales son sumamente competitivos en precio y han evolucionado notablemente en la calidad de sus productos. Además de Embraco y Tecumseh, menciona como principales competidores a ACC, Baixue, Cubigel Compressors, Daewoo Electronics, Danfu, Donper, Huayi/Jiaxipera, KK, Konor/Quingdao Highly, LG, Mabe/Sanyo, Panasonic, Samsung, Wanbao/Huaguang, y, Wansheng, compañías ubicadas en Italia, China, Tailandia y Corea del Sur.

2.14. La requerida concluye este capítulo de la contestación señalando que Embraco es un proveedor competitivo que ofrece una buena relación precio-calidad,

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

y por este motivo sus clientes chilenos lo han preferido. Sostiene que las empresas chilenas tienen la opción de importar compresores de muchos lugares del mundo, de tal forma que no es verosímil señalar que el mercado relevante geográfico se limita exclusivamente a importaciones desde Brasil.

2.15. En cuanto a las conductas imputadas por la FNE, explica la requerida a este respecto el proceso de negociación de precios entre Embraco y sus clientes, señalando que Embraco sostiene una reunión anual con la plana gerencial de sus distintos equipos regionales de ventas y divisionales para definir las políticas de precio para el año siguiente, fijando sus metas de producción y resultados. Definida la estrategia de precios, cada equipo de venta comienza las negociaciones con sus respectivos clientes, dejando abierta la posibilidad de revisar precios durante el año.

2.16. Agrega por otra parte que Embraco ha enfrentado una espiral de costos crecientes, superior al incremento de los precios de sus compresores. Entre los años 2003 y 2007 Embraco enfrentó un alza de costos sobre sus bienes vendidos de un 100% aproximadamente. El valor del cobre se triplicó y el acero aumentó en un 80% aproximadamente. Señala además que debido a la valorización del Real frente al dólar y el crecimiento de la economía brasilera, los costos en mano de obra aumentaron en un 90%.

2.17. Indica que el año 2008 fue crítico: el acero había acumulado una gran alza de precios en relación a su precio base de principios de año, principalmente motivada por la gran demanda originada en China. Embraco enfrentó alzas en sus costos durante el año 2008 de casi un 19%. Con posterioridad, durante el segundo semestre de 2008 estalló la crisis *subprime* y con ello el valor de los *commodities*, y en particular del acero, decreció.

2.18. Agrega que a pesar del alza de costos que enfrentó Embraco durante todo este período, sus precios no fueron incrementados en la misma medida de sus costos, disminuyendo sus márgenes en un escenario de mercado crecientemente competitivo.

2.19. En cuanto a las imputaciones de la FNE en relación al mercado chileno, indica que se trata de afirmaciones generales salvo la imputación de dos hechos específicos referidos al alza de precio a partir de 1 de enero de 2007 y agosto de 2008.

2.20. Respecto del año 2007, la requerida controvierte y niega las imputaciones señalando que las supuestas conversaciones entre TDB y WSA no se referían a Chile, sino al mercado latinoamericano en general y que de la declaración de un ejecutivo de WSA se desprende que no aceptó el alza de precios y que el instigador del acuerdo frustrado fue un personero de TDB y no WSA. Agrega que las cartas enviadas por TDB dan cuenta de un aumento unilateral, y que la FNE omite

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

antecedentes que desmienten la colusión.

2.21. Respecto del año 2008, la requerida señala que la FNE no explica cómo se habría producido el acuerdo; que no explica nada sobre las comunicaciones entre TDB y WSA; y que las razones del alza de 2008 obedecen a razones de mercado y no a hipótesis de colusión. Indica además que no es creíble que el mismo mes (marzo 2008) en que TDB descubre ilegalidades en un antiguo funcionario, que decide auto denunciarse, sus ejecutivos acuerden alza de precios con su competencia en el mercado chileno. En opinión de la requerida los antecedentes que aporta TDB no son verídicos, a la luz del lo expuesto por la FNE.

2.22. Concluye la requerida que no habrían antecedentes en el proceso que sustenten la existencia de un acuerdo colusorio, y que las alzas de precio de 2007 y 2008 dan cuenta de acciones de mercado, plenamente justificadas por alzas de costos.

2.23. Agrega que no habiendo conductas contrarias la libre competencia por parte de la requerida, mal puede haber efectos. Indica que las conductas imputadas por la FNE relativas al mercado chileno, no dicen relación alguna con una supuesta colusión, sino todo lo contrario, y que las alzas de precio señaladas ni siquiera han cubierto el incremento total en los costos de producción de Embraco. Señala que los clientes chilenos no han sufrido perjuicio alguno y que han preferido a Embraco por la calidad de sus productos y razonabilidad en sus precios.

2.24. En cuanto a la excepción de cosa juzgada – *non bis in idem*, afirma la requerida que los hechos ya fueron investigados y conocidos por autoridades competentes en Brasil e incluso se llegó a acuerdo que implicó obligación de pagar multa. La FNE basa su acusación en los mismos antecedentes recopilados por el CADE. Dado lo anterior el requerimiento debe rechazarse por las siguientes razones: (i) el derecho sancionatorio no admite dos persecuciones y enjuiciamiento por los mismos hechos; y, (ii) es inadmisibleser sancionado dos veces por los mismos hechos. La persecución fiscal en materia de libre competencia tiene, en opinión de la requerida, todas las características propias de la investigación penal del Ministerio Público, lo que ratifica la importancia de regular los límites de dicha persecución. Agrega que la normativa del Código Procesal Penal prohíbe la doble persecución y doble castigo.

2.25. Indica también la requerida que el acuerdo firmado en Brasil es un equivalente jurisdiccional que produce cosa juzgada lo que en definitiva impide que el requerimiento de la FNE tenga algún destino. En mérito del referido avenimiento se obligó a un pago de casi US\$ 60 millones, monto que incluso supera el máximo de multa establecido en nuestra ley. De ser sancionada por el Tribunal, señala la requerida que estaría soportando 2 veces un gravamen que supera la sanción

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

máxima posible.

2.26. Por otra parte señala que la multa pedida por la FNE es desproporcionada, y por consiguiente solicita que de aplicarse alguna, sea prudencialmente rebajada, teniendo presente el beneficio económico obtenido con motivo de la infracción (la multa excedería entre 1,5 y 3 veces las ventas anuales en Chile); la gravedad de la conducta (WSA sostiene no haberlas cometido); y la reincidencia (no ha sido sancionada en Chile).

2.27. En atención a lo expuesto, Whirlpool S.A. solicita el rechazo del requerimiento, con costas, y, en subsidio, la rebaja de la multa solicitada por la FNE.

3. Intervención de la requerida Tecumseh Do Brasil Ltda.

3.1. Con fecha 29 de diciembre de 2010, según consta a fojas 558, Tecumseh do Brasil Ltda. evacúa el traslado conferido a fojas 47, allanándose al requerimiento presentado por la Fiscalía Nacional Económica.

3.2. Tecumseh afirma en la citada presentación que, en base a las investigaciones internas realizadas por su parte, la conducta ilícita de Tecumseh habría cesado a más tardar en julio de 2008.

3.3. En cuanto al mercado relevante afirma que correspondería sólo a los compresores herméticos de menos de 1 hp usados para conservación de alimentos, excluyéndose los utilizados para equipos de aire acondicionado.

4. Tercero coadyuvante.

A fojas 2471, se hace parte en calidad de tercero coadyuvante de la FNE, la empresa CTI Compañía Tecno Industrial S.A., argumentando que es uno de los principales afectados por la conducta colusoria llevada a cabo por TDB y WSA, toda vez que los compresores herméticos constituyen un insumo esencial para la producción de equipos de refrigeración, representando aproximadamente un 30% del costo total.

5. Resolución que recibe la causa a prueba.

El texto refundido de dicha resolución rola a fojas 604, y contempla los siguientes hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos: (1) *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 o potenciales que éstos habrían producido en los mercados chilenos;* (2) *Estructura y características 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;* y, (3) *Existencia de sentencias judiciales o decisiones administrativas relativas*

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

a los hechos materia de esta causa”.

6. Prueba rendida en el proceso.

6.1. Prueba documental y testimonial rendida por la Fiscalía Nacional Económica.

6.1.1. En cuanto a la prueba documental: (i) A fojas 10 y siguientes acompañó, en carácter reservado, declaraciones prestadas por altos ejecutivos ante el Cónsul de Chile en Sao Paulo, Brasil; minuta de reunión de 14 de octubre de 2004, efectuada en Nüremberg; minuta de reunión de 26 de septiembre de 2005, celebrada en Frankfurt; set de correos electrónicos correspondientes a los años 2004, 2005, 2006 y 2008; Reservados de la FNE; y, en carácter público, minuta suscrita ante el Conselho Administrativo de Defesa Económica (CADE); (ii) a fojas 227, antecedentes reunidos en el proceso seguido ante la Secretaría de Derecho Económico, perteneciente al Ministerio de Justicia de Brasil, bajo el N° 08012.000820/2009-1 y su respectiva traducción a fojas 344; (iii) a fojas 386, copia de la notificación del requerimiento a Whirlpool, efectuada por la Secretaría de Derecho Económico, Ministerio de Justicia de Brasil; (iv) a fojas 396 y siguientes, comunicado de prensa del Departamento de Justicia de Estados Unidos, de 30 de septiembre de 2010 en que Whirlpool y Panasonic se declaran culpables por su rol en una conspiración internacional para fijar precios de los compresores de refrigeradores; comunicado de Prensa de la Competition Bureau de Canadá, de 27 de octubre de 2010, que da cuenta del acuerdo en virtud del cual Whirlpool reconoce haber participado en el cartel; y, Minuta y Memorando de estudio efectuado por estudio de abogados de Sao Paulo; cuyas traducciones se acompañaron a fojas 504; (v) a fojas 497 y siguientes, informe en derecho denominado “La Jurisdicción Chilena sobre infracciones al Decreto Ley 211 cuya ejecución parcial o total tiene lugar en el extranjero”, de don Antonio Bascuñán Rodríguez; y, Memorando elaborado por estudio de abogados con sede en Sao Paulo, Brasil; (vi) Oficio N°1476-2011 de la Excm. Corte Suprema en virtud del cual devuelve exhorto internacional debidamente diligenciado; (vii) a fojas 786, declaración confidencial prestada ante la FNE el 27 de julio de 2010 con ocasión de la Investigación Rol N° 1710-10; (viii) a fojas 1079 y siguientes, exhibición de documentos por parte de Compañía Tecno Industrial S.A. (CTI), solicitada a fojas 635 y ordenada a fojas 787 y 831, diligencia en la que se exhibieron facturas, planillas con detalles de características técnicas, precios, modelos de motocompresores Whirlpool, Tecumseh y otros, correos electrónicos, cotizaciones e información sobre precios y costos de motocompresores. La confidencialidad de los documentos individualizados en los numerales (ii) y (iv) del acta de fojas 1079 se declaró por resolución de fojas 1294. Con posterioridad y según consta a fojas 2010, CTI acompañó copias de transferencias bancarias efectuadas durante los años 2008 y 2009 por parte de CTI a las requeridas en autos; (ix) a fojas 1230 bis, exhibición de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

documentos por parte de Sindelen S.A. solicitada a fojas 635 y ordenada a fojas 787 y 831. Se exhibieron facturas, comprobantes de pago correspondientes a importación de motocompresores, planillas con información respecto de importaciones y aranceles, certificados técnicos, correos electrónicos, registros de costos totales, contratos, órdenes de compra, etc.; (x) a fojas 1231, exhibición de documentos por parte de Mimet S.A., solicitada a fojas 635 y ordenada a fojas 787 y 831. Se exhibieron facturas comerciales, comprobantes de pago correspondientes a importación de motocompresores, planillas con información respecto de stock de motocompresores, importaciones y aranceles, listas de precios enviadas por Whirlpool y Tecumseh a Mimet S.A., certificados técnicos, correos electrónicos, registros de costos totales, contratos, órdenes de compra, planillas con información de costos totales, cartas, etc. Por resolución de fojas 1294, que provee la presentación de fojas 1290, se declaró la confidencialidad de los documentos individualizados en los numerales (ii), (iii), (iv) y (v) del acta que rola a fojas 1231; (xi) a fojas 1233, exhibición de documentos por parte de Whirlpool (Embraco), solicitada a fojas 776 y ordenada a fojas 831, 1012, 1877 y 1909. Se exhibieron cotizaciones y facturas a clientes chilenos, correos electrónicos y comunicaciones, cotizaciones, facturas y documentos en que constan precios de compra de insumos relevantes. Las versiones digitales del disco compacto que contiene documentos confidenciales y reservados exhibidos en la audiencia, fueron agregadas a fojas 1282. A continuación y según consta a fojas 1909, exhiben archivadores con correos electrónicos y documentos adjuntos entre miembros de Whirlpool y entre Whirlpool y sus clientes, referidos a fijación o variación de precios y costos de producción; y, archivador con cotizaciones. A fojas 2128, y en relación a la exhibición, acompañan 5 correos electrónicos bajo confidencialidad; (xii) a fojas 1236, se agregó Oficio del Instituto Nacional de Normalización; (xiii) a fojas 1757 se agregó Oficio del Ministerio de Energía; (xiv) a fojas 1921 se agregó Oficio del Director Nacional de Aduanas; (xv) a fojas 2002, se agregó Oficio del Ministerio del Medio Ambiente; (xvi) a fojas 2058, Norma que establece criterios de eficiencia energética relativos a equipos de refrigeración denominada “NCh3000. Of2006 Eficiencia Energética – Refrigeradores, congeladores y refrigeradores – congeladores de uso doméstico – clasificación y etiquetado”; (xvii) a fojas 2226, Form 8-K respecto de las empresas Tecumseh y Whirlpool; artículos publicados en medios escritos y sitios web; (xviii) a fojas 2310, informe económico de los economistas de la FNE Paula Roldán Barraza y Francisco Caravia Rabi denominado “Mercado Relevante. Requerimiento de la FNE en contra de las empresas Tecumseh do Brasil Ltda. y Whirlpool S.A.”; impresiones de reportajes; e impresión de revista que contiene información de cómo importar desde China; (xix) a fojas 2409, informe en derecho de don Juan Pablo Mañalich,

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

denominado “El principio ne bis in idem en el derecho sancionatorio chileno”; (xx) a fojas 2416, impresiones de sitios web de Embraco S.A.; (xxi) a fojas 2446, informe económico de los economistas de la FNE Paula Roldán Barraza y Francisco Caravia Rabi denominado “Estimación de las ganancias y la multa óptima del cartel de compresores en Chile” ; (xxii) a fojas 2466, diversos artículos de autoridades de competencia, sus respectivas traducciones y correos electrónicos; (xxiii) a fojas 2776, informe en derecho de don Raúl Nuñez Ojeda, en relación a la prescripción de la acción para perseguir ilícitos colusorios; e informe económico preparado por los economistas de la FNE doña Paula Roldán Barraza y don Francisco Caravia Rabi denominado “La duración de la ejecución y efectos del cartel de compresores en Chile”; (xxiv) a fojas 3227, copia de la Sentencia N° 57/2007 de este Tribunal y Sentencia de la Excm. Corte Suprema de fecha 28 de enero de 2008, recaída en el recurso de reclamación interpuesto con ocasión de la Sentencia N°57.

6.1.2. En cuanto a la prueba testimonial: (i) a fojas 790 declaró como testigo don Januario Domingos Soligon; (ii) a fojas 792 don Óscar Luis Almuna Weil; (iii) a fojas 794 don Manuel Alberto Jiménez Díaz; (iv) a fojas 800, don Mario Rodrigo Oportus Morales; (v) a fojas 1075, don Jorge Andrés Pérez Torres; y, (vi) a fojas 1238, don Juan Guillermo Triviño Torres.

6.2. Prueba documental y testimonial rendida por Whirlpool S.A.

6.2.1. En cuanto a la prueba documental: (i) A fojas 649, Informe en derecho de don Raúl Tavolari Oliveros e informe en derecho denominado “Límites en el ejercicio de las acciones en materia de libre competencia, por la existencia de un avenimiento suscrito por la FNE”, preparado por don Alejandro Romero Seguel, ambos presentados en causa rol N° 169-2008, y que, por resolución de fojas 787, se ordenó traer a la vista en la presente causa; (ii) a fojas 697 acompañó informe en derecho de don Héctor Hernández Basualto denominado “Falta de jurisdicción de los órganos chilenos para conocer de infracciones a la libre competencia cometidas en el extranjero y vigencia en Chile del principio ne bis in idem en su dimensión horizontal” y curriculum vitae del autor del referido informe; (iii) a fojas 713, informe en derecho de doña Ana Frazao sobre los efectos de un “acuerdo de cesación” (*compromisso de cessacao*) suscrito de conformidad a la Ley brasileña 8.884.794, su respectiva traducción al español y curriculum vitae de la autora del informe; (iv) a fojas 775 informe económico de don Gabriel Bitrán y don Alejandro Briones denominado “Informe económico sobre los mercados para compresores de refrigeración para uso doméstico y comercia liviano” y sus respectivos curriculum vitae; (v) a fojas 833 y siguientes, exhibición de documentos por parte de la FNE, según resoluciones de fojas 617 y 634. Exhibe 9 tomos de la Investigación Rol N° 1710-10, cuyas versiones públicas se agregaron a fojas 1792. A fojas 1793, y en relación con la referida

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

exhibición de documentos, la requerida Tecumseh acompaña versiones públicas de los documentos que les fueron entregados por la FNE, correspondientes a copias del expediente de investigación en lo que a Tecumseh se refiere; lo propio ocurre con el tercero coadyuvante CTI a fojas 2111 y siguientes; (vi) a fojas 1778, acompañó cotización de trabajo de la empresa “*Armazem de documentos*” y manual explicativo del sistema SAP; (vii) a fojas 2171, declaración jurada de Ana Frazao ante el Consulado de Chile en Brasilia y copias legalizadas del informe emitido por dicha persona; (viii) a fojas 2185, presentaciones relativas al desistimiento de exhortos internacionales; (ix) a fojas 2489, informe en derecho de don Raúl Tavolari Oliveros, relativo a la prescripción aplicable en autos; (x) a fojas 2504, informe en derecho de don Eduardo Jara Miranda y don Urbano Marín Vallejo, referido a la prescripción de la acción deducida en este proceso; (xi) a fojas 2605, informe económico elaborado por la economista Colleen P. Loughlin denominado “*Review of Pricing Data Provided to TDLC for Chilean Refrigeration Compressor Investigation*”; declaración jurada prestada ante el Consulado de Chile en Chicago; curriculum de la autora del informe económico y curriculum de la empresa Compass Lexecon; (xii) a fojas 2607 y siguientes, y en relación a la excepción de falta de jurisdicción, prescripción, peso de la prueba, estándar de convicción y vulneración del principio de la bilateralidad de la audiencia, acompañan: copia de proyecto que sanciona penalmente la colusión, copias de informes de comisiones, copias de oficios, sentencias de la Excma. Corte Suprema, Tribunal Constitucional, Corte de Apelaciones de Santiago y de este Tribunal. En relación a las características del mercado relevante y otros tópicos, acompañan copias de Tratados de Libre Comercio, artículos de prensa, sentencias, estudios y presentaciones power point; (xiii) a fojas 2839, documento denominado “*Tecumseh Products Company*” y su traducción y, bajo confidencialidad, documento denominado “*Embraco Global and Chilean Compressor Revenue and Units*” confeccionado por la consultora Compass Lexecon, que compara ventas globales y chilenas de compresores de Embraco en ingresos (US\$) y unidades en el período 2005 a 2009 con su correspondiente traducción.

6.2.2. En cuanto a la prueba testimonial: (i) a fojas 1799 declaró en calidad de testigo don Héctor Andrés Hernández Basualto; (ii) a fojas 1801, don Gilmar Pirovano; y (iii) a fojas 2015, don Gabriel Bitrán Dicowsky.

7. Prueba decretada por el Tribunal como medidas para mejor resolver.

A fojas 3333, como medida para mejor resolver y de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 31 N°5 del D.L. N° 211 se ordenó oficiar al Servicio Nacional de Aduanas a fin de que remitiera información relativa a la importación y exportación de todos los refrigeradores de uso doméstico y comercial, indicando al efecto determinados

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

códigos. Dicha diligencia fue cumplida a fojas 3566, con fecha 29 de diciembre de 2011, agregándose el Oficio N° 000337 del Director Nacional de Aduanas por resolución de fojas 3567.

8. Observaciones a la prueba

A fojas 2842, con fecha 19 de noviembre de 2011, la Fiscalía Nacional Económica hizo presente sus observaciones a la prueba; y, a fojas 2963, con fecha 19 de noviembre de 2011, rolan las observaciones a la prueba presentadas por la parte de Whirlpool S.A.

9. Resolución que ordena traer los autos en relación

A fojas 2197, con fecha 13 de octubre de 2011, el Tribunal ordenó traer los autos en relación y fijó la vista de la causa para la audiencia del día 1 de diciembre de 2011. Tras la suspensión presentada por el tercero coadyuvante y la suspensión presentada por Whirlpool S.A. la vista de la causa se llevó a cabo en la audiencia del día 15 de diciembre de 2011, alegando los apoderados de las partes. A fojas 3374 y 3486 rolan las minutas de alegato de la FNE y WSA, respectivamente, que en copia dejaron los apoderados de las partes.

Y CONSIDERANDO:

Primero. Que, como se consignó en lo expositivo de este fallo, con fecha 29 de julio de 2010, el Sr. Fiscal Nacional Económico interpuso un requerimiento en contra de Tecumseh y Whirlpool en el que, fundamentalmente, les imputa una infracción al artículo 3° del Decreto Ley N°211, al adoptar y llevar a cabo una serie de acuerdos destinados a incrementar artificialmente el precio de los motocompresores herméticos de baja potencia comercializados en el mercado chileno. Estos equipos constituyen uno de los insumos fundamentales para la fabricación de equipos de refrigeración. Señala el Sr. Fiscal que los hechos constitutivos de la conducta presuntamente anticompetitiva fueron confesados por la requerida Tecumseh, partícipe del cartel, con motivo de una solicitud de exención de multa, realizada conforme lo dispone el artículo 39 bis del Decreto Ley N°211, hechos que consistirían básicamente en haber formado parte -por lo menos desde el año 2004-, de un cartel internacional junto con Whirlpool, Danfoss, ACC y Matsushita, cuyo objeto ha sido incrementar ilícita y artificialmente el precio de los compresores herméticos. Siempre según la FNE, los integrantes de este cartel internacional planificaron y sostuvieron reuniones anuales a las que asistieron sus altos ejecutivos y los integrantes de sus divisiones de venta, y en las que acordaron las alzas de precio. Dichas alzas eran

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

comunicadas luego a sus clientes, esto es, los principales fabricantes de refrigeradores y congeladores del mercado afectado, quienes a su vez contactaban a sus respectivos clientes con el objeto de ejecutarlas, comprobando que todos los partícipes del cartel hubieran aplicado el incremento acordado;

Segundo. Que el Sr. Fiscal solicita a este Tribunal declarar que las requeridas Tecumseh y Whirlpool han cometido las conductas que se les imputan, condenar a esta última compañía al pago de una multa equivalente a 15.000 Unidades Tributarias Anuales y ordenarle el cese inmediato de este tipo de prácticas, así como no ejecutarlas en el futuro. Por su parte, solicita otorgar a Tecumseh el beneficio de exención de multa contemplado en el artículo 39 bis del D.L. N° 211, por haber cumplido en forma cabal con la totalidad de los requisitos legales para ello. Todo lo anterior con expresa condenación en costas;

Tercero. Que Whirlpool solicitó en su contestación el rechazo en todas sus partes de la acción del Fiscal, con costas, alegando fundamentalmente lo siguiente: (i) en forma previa, la excepción perentoria de falta de jurisdicción, fundada en que este Tribunal carece de potestad para conocer de los hechos materia del requerimiento, por tratarse de la imputación de conductas ejecutadas fuera del territorio de la República, las que escapan a la jurisdicción de los tribunales nacionales, a menos que exista norma expresa local en contrario; (ii) en subsidio, opone la excepción de prescripción de las acciones emanadas de las conductas que se imputan a Whirlpool puesto que, en su opinión, el plazo aplicable para tales efectos es de dos años contados desde la ejecución de la conducta denunciada. Habida consideración de que el requerimiento debe tenerse por notificado y la prescripción interrumpida, en el mejor de los casos, con fecha 8 de noviembre de 2010, y en cualquier caso, el 25 de noviembre de dicho año, alega esta requerida que cualquier hecho acaecido con anterioridad al 8 de noviembre de 2008 no es susceptible de ser cuestionado mediante acción alguna; (iii) que Whirlpool (Embraco) no ha cometido un atentado a la libre competencia en el mercado chileno, controvirtiendo en este punto la definición dada por la FNE respecto del mercado relevante de producto y mercado relevante geográfico; (iv) en cuanto a las conductas imputadas, ofrece una explicación alternativa fundada en la descripción del proceso de negociación de precios entre Embraco y sus clientes; el impacto de la devaluación del dólar y de los precios de los *commodities* que se usan para la fabricación de sus productos y en la de los compresores, desvirtuando por último las imputaciones de la FNE en cuanto al mercado chileno; (v) en subsidio de los argumentos precedentes, opone la excepción de cosa juzgada –*non bis in ídem*, fundada en que los hechos imputados por la FNE son los mismos que motivaron la investigación y el acuerdo

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

alcanzado por Embraco en Brasil y en que el doble enjuiciamiento y la doble sanción se encuentran proscritos de nuestro ordenamiento jurídico; y, (vi) que la multa solicitada por la FNE es desproporcionada;

Cuarto. Que, a su turno y como se expuso en la parte expositiva de esta sentencia, a fojas 558 Tecumseh contestó, con fecha 29 de diciembre de 2010, el traslado conferido a fojas 47 de autos, allanándose al requerimiento formulado por el señor Fiscal Nacional Económico en su contra y en contra de Whirlpool. En esta presentación afirmó que la conducta ilícita de Tecumseh habría cesado en una época no posterior a julio del año 2008 y que el mercado relevante—correspondería sólo a compresores herméticos de menos de 1 hp instalados en refrigeradores para conservación de alimentos y líquidos de uso doméstico o comercial, excluyéndose los compresores herméticos de menos de 1 hp usados en equipos de aire acondicionado;

Quinto. Que, antes de entrar en el análisis de los elementos de fondo referidos a las conductas imputadas en autos, estos sentenciadores se harán cargo, de las excepciones de falta de jurisdicción, de prescripción de la acción y de cosa juzgada opuestas por la defensa de Whirlpool en su escrito de contestación del requerimiento de fojas 521 y siguientes, en el orden indicado;

Sexto. Que respecto a la primera de las excepciones señaladas, debe tenerse presente que este Tribunal ha manifestado en reiteradas oportunidades que, si se siguiera la argumentación de la requerida Whirlpool, la presunta conducta ilícita quedaría reducida únicamente al lugar en que supuestamente se comete, celebra o acuerda, sin alcanzar al lugar en el que se producirían los efectos actuales o potenciales de la misma, con lo que se llegaría al extremo de no poder juzgarse en Chile restricciones a la competencia efectuadas en el extranjero pero que afecten a alguno de nuestros mercados, o al de juzgar conductas realizadas en Chile que no sean aptas para producir efectos anticompetitivos en el país, perdiendo con ello sentido la normativa del D.L. N° 211, cuyo propósito es el de velar, dentro del territorio de la República de Chile, por el desenvolvimiento competitivo de sus mercados. Lo anterior fue consignado en la resolución que se pronunció sobre la excepción de incompetencia del Tribunal opuesta por la defensa de Whirlpool a fojas 377 y siguientes y escrita a fojas 514 y siguientes de este expediente. Cabe agregar que la Sentencia N°117/2011, de este Tribunal, recoge el mismo criterio;

Séptimo. Que la misma resolución de fojas 514 y siguientes, como asimismo el informe en derecho de fojas 430 y siguientes, concluyen que una postura lo contraria a la expuesta precedentemente generaría el incentivo perverso de dejar en la

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

impunidad a quienes, queriendo vulnerar la competencia en los mercados chilenos, adoptasen *ex profeso* sus decisiones anticompetitivas o ejecutasen las acciones tendientes a implementarlas fuera de Chile, viajando con tal propósito a otro país, o utilizando medios de comunicación o intermediarios no situados en Chile, pues de esta forma, aunque los efectos de esas decisiones y acciones afectasen nuestros mercados, no habría manera de someterlos al conocimiento de este Tribunal;

Octavo. Que las imputaciones contenidas en el requerimiento del Sr. Fiscal Nacional Económico se refieren precisamente a conductas que habrían impedido, restringido o entorpecido la libre competencia en uno o más mercados en Chile, al incrementar, ilícita y artificialmente, el precio de los compresores herméticos de baja potencia comercializados en el mercado nacional. Dichas conductas se habrían materializado ejecutándose parcialmente el acuerdo colusorio en Chile (etapas de comunicación a cliente y aplicación de los nuevos precios) y, además habría producido efectos concretos en el mercado chileno de refrigeradores, en donde el compresor es un insumo muy relevante. De lo anterior no puede si no concluirse que el objeto del presente litigio dice relación con los efectos de la conducta en el mercado chileno, por lo que el ejercicio de la facultad del artículo 76 de la Constitución Política de la República se encuentra plenamente justificada al tenor de lo señalado precedentemente, por lo que se rechazará la excepción de falta de jurisdicción opuesta en forma previa por la defensa de Whirlpool;

Noveno. Que así rechazada la excepción referida en los razonamientos anteriores, corresponde hacerse cargo ahora de los argumentos concernientes a la excepción de prescripción formulados por Whirlpool, también en el escrito de contestación del requerimiento, agregado a fojas 521 y siguientes. En síntesis, la esta requerida sostiene que: (i) el plazo de prescripción aplicable en la especie es de dos años contados desde la ejecución de la conducta; (ii) el requerimiento debe tenerse por notificado y la prescripción interrumpida, en el mejor de los casos, con fecha 8 de noviembre de 2010 y, en cualquier caso, el 25 de noviembre del mismo año, por lo que en consecuencia, cualquier hecho acaecido con anterioridad al 8 de noviembre de 2008, no es susceptible de ser impugnado mediante acción alguna, por encontrarse éstas prescritas, en aplicación del antiguo artículo 20 del DL 211; (iii) todas las conductas que la FNE imputa a la requerida se habrían producido más de dos años antes de la notificación del requerimiento,– especificando la requerida que dichas conductas dicen relación con las investigaciones y hechos reconocidos en países extranjeros; que las eventuales conductas anticompetitivas debieron cesar antes de marzo de 2008 con la salida de Gerson Veríssimo de TDB y que, de los antecedentes que TDB habría proporcionado, se desprende que ésta habría

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

informado en julio de 2008 su decisión de no efectuar actos ilegales e inapropiados-; (iv) la FNE no imputa a Embraco ningún hecho específico que haya ocurrido con posterioridad al 7 de noviembre de 2008; y, (v) la requerida en cuestión compareció al Tribunal el 25 de noviembre de 2010. Antes, con fecha 8 de noviembre de 2010, WSA recibió copias del proceso. Señala a este respecto que en cualquier caso las dos posibles fechas de notificación tuvieron lugar transcurrido el plazo de prescripción de la acción;

Décimo. Que al respecto, debe analizarse cuándo se deben entender los hechos imputados como “ejecutados”, pues el término o fin de dicha ejecución señala el momento en que debe iniciarse el cómputo del plazo de prescripción, cualquiera que éste sea;

Undécimo. Que la ejecución del ilícito de colusión se inicia cuando se perfecciona el acuerdo anticompetitivo y se extiende hasta la terminación, cese o supresión del concierto de voluntades que lo configura. Los acuerdos entre competidores requieren, por regla general, de un conjunto de acciones que mantengan el estado de cosas contrario a derecho que provocan, y se extienden temporalmente mientras subsiste la supresión de la competencia entre los partícipes que resulta de los mismos. Lo anterior, dado que en este caso existiría una unidad de acción y no una serie de ilícitos distintos e independientes entre sí;

Duodécimo. Que en este sentido, tal como se señaló en la Sentencia N° 57/2007, el ilícito de colusión, atendida su especial naturaleza –esto es, que su éxito depende de la voluntad concertada de sus miembros de permanecer en él- implica normalmente una sucesión de actos en el tiempo destinados a mantener vigente el acuerdo colusorio y a prolongar sus efectos; así, por ejemplo, en los acuerdos de precios debe entenderse que subsiste el mismo -es decir, que éste está siendo ejecutado- mientras se mantenga el sistema de determinación y aplicación de precios pactado; en los acuerdos de reparto de mercado, ya sea geográfico, de clientes, o de cuotas de producción, subsiste mientras cada zona geográfica, cada cliente, o cada cuota de producción asignados, se mantenga en manos del competidor convenido, en cumplimiento de lo acordado;

Decimotercero. Que el criterio precedente determina que el momento a partir del cual debe computarse la prescripción se suspende hasta la terminación del ilícito, esto es, hasta el cese de su ejecución, que se extiende, mientras dura la producción de sus efectos anticompetitivos. Estos efectos consisten, como se dijo, en la supresión de la competencia entre sus partícipes. El criterio expuesto, esto es, que la colusión es un ilícito de carácter permanente, ha sido recogido por este Tribunal

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

incluso con anterioridad a la modificación introducida por la Ley N° 20.361, que consignó expresamente dicho carácter de los ilícitos previstos en la letra a) del artículo 3° del D.L. N° 211, al introducir la frase que señala que, respecto de tales conductas, *“el computo de la prescripción no se iniciará mientras se mantengan en el mercado los efectos imputables a la conducta objeto de la acción”*;

Decimocuarto. Que, por consiguiente, resulta necesario establecer hasta cuándo siguió ejecutándose el ilícito denunciado, momento que no necesariamente coincidirá con aquel en que exista prueba suficiente del cese del mismo, toda vez que la continuidad en la ejecución debe acreditarse. Por lo tanto, es preciso determinar el último momento respecto del cual exista prueba suficiente de la ejecución de la infracción materia de autos. En la especie, la última lista de precios presuntivamente concertados entre las requeridas fue remitida a Mimet y STI en agosto del año 2008, y ésta tuvo aplicación, al menos, hasta el mes de diciembre del mismo año, fecha en la se perfeccionó la última venta a los precios acordados en ella, según consta en la base de datos a partir de la cual se elaboró el informe económico agregado a fojas 775;

Decimoquinto. Que por consiguiente, puede afirmarse que, conforme a la evidencia disponible, el ilícito denunciado habría continuado en ejecución, como se indicó precedentemente, al menos hasta diciembre del año 2008, no siendo efectivo que hubiese cesado en marzo del mismo año con la salida de Gerson Veríssimo de TDB, ni tampoco en julio de 2008 según confesó TDB a la FNE en su solicitud de delación compensada. Ello, puesto que la aplicación de los precios concertados es una manifestación del respeto de los mismos por parte de los partícipes del acuerdo que los originó y es, por consiguiente, prueba suficiente de que este último permanecía en ejecución, suprimiendo la competencia entre las requeridas;

Decimosexto. Que así determinada la fecha hasta la cual se continuó ejecutando la conducta, esto es, diciembre del año 2008, queda determinado también el momento a partir del cual debe computarse la prescripción. A esa fecha, el inciso tercero del artículo 20 del D.L. N° 211 entonces vigente, disponía textualmente *“Las acciones contempladas en esta ley, prescriben en el plazo de dos años, contado desde la ejecución de la conducta atentatoria de la libre competencia en que se fundan. Esta prescripción se interrumpe por requerimiento del Fiscal Nacional Económico o demanda de algún particular, formulados ante el Tribunal”*. Luego, y dado que el requerimiento de autos, presentado en julio de 2010, se notificó el 8 de noviembre de 2010 a la última de las requeridas (fojas 383), esto es, antes de completarse el plazo de prescripción de la acción, corresponde rechazar la excepción

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

de prescripción de la acción deducida en autos;

Decimoséptimo. Que corresponde a continuación referirse a los argumentos esgrimidos por la requerida Whirlpool a propósito de la excepción de cosa juzgada -fundada en el principio *non bis in idem*- contenida en la presentación de fojas 521 y siguientes, excepción que se opuso en subsidio y para el caso que el Tribunal estime que Whirlpool incurrió en actos atentatorios contra la libre competencia. En síntesis, los argumentos son los siguientes: (i) los hechos ya fueron investigados y conocidos por las autoridades competentes en Brasil; (ii) Whirlpool alcanzó un acuerdo con las autoridades brasileñas en virtud del cual se obligó al pago de una suma de dinero, y dicho acuerdo, en opinión de esta requerida, revestiría el carácter de sustituto o equivalente jurisdiccional; y (iii) el derecho sancionatorio no admite doble persecución, enjuiciamiento y sanción por los mismos hechos;

Decimoctavo. Que a este respecto debe señalarse primeramente que la propia Whirlpool, o bien, las compañías de su mismo grupo empresarial -incluida Embraco-, han reconocido en otras jurisdicciones su participación (i) en un cartel internacional, como ocurrió en Estados Unidos, país en el que Embraco North América acordó declararse culpable y pagar US\$ 91.800.000.- en multas por su papel en una conspiración internacional para fijar los precios de los compresores de refrigeradores, según documentos agregados a fojas 388, 500 y reconocimiento de la requerida de fojas 526; o, (ii) al menos, en un intercambio de información sobre precios con sus competidores, como ocurrió en Brasil, país en el que Whirlpool y sus altos ejecutivos reconocieron ante el *Conselho Administrativo de Defesa Econômica* (CADE) la existencia de contactos entre funcionarios de Embraco y funcionarios de la competencia, entre los cuales fue intercambiada información comercial, inclusive información relacionada a precios y aumentos de precios, referentes al mercado brasileño de compresores herméticos. En virtud de dicho reconocimiento, Whirlpool pagó una cifra cercana a los US\$60.000.000, conforme a los documentos acompañados a fojas 1 y 525 vuelta;

Decimonoveno. Que, por otra parte, en Canadá, Embraco North América fue multada con US\$1.500.000 por el Tribunal Federal, tras declararse culpable de los cargos criminales por fijación del precio de los compresores herméticos vendidos a un productor de refrigeradores para el hogar y congeladores de Canadá, según documentos agregados a fojas 390, 502 y reconocimiento de fojas 526 vuelta. En Nueva Zelanda, la Comisión de Comercio llegó a un acuerdo con Embraco en relación al cartel de compresores, según documentos agregados a fojas 2223 y 2224. Además de lo anterior, la requerida WSA ha reconocido haber colaborado

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

activamente con las autoridades encargadas de velar por la libre competencia, haber postulado a programas de delación compensada o *leniency* y suscrito acuerdos con autoridades de varios otros países;

Vigésimo. Que, en la especie, el objeto de juzgamiento por parte de este Tribunal es la conducta consistente en 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, conducta que difiere sustancialmente de aquella perseguida por las autoridades brasileñas, que dicen relación con prácticas restrictivas que afectan la libre competencia en el mercado brasileño, según da cuenta el documento agregado a fojas 227. Asimismo la propia Minuta de Compromiso, agregada a fojas 1 y siguientes, precisa que las declaraciones, obligaciones y efectos de dicho acuerdo de compromiso se limitan al mercado brasileño, al territorio de Brasil, descartando de plano una eventual relación con otras jurisdicciones y territorios extranjeros;

Vigésimo primero. Que, por lo razonado en la consideración precedente, la excepción de cosa juzgada no puede sino rechazarse, en tanto la conducta sobre la cual debe pronunciarse este Tribunal imputada en ambas jurisdicciones no es la misma, toda vez que en esta sede debe conocerse de un eventual acuerdo para fijar los precios de venta para Chile de los compresores a los que se refiere el proceso de autos, por lo que los hechos sometidos al juzgamiento de este Tribunal y el mercado relevante involucrado son diferentes a aquellos conocidos y calificados por los órganos competentes de Brasil, según se ha indicado en la consideración vigésima precedente;

Vigésimo segundo. Que, en cuanto a las conductas imputadas, señala la FNE en su requerimiento que Tecumseh y Whirlpool ejecutaron actuaciones que tenían por objeto 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, los cuales constituyen un insumo principal en la fabricación de equipos de refrigeración;

Vigésimo tercero. Que la FNE indica que Tecumseh presentó -en su calidad de partícipe del cartel- una solicitud de exención de multa en virtud de lo dispuesto en el artículo 39 bis del DL 211, tras reconocer la existencia de una cartelización a nivel global entre los mayores productores mundiales de compresores herméticos para refrigeración, proporcionando al efecto información sobre el contenido y objeto del acuerdo y otros antecedentes, que la propia FNE ha calificado como precisos y veraces;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Vigésimo cuarto. Que en el requerimiento de autos, la Fiscalía señala que, según lo reconocido por Tecumseh, dicha empresa formó parte, a lo menos desde el año 2004, de un cartel internacional con las compañías Whirlpool, Danfoss, ACC y Matsushita, cuyo objeto fue el de incrementar ilícita y artificialmente el precio de los compresores herméticos. Los miembros del cartel en cuestión, habrían planificado y sostenido reuniones anuales, a las que asistían altos ejecutivos e integrantes de divisiones de venta, acordando en ellas las alzas de precios. La FNE describe a continuación cómo se fijaban las alzas; la manera de comunicar las mismas a los clientes de las compañías coludidas, esto es, a los principales fabricantes de refrigeradores y congeladores del mercado afectado; la forma en que se ejecutaban e implementaban las referidas alzas; y el mecanismo de monitoreo de la actuación conjunta;

Vigésimo quinto. Que este Tribunal ha sostenido con anterioridad, y más precisamente en su Sentencia N° 119/2012, que la confesión de un miembro de un cartel constituye una prueba directa del acuerdo y que, desde un punto de vista procesal, cuando es usada contra los demás demandados, ha de otorgársele el valor de una prueba testimonial;

Vigésimo sexto. Que cabe agregar que el valor de la prueba testimonial depende de los caracteres de gravedad y precisión que ésta tenga para determinar si puede, por si sola o unida a la restante prueba rendida, formar convicción del Tribunal, aplicando para ello las reglas de la sana crítica. Hay que tener presente al respecto que, si incluso en los casos de prueba tasada la declaración de un solo testigo puede revestir el carácter de plena prueba, según lo dispuesto en el artículo 384 N° 1 en relación con el artículo 426 inciso segundo del Código de Procedimiento Civil, con mucho mayor razón ello podría ocurrir cuando la prueba debe apreciarse de acuerdo a las reglas de la sana crítica, como ocurre en esta sede;

Vigésimo séptimo. Que, por tal motivo, a continuación este Tribunal estudiará en su mérito la confesión de Tecumseh contenida en su solicitud de beneficio de exención de multa conforme al artículo 39 bis del D.L. 211, de fecha 13 de octubre de 2009, para contrastarla con las restantes declaraciones y prueba que obra en autos;

Vigésimo octavo. Que en el escrito de la referida solicitud, agregada a fojas 1, 2 y 3 del Tomo I del Cuaderno de Exhibición de la FNE, Tecumseh confiesa que: *“Para los efectos de la presente solicitud, ponemos en conocimiento de la Fiscalía Nacional Económica la existencia de un cartel a nivel global entre los mayores productores mundiales de compresores herméticos para refrigeración (en adelante los “compresores”). Estos compresores tienen múltiples usos, incluida la refrigeración o*

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

congelamiento para fines comerciales o residenciales (doméstico)... Tecumseh do Brasil Ltda. (en adelante Tecumseh), uno de los mayores productores mundiales de compresores, ha descubierto evidencia substancial de la existencia de reuniones y discusiones periódicas entre ejecutivos e integrantes de equipos de ventas pertenecientes a los fabricantes de compresores líderes en Brasil y Europa en las cuales se propusieron, entre otros, aumentos en los rangos de costos, mantenimiento de cuotas de mercado, etc. Tales propuestas fueron aprobadas y acordadas por los participantes en esas reuniones, incluyendo a quienes participaron por Tecumseh. A consecuencia de ello, dichos acuerdos fueron implementados en los precios ofrecidos y en la forma de actuar en los mercados correspondientes. Esas reuniones tuvieron relación con los precios y mercados en varios países, incluido Chile. Este cartel tuvo una duración de al menos 5 años”;

Vigésimo noveno. Que, del tenor de la solicitud de Tecumseh citada, no puede sino afirmarse que dicha compañía confesó haber acordado con sus competidores un alza de precios de ventas de compresores para refrigeración, afectando el mercado chileno;

Trigésimo. Que conforme a las máximas de la experiencia y de la lógica es razonable sostener que el motivo de la confesión de Tecumseh ha sido precisamente el de evitar las graves consecuencias que para la empresapudieran derivarse de la prueba de colusión en su contra, razón por la cual dicha confesión ha de considerarse como un antecedente probatorio importante respecto de la existencia del acuerdo, sin perjuicio del análisis de la restante prueba que obra en autos;

Trigésimo primero. Que la confesión de TDB es consistente con las declaraciones de José Celso Lunardelli Furchi, a la sazón Director de Marketing y Ventas de TDB; Januario Domingo Soligon, a la sazón Director de Ventas – Países Mercosur, Chile, África y Europa de TDB; y, de doña Trudy Suzanne Lyall, secretaria y, a la fecha de los hechos, Asistente Ejecutiva de Gerson Veríssimo, Presidente de TDB; todas ellas prestadas ante el Cónsul de Chile en Sao Paulo, Brasil, y que se analizan a continuación;

Trigésimo segundo. Que en su declaración de fecha 2 de junio de 2010, acompañada a fojas 57 y 58 del cuaderno de documentos reservados a terceros de Tecumseh y a fojas 24 y 25 del cuaderno de exhibición de la FNE, Tomo I, doña Trudy Suzanne Lyall, refiriéndose a la existencia y operación del cartel, señala: “*Me di cuenta que el cartel existía cuando la investigación comenzó en Brasil, más o menos en agosto de 2008. Antes de eso sabía de reuniones en el extranjero, correspondencia y llamadas telefónicas hechas entre Tecumseh, Embraco, Danfoss*

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

y ACC, ya que preparé muchas traducciones para Gerson Veríssimo e hice muchas de las llamadas para él, como solicitó”. Agrega que “muchos de los faxes y correos electrónicos se referían a reuniones y llamadas telefónicas que Gerson y otros empleados de Tecumseh (ej.: Celso Furchi, Januario Soligon, Michel Geraissate) tenían con competidores. La frecuencia de estos faxes/correos electrónicos y llamadas telefónicas a los competidores era regular, aumentando en la época del año en que Tecumseh planeaba realizar sus negociaciones anuales de precios...” También señaló en dicha declaración que “Gerson solicitaba frecuentemente vía email que empleados de Tecumseh contactaran a cierta gente para obtener información acerca de lo que los competidores estaban haciendo o lo que pretendían hacer. Las reuniones con competidores también tenían lugar en Europa después de la gran feria de refrigeración en Alemania... Gerson participaba en algunas de estas reuniones y en otras empleados de Tecumseh participaban a petición de Gerson”.

Trigésimo tercero. Que, por su parte, don José Celso Lunardelli Furchi, según se ha señalado, a la sazón, Director de Marketing y Ventas de TDB, en su declaración de fecha 2 de junio de 2010, acompañada a fojas 6 del cuaderno de documentos públicos de la FNE, refiriéndose a su participación en las actividades del cartel, señala: “por órdenes del Sr. Veríssimo, participé, junto con otros profesionales de TDB en reuniones (una en 2001 y dos en 2004) con representantes de Embraco... en que se trataron los siguientes temas: evolución de los costos , situación general del mercado y acuerdo sobre porcentaje mínimo de aumento de precios a informar a los clientes de ambas compañías”. A continuación hace referencia a la reunión en la planta de Embraco en Joinville, Santa Catarina, Brasil, a la que asistieron también Ingo Einhardt (Director de Ventas y Marketing de Embraco) y Mike Inhetvin (Gerente de mercados Globales de Embraco), en la que trataron la posibilidad de aplicar un aumento de precios a los clientes del mercado brasileño, llegándose al acuerdo de aumentar los precios en un 17 a 18%, aplicable a partir de agosto de 2001. Se refirió también en la citada declaración a conferencias telefónicas, reuniones y llamados telefónicos entre ejecutivos de TDB y Embraco, en los que se trató el tema del aumento de precios para América Latina, incluyendo a Chile. También afirma que durante el año 2005 tuvo contacto con funcionarios de Embraco, en particular los Sres. Daílson Farías y Dario Gert Isleb, con los que discutió un aumento de precios programado y compartió estrategias para aumentar y mantener los “recientes” aumentos de precios aplicados a los clientes. Por último, indica que en una reunión con Ed Burker en Estados Unidos, el 30 de julio de 2008, tomó conocimiento de que las actividades que describió en su declaración eran propias de un cartel y que había una investigación en curso por las autoridades de competencia en Brasil;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Trigésimo cuarto. Que, por su parte, don Januario Domingo Soligon, Director de Ventas – Países Mercosur, Chile, África y Europa de TDB, en su declaración de fecha 15 de junio de 2010, acompañada a fojas 1 del cuaderno de documentos públicos de la FNE, afirma respecto de la existencia del cartel entre TDB, Embraco, ACC, Matsushita y Danfoss lo siguiente: *“En el año 2004, el señor Gerson Veríssimo (Presidente de TDB) me convocó para participar en dos reuniones con el competidor Embraco (Whirlpool), cuya finalidad fue discutir la necesidad de coordinar la aplicación de aumentos de precio que estuvieran en línea con las constantes alzas en los precios de las materias primas. En efecto, con fecha 17 de marzo de 2004, junto a los Sres. Gerson Veríssimo y Celso Furchi, me reuní con los ejecutivos de Embraco Sres. Ernesto y Gilberto Heinzelmann y el señor Ingo Erhardt, en la planta de Embraco en la ciudad de Joinville, Santa Catarina, Brasil. Dentro de los temas tratados en dicha reunión se discutió sobre aumento de precios a los clientes”*. Luego se refiere a una serie de correos electrónicos correspondientes a abril, mayo y septiembre de 2005, y noviembre de 2006, en los que ejecutivos de TDB daban cuenta de reuniones sostenidas con personeros de Embraco, refiriéndose precisamente a: (i) Mauro Mendonca de Carvalho, Gerente de Ventas y Marketing de Tecumseh, quien se reunió con su par de Embraco Sr. Daílson Farias; (ii) Gerson Veríssimo, presidente de Tecumseh quien instruye a Mauro Mendonca, Celso Furchi y al propio Januario Soligon en orden a contactar a Embraco para tratar *“(…)entre otras materias, el tema de los precios a clientes haciendo hincapié que debíamos abordar ese asunto con ‘especial inteligencia y cuidado”*; (iii) Gerson Veríssimo, quien informa a ejecutivos de TDB -en concreto a los Sres. Fernando Ribeiro, Valter Costa y Celso Furchi, que se reunió con Ernesto Heinzelmann (Presidente de Embraco) y Paulo Periquito (ejecutivo de Multibrás, compañía del Grupo Whirlpool), en las dependencias del Hotel Grand Hyatt, Sao Paulo, el 1 de septiembre de 2005, con el objetivo de -entre otras cosas- promover una reunión entre los presidentes de Embraco, ACC, Danfoss y Matsushita para buscar una limitación a la oferta de compresores y no una reducción de los precios; (iv) Gerson Veríssimo, quien lo instruye por correo electrónico para discutir con Dario Gert Sleb y Daílson Farías, ejecutivos de Embraco, la posibilidad de aplicar a los clientes de América Latina, incluyendo Chile, un aumento mínimo de un 6% a partir del 1 de julio de 2007, situación que ya habría sido discutida entre los Presidentes de Embraco y de TDB, ya existiendo, por lo tanto, un acuerdo sobre el tema entre estos últimos;

Trigésimo quinto. Que estas declaraciones, prestadas por altos ejecutivos de Tecumseh y por la secretaria y asistente del Presidente de dicha compañía ante el Cónsul de Chile en la ciudad de Sao Paulo, valoradas conforme a la sana crítica, son considerados como veraces y acreditan de manera directa la existencia de colusión

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

lo que, unido a lo detallada de las mismas, permite sostener que se trata de personas instruidas en los hechos y sus circunstancias particulares, por lo que el Tribunal otorgará mayor fuerza probatoria a las citadas declaraciones extrajudiciales;

Trigésimo sexto. Que los antecedentes descritos en las consideraciones vigésimo octava a trigésimo cuarta precedentes, que prueban la existencia de colusión, se ven confirmados con la restante prueba directa del acuerdo, consistente en los correos electrónicos que se analizarán a continuación, ordenados cronológicamente;

Trigésimo séptimo. Que, a fojas 33 del cuaderno de documentos públicos de la FNE, ex reservados, se acompañó traducción del correo electrónico de fecha 6 de mayo de 2004, enviado desde la dirección electrónica de Trudy Suzanne Lyall, en nombre de Gerson Veríssimo, a un grupo de funcionarios de TDB, dentro de los cuales se encuentran Celso Furchi y Januario Soligon, cuyo asunto es *“Mensaje de G. Veríssimo/Aumento de Precios- noticias de mayo 5, 2004”*. En el citado correo se informa sobre diversos llamados telefónicos sostenidos con altos representantes de las empresas participantes del cartel. Da cuenta de conversaciones con Valter Taranzano, Presidente del Consejo y Director General de ACC; Lars Snitkjaer, Director de Ventas y Comercialización de Danfoss y Ernesto Heinzelmann, Presidente y Director General de Embraco. Según Gerson Veríssimo, las conversaciones versaron sobre el estado de producción y venta de sus productos, el cumplimiento de acuerdos de alzas de precios y los problemas enfrentados por los partícipes del acuerdo;

Trigésimo octavo. Que el correo citado en la consideración precedente contiene una síntesis de la conversación entre el Sr. Veríssimo y el Presidente de Embraco, Sr. Ernesto Heinzelmann, en los siguientes términos: *“Perdieron [Embraco] participación en el mercado frente a Matsushita ‘que fue bueno porque no tenían (Embraco) la capacidad disponible para cumplir todos sus compromisos’. Ernesto también informó que con esto Matsushita ha vendido por completo todas sus familias y en todas sus plantas y no representa un riesgo para nadie. Embraco aumentó o está terminando el proceso de aumento en Brasil y en los países ‘pobres’ en dólares estadounidenses a porcentajes muy similares a los de TDB (OEM grande en Brasil: 18% al 19%; otros países 14% - 15% en dólares estadounidenses); en Europa (Euros) y en América del Norte (dólares estadounidenses) el aumento debe ser un mínimo del 8% al 9% para las aplicaciones de R&F y comerciales. Jura que en Europa y América del Norte ya ha hecho el aumento o está terminando las negociaciones, que se aplicarán en la mayoría de los casos a partir del 1 de junio del 2004, y en algunos casos excepcionales, a partir de 1 de julio de 2004. Dijo que*

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

todos los grandes consumidores están conscientes de esto, a través de reuniones específicas más cartas que ya se enviaron...”;

Trigésimo noveno. Que en el mismo correo electrónico, el Sr. Veríssimo observa las acciones de Tecumseh, y en relación con Latinoamérica señala lo siguiente: *“Latinoamérica, Sudáfrica, Egipto, Turquía y otros países ‘pobres’ (dólares estadounidenses); estamos concluyendo los procesos de aumento para alcanzar el 14% (el 1 de marzo de 2004 aplicamos los primeros aumentos que iban del 5% al 7% dependiendo del caso)”;*

Cuadragésimo. Que a fojas 42 del cuaderno de exhibición de la FNE, Tomo I, rola una traducción del correo electrónico de fecha 13 de mayo de 2004, enviado por el Sr. Veríssimo a don Celso Furchi –a la sazón, Vicepresidente de Marketing y Ventas-; a don Januario Soligon –a la sazón Director de Ventas Países Mercosur, Chile, Europa y Africa-; y a otros ejecutivos de TDB, que señala: *“Hablé con Ingo –Embraco. Me informa que debido a las acciones de los competidores, el incremento en el precio de los compresores Embraco para usos comerciales será de 6 a 7% y no de 8 a 9% (...) El incremento será para el primero de junio de 2004”;*

Cuadragésimo primero. Que, por otra parte, cabe hacer notar que los correos electrónicos intercambiados entre las requeridas y sus principales competidores no constituyen más que la materialización de acuerdos globales de precios celebrados desde el año 2004 a lo menos, de acuerdo con la evidencia allegada al proceso. Las materias discutidas en la reunión de fecha 14 de octubre de 2004 en Nüremberg, Alemania, a la que asistieron representantes de ACC, Danfoss, Whirlpool, Matsushita y Tecumseh, prueban la afirmación anterior. Copia del acta de la mencionada reunión fue agregada a fojas 9 del cuaderno de documentos públicos de la FNE, ex cuaderno reservado, con su respectiva traducción que rola a fojas 14 de dicho cuaderno;

Cuadragésimo segundo. Que en el acta citada en la consideración precedente, consta que cada una de las empresas expuso sobre su situación actual, dio cuenta de la ejecución de alzas de precios acordadas y propuso incrementar prontamente los precios. Así, según los apuntes de Bartolomeo Genta, Gerente de Ventas de Tecumseh Europa, agregados a fojas 80 y siguientes del cuaderno de documentos públicos de la FNE, ex cuaderno confidencial, los acuerdos de dicha reunión fueron los siguientes: *“1. Todos convinieron lo siguiente: - oportunidad para restablecer un precio normal. - recuperar por lo menos el costo de materiales. - se necesitan 2 dígitos contra el precio de 2003 para recuperar parcialmente los costos. - que no haya compromisos de precios contra volumen. - que es necesario empezar pronto a*

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

implementar los incrementos, antes que los materiales vayan a la baja. - se convino un incremento a partir de enero 2005 en las facturas. - que no haya precios fijos”.

Cuadragésimo tercero. Que además de los correos electrónicos referidos, y a mayor abundamiento, debe señalarse que constan en el cuaderno de exhibición de la FNE, Tomo I, correos intercambiados antes y después de la reunión de Nüremberg, que si bien no son concluyentes por sí mismos, permiten reforzar la tesis de la colusión y por consiguiente constituyen indicios de la misma, considerando las expresiones que contienen, algunas de las cuales se describen a continuación. En efecto, entre dichos correos cabe destacar los siguientes: (i) a fojas 40, correo de fecha 13 de abril de 2004, de Trudy Lyall, secretaria del Sr. Veríssimo, al Sr. Furchi, al Sr. Soligon y otros ejecutivos de TDB, titulado *“Mensaje del Sr. Veríssimo/Aumento de precios – Noticias del 5 de mayo de 2004”*. Señala que tiene noticias de una buena fuente respecto a *“(…) que Embraco comenzará sus acciones para subir los precios en dólares y euros, en el mercado norteamericano y europeo, entre un 8% a 9% (mínimo de un 6% a 7%) y que ACC y Matsushita harán lo mismo”*; (ii) a fojas 44, correo de fecha 19 de noviembre de 2004, enviado por el Sr. Veríssimo a Bartolomeo Genta, en el que informa de la visita a Embraco Brasil y su participación en una reunión con Ernesto Heinzelmann, Presidente de Embraco, en la que además compartieron información estratégica referida a Embraco Italia. Señala el Sr. Veríssimo que se ha decidido cambiar una planta, que se ha preparado un stock estratégico, el tiempo en que dicho stock será consumido, que las líneas de producción serán transferidas a Eslovaquia o China o para ambos países y que *“(…) a partir de mayo de 2005 desaparece un fabricante europeo de 3.5 /4.0 millones de unidades al año”*, por lo que sus conclusiones son: *“1) la oferta de compresores disminuirá a partir de mayo de 2005 sin Embraco Italia, y 2) los actuales clientes italianos de Embraco Italia estarán desesperados a partir de mayo o junio de 2005”*; (iii) a fojas 45, correo electrónico de fecha 16 de agosto de 2004 del Sr. Veríssimo al Sr. Furchi, denominado *“Empresa E, Señor I”*, en el que afirma *“(…) estamos iniciando (y no estudiando) nuestras nuevas acciones firmes de reajustes de precio (conforme otro correo electrónico que envié hoy”*; (iv) a fojas 46, correos de fecha 25 y 27 de noviembre de 2004, del Sr. Veríssimo al Sr. Furchi, respecto de una visita a Tecumseh y en los que el primero le recuerda al segundo comunicarse con la empresa Embraco para reajustar los precios en Norteamérica, en los siguientes términos: *“Celso, antes de tu viaje a USA, no olvides que será necesaria una nueva conferencia telefónica con la compañía “E” en cuanto al reajuste de precios en Norteamérica”*; (v) a fojas 47 y 48, correo de fecha 26 de abril de 2004, enviado desde la dirección electrónica de Trudy Suzanne Lyall por el señor J.M. Sassier de Tecumseh Europa al Sr. Veríssimo, sobre el cual consta anotación manuscrita de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Trudy Suzanne Lyall con mensaje dirigido a Celso Furchi con instrucción de Gerson Veríssimo para que contacte a ejecutivos de una empresa competidora de TDB denominada en dicha nota como “Mr. I” – quien conforme a la evidencia allegada al proceso se trata de Ingo Erhardt, Director Global de Ventas y Marketing de Embraco; (vi) a fojas 50 y siguientes, correo de fecha 14 de mayo de 2004 de W. Merrit de Tecumseh al Sr. Veríssimo y Sr. Furchi, relativo al alza de precios, en el que señala *“necesitamos ser muy cuidadosos con nuestro amigo (Embraco) y sus juegos”,* y en el que además el Sr. Veríssimo indica *“la noche del 11 de mayo hable nuevamente con Ingo (Erhardt)– Embraco. Me informa ahora que el aumento de precios de compresores de Embraco para aplicaciones comerciales será de un 6% a 7% y no de 8% a 9%, como previamente me informó”;* (viii) a fojas 62, 63, correo de fecha 17 de mayo de 2004, que contiene un mensaje del Sr. Veríssimo al Sr. Furchi en el que señala *“los reajustes están entre un 9.5% a 13.5% en Brasil, América Latina, Egipto, Turquía 14% y Africa del Sur 23% (sea firme en esto), insista para que hagan lo mismo”;*

Cuadragésimo cuarto. Que este Tribunal infiere del análisis conjunto de la correspondencia electrónica allegada al proceso, que los correos que se detallan a continuación se refieren a las empresas Danfoss”, “ACC”, “Embraco”, “Tecumseh” y “Matsushita”, mediante el expediente de mencionarlas por la primera letra de su nombre. Así, cuando utilizan las letras “D”, “A”, “E”, “T” y “M”, se están refiriendo, respectivamente, a cada una de dichas empresas;

Cuadragésimo quinto. Que así, respecto de la operación del cartel durante el año 2005, fueron agregados al proceso otros correos electrónicos que dan cuenta de la efectividad de dicha operación. En efecto, a fojas 36 y 37 del cuaderno de exhibición de la FNE, Tomo I, consta correo electrónico de fecha 2 de septiembre de 2005, enviado por el Sr. Veríssimo al Sr. Furchi, Sr. Soligon y otros ejecutivos, que indica: *“E (Embraco): reajuste del 6 a 7 % en el mercado de reposición – Brasil, a partir de 16/9/2005. Confirmar hoy con D de E (...) M (Matsushita)/E (Embraco)/ T (Tecumseh): Comentó una reunión con los presidentes de E/T/A/D/MatJ para una limitación de la oferta y no una reducción de los precios. Cualquier equivocación daría como resultado números rojos. La reunión deberá celebrarse en Europa tan pronto como sea posible. E coordinará este asunto (...);”*

Cuadragésimo sexto. Que la reunión a la que se hace referencia en el correo electrónico recién citado fue luego reprogramada por correos electrónicos de fecha 21 y 22 de septiembre de 2005, los que fueron agregados a fojas 71 y siguientes; en la letra C del primer otrosí del requerimiento de fojas 10 y siguientes; y también a

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

fojas 19 y siguientes del cuaderno de documentos públicos de la FNE, ex cuaderno reservado. El primero de ellos, en idioma inglés, enviado por Trudy Suzanne Lyall a Bartolomeo Genta y Giselda Valquiria Di Genova, ejecutivo y secretaria de Tecumseh, respectivamente, señala lo siguiente: *“Durante las últimas semanas, se han hecho esfuerzos para fijar una reunión en Europa entre D, A, E, T y M. El Sr. Veríssimo recibió una llamada de un director de E informando que la reunión será en Milán el lunes 26 de septiembre. El lugar y hora de la reunión serán confirmados hoy o mañana”*. El segundo de ellos, en idioma portugués, enviado por el Sr. Veríssimo a Trudy Suzanne Lyall y Giselda Valquiria Di Genova, señala: *“CONFIDENCIAL. Reunión Europa (con “amigos” D, E, y otros)... ahora será únicamente sobre el tema Europa, por lo tanto Celso no irá... será en Milán o Frankfurt... Avisen claramente a Bartolomeo y Michel que tiene que asistir obligatoriamente. Avisen a Celso que su viaje se canceló”*;

Cuadragésimo séptimo. Que, por su parte, a fojas 20 del cuaderno de documentos públicos de la FNE, ex cuaderno reservado, se acompañó el acta de la reunión celebrada en Frankfurt el 26 de septiembre de 2005, a la que se refieren las consideraciones cuadragésimo quinta y cuadragésimo sexta, extendida en inglés, y a fojas 26 y siguientes, del mismo cuaderno, su traducción. Asisten a ella los representantes de las compañías “E”, “A”, “D”, y, “T”. En el resumen de la reunión se lee lo siguiente: *“Orden del día propuesto por E: - Alinear la industria de compresores para no destruir el valor. Enfoque en el segmento de aparatos electrodomésticos en Europa. - Cambios de precios de enero de 2004 a enero de 2005. - Entorno actual del mercado. Oferta – Demanda – nuevos participantes (chinos – L.G. – Matsushita). - Panorama general de 2006. Materia prima, producción de fabricación: volúmenes actuales y futuros. - Negociación de la situación de 2006. - Enfoque general para negociación con cuentas importantes (Bosh, Electrolux, Whirlpool, Indesit, Liebherr, Arcelik, Vestel)”*. Más adelante –y a propósito de las reglas de la reunión- se señala: *“REGLAS GENERALES: No se establece precio/mercado. Definir el alcance y los detalles con los que las personas se sientan cómodos para compartir información. Instrucciones generales convenidas que deben seguirse o informarse en cualquier otra forma con suficiente tiempo. Temas de las juntas y análisis que serán confidenciales”*;

Cuadragésimo octavo. Que a fojas 30 vuelta del cuaderno de exhibición de la FNE, Tomo I; al requerimiento de autos en el primer otrosí, bajo la letra F2; y, al cuaderno de documentos públicos, ex reservado de la FNE, a fojas 36, fue agregado al proceso un correo electrónico de fecha 15 de noviembre de 2006, enviado desde la dirección de correo de Trudy Suzanne Lyall a Januario Soligon, cuyo asunto es

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

“Mensaje del Sr. Gerson”. Señala dicho correo: *“Januario, estás autorizado a hablar con discreción con la empresa “E”- personas que cuidan América Latina y Africa, sobre el tema mínimo 6% a partir del 1/1/07. Son dos personas, ¿te acuerdas? Un señor D que cuida OEM y otro señor? que cuida de revendedores y aplicaciones comerciales. Ese mínimo de 6% se comentó en el señor E el encargado haya [sic] y es un compromiso”*;

Cuadragésimo noveno. Que fue acompañado al primer otrosí del requerimiento de fojas 10 bajo la letra G2, y también a fojas 37 del cuaderno de documentos públicos, ex reservados, de la FNE, con su correspondiente traducción y versión pública, un correo electrónico que contiene la respuesta al correo citado en la consideración precedente, de fecha 16 de noviembre de 2006. En el referido correo el Sr. Veríssimo le indica al Sr. Soligon lo siguiente: *“Los nombres de la empresa “E”, si todavía no se cambiaron a otras actividades: Dario (R&F Oem) y Dailson (Aplicaciones comerciales y Distribución) Tienes que hablar. Haz un esfuerzo de hablar (puede ser que se demoren para atender, - hazlo personalmente, sin la intervención de la secretaria). Habla sobre América Central, América del Sur y Brasil”*;

Quincuagésimo. Que a fojas 30 del cuaderno de exhibición de la FNE, Tomo I, y a fojas 38 y 39 del cuaderno de documentos públicos, ex reservados, de la FNE, se acompañó copia y traducción del correo electrónico de fecha 16 de noviembre de 2006, enviado a las 8:24 AM, desde la dirección electrónica de Trudy Suzanne Lyall, por encargo de Gerson Veríssimo, a Januario Soligon, cuyo asunto es *“Mensaje del Sr. Gerson”* que se refiere al intercambio de correos referido en la consideración cuadragésimo octava precedente, que señala lo siguiente: *“Januario, Envíe vía Trudy sus impresiones respecto de las conversaciones con la empresa “E”. Envíe también, si tiene, comentarios sobre novedades en América Latina, Africa y Brasil, hoy o mañana, vía Trudy. Antes de su viaje deseo estar actualizado. Gracias, Gerson”*.

Quincuagésimo primero. Que, respecto del funcionamiento del cartel acusado durante el año 2006, se agregó a fojas 792 y 794 del Cuaderno de Exhibición de la FNE, Tomo III, un correo electrónico de fecha 23 de junio de 2006, enviado por el Sr. Veríssimo a otros ejecutivos de Tecumseh, en el que se efectúa un resumen de una conferencia telefónica y de una reunión sobre ajuste del precio con Whirlpool, y en el que también se precisan los puntos principales planteados por Tecumseh en la conferencia telefónica con Whirlpool Europa y Sudáfrica. También se menciona en dicho correo electrónico la conferencia telefónica de 23 de junio de 2006 –sobre el mismo tema-, sostenida entre ejecutivos de Whirlpool Europa y Sudáfrica y de Tecumseh y la reunión entre el Sr. Veríssimo y el Presidente de Whirlpool Brasil,

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

señor Paulo Periquito, llevada a cabo el 23 de junio de 2006;

Quincuagésimo segundo. Que, también en relación con el funcionamiento del cartel objeto de autos y del contacto entre competidores durante el período ya indicado, fueron agregados al proceso otros correos electrónicos que rolan (i) a fojas 1009 y siguientes, enviado por el Sr. Veríssimo a Fernando Ribeiro, en el que asimismo reenvía un correo del primero al Sr. Stolzenberg informando novedades en relación al ajuste del precio de venta, en los siguientes términos: *“el 31 de mayo de 2006 logramos el acuerdo para el ajuste del precio de venta, comenzando el 1 de junio”* y en el que se comenta además sobre la reacción de los clientes frente al alza porcentual; (ii) a fojas 1147, enviado por Trudy Lyall a Bartolomeo Genta con copia a Gerson Veríssimo, en el que el que este último señala *“envíame por favor lo antes posible una actualización de cómo están las cosas con nuestros competidores europeos (ACC, Danfoss, Embraco) y sus negociaciones con clientes europeos, especialmente Indesit, Candy, BSH Electrolux, Whirlpool, Vestel, Arcelik, Fags, Gorenje. Si tienes noticias recientes de las acciones de los competidores chinos o coreanos respecto de nuestros clientes europeos, envíalas a la brevedad. Estamos en un momento decisivo en relación a los volúmenes de 2008”*; y (iii) a fojas 1177, en el que el Sr. Veríssimo le indica a Bartolomeo Genta que la información de sus competidores en términos de aumento de precios y volúmenes para 2008 *“será información importante para nosotros (TDB) y que trate de entender la participación en el mercado de los competidores chinos en los años 2007 y 2008”*; todas las impresiones de las comunicaciones recién citadas fueron agregadas al cuaderno de exhibición de la FNE, Tomo IV; (iv) a fojas 1329, en el que el Sr. Veríssimo le pregunta a Bartolomeo Genta *“(…)lo que están planeando hacer nuestros competidores europeos (ACC, Danfoss y Embraco), en relación a los precios de venta para 2007, que acabamos de negociar el último trimestre de 2006”*, considerando que el precio del cobre ha disminuido y que la demanda *“(…) continúa fuerte por lo que no hay razón para disminuir los precios”*. Le indica que sería *“pésimo para todos nosotros”* y que *“vea lo que puede averiguar y que le envíe una nota confidencial con la mayor urgencia posible”*; y (v) a fojas 1575, en el que el Sr. Veríssimo le pide a Bartolomeo Genta que consiga una nueva actualización de información respecto de lo que los competidores Embraco, Danfoss y ACC están haciendo para los meses de julio y agosto en materia de aplicaciones comerciales, distribución y R&F; y si tienen alguna estrategia especial respecto de grandes clientes. Termina su correo señalando que *“esta información me será muy útil en mi viaje”*. Los dos correos anteriores fueron agregados al cuaderno de exhibición de la FNE, Tomo V;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Quincuagésimo tercero. Que, a fojas 801 del Cuaderno de Exhibición de la FNE, Tomo III, se agregó correo electrónico de fecha 11 de junio de 2007, enviado por el Sr. Veríssimo al Sr. Furchi, que es del siguiente tenor: *“Nuestros movimientos de aumento de precios a partir de 1/7, 17/7, y 1/8/07, sabíamos: a) Tecumseh necesita aumentar los precios; b) Las razones son: precio de los aceros, cobre y el cambio; c) Los clientes no estarán felices; d) Los competidores podrían no aplicar los precios; e) Los competidores europeos y asiáticos no tienen los problemas de cambio que TDB tiene en Brasil; f) Competidor brasileño (Whirlpool) no tiene problema de liquidez como tiene el grupo Tecumseh. Recomendando que procuremos saber, de la mejor manera posible, que están o estarán haciendo nuestros competidores”*;

Quincuagésimo cuarto. Que la comunicación citada en la consideración precedente da cuenta de las razones que tuvo Tecumseh para efectuar alzas en los precios de sus productos. Dichas razones son compatibles tanto con la tesis de un alza individual como con la existencia de un incremento coordinado en los precios. Sin embargo, del análisis conjunto de la evidencia allegada al proceso, especialmente aquella consistente en correos electrónicos y, dado el tenor de las comunicaciones anteriores y posteriores intercambiadas entre Embraco y Tecumseh y el hecho cierto de haber ambas compañías compartido información concerniente a sus estrategias de precios, este Tribunal concluye que, tal comunicación es un antecedente probatorio más para efectos de dar por acreditado que se verificó un incremento coordinado de precios entre los competidores mencionados;

Quincuagésimo quinto. Que por otra parte, consta en autos una serie de correos electrónicos referidos al período comprendido entre marzo y julio de 2008; período que, según el acta de declaración prestada ante la FNE por don José Celso Lunardelli Furchi (Celso Furchi), Vicepresidente de Marketing y Ventas de Tecumseh, acompañada a fojas 59 y siguientes del cuaderno de documentos reservados a terceros de Tecumseh, corresponde a la época en que el Sr. Veríssimo dejó la presidencia de Tecumseh y pasó a desempeñarse como asesor de Ed Buker (quien a la fecha era “CEO” de Tecumseh en los Estados Unidos) y a la oportunidad en que este último comunica que *“esta situación configuraba un cartel”* (refiriéndose a las comunicaciones, posteriores a la salida del Sr. Veríssimo de TDB, entre ejecutivos de Tecumseh y sus competidores); hecho que, conforme a la declaración citada, ocurrió en julio de 2008. Dichos correos electrónicos se analizan a continuación;

Quincuagésimo sexto. Que a fojas 57 del cuaderno de documentos públicos, ex reservados, de la FNE, constan las traducciones de tres correos electrónicos intercambiados entre el Sr. Gerson Veríssimo y Celso Furchi, que acreditan que el

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

primero mantenía contacto con los ejecutivos de Tecumseh y con quienes fueron sus colaboradores directos, no obstante haber renunciado a su cargo, y también que al interior de la compañía se detectaron las comunicaciones entre competidores, formulándose reparos al respecto. El primer correo electrónico, de fecha 10 de julio de 2008, calificado como “confidencial”, contiene la siguiente pregunta formuladas por el Sr. Veríssimo al Sr. Furchi: *“usted, pensando en el interés de la empresa, ha mantenido contactos confidenciales con conc [sic] como E, D, A sobre los movimientos futuros, locales y en el exterior, derivados del aumento de c (f) que necesitan ser de r a los c?”*. En respuesta al citado correo, el segundo de la cadena de fojas 57 y siguientes de fecha 11 de julio de 2008, enviado por Celso Furchi a Gerson Veríssimo indica: *“Sí, a pesar de que el pensamiento de Ed [Buker] es similar al de R. Stolzenberg en relación al tema...”*. Por último, el tercer correo de la cadena de fojas 57 y siguientes, contiene la respuesta de Gerson Veríssimo, en la que, refiriéndose al contacto confidencial con competidores, afirma: *“creo que haces muy bien en hacerlo, con todo el cuidado posible (y, por este motivo, es protagonista en esto)”*. Asimismo, el Sr. Veríssimo confirma el contacto existente entre Embraco y Tecumseh en un correo electrónico enviado a Ed Burker, con fecha 17 de julio de 2008 - agregado a fojas 28 del cuaderno de exhibición de la FNE, Tomo I, también en el primer otrosí de fojas 10 y siguientes bajo la letra k) y a fojas 46 del cuaderno de documentos públicos, ex reservados, de la FNE-, en el cual escribe *“Sé (estoy seguro, porque tengo un correo de Celso) que Celso está o estuvo (en los dos últimos días o semanas) en contacto con Embraco, Danfoss y ACC (llamadas por teléfono o reuniones confidenciales), sobre la política de aumentos de precio (...)”*;

Quincuagésimo séptimo. Que la referida cadena de correos electrónicos entre el Sr. Gerson Veríssimo y el Sr. Celso Furchi es demostrativa de que los contactos entre competidores continuaron incluso tras la salida del Sr. Veríssimo de la presidencia de Tecumseh, al menos hasta el 11 de julio de 2008, fecha en la cual Embraco ya se encontraba discutiendo una nueva lista de precios con sus compradores en Chile. Lo anterior consta en las comunicaciones acompañadas por CTI a fojas 1079, en las que, con fecha 3 de julio de 2008, se cita a una reunión para discutir *“la necesidad de ajuste de precios de los motocompresores, sobre todo por la situación insostenible de los costos de los commodities”*. De este modo, a juicio de este Tribunal, a partir de la prueba descrita, se concluye que las listas de precios resultantes de estas reuniones, vigentes a partir del primer día de agosto de 2008, fueron también convenidas a partir de las comunicaciones sostenidas entre el Sr. Celso Furchi y representantes de Embraco;

Quincuagésimo octavo. Que, las referencias a Ed Buker (CEO de TDB), y los

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

correos que se citan a continuación, revelan que este último manifestó sus reparos a las conductas llevadas adelante por el Sr. Gerson Veríssimo. Así lo confirma además la declaración del Sr. Furchi de fojas 59 y siguientes del cuaderno de documentos reservados a terceros de Tecumseh, en la que indica (i) que Stolzenberg ingresó en enero de 2006 como nuevo CEO del grupo de compresores, (ii) que fue este último quien les habría señalado que las conversaciones sobre temas sensibles debían hacerse a través de asociaciones gremiales en que participaran, (iii) que cuando Stolzenberg salió de la compañía, Gerson Veríssimo *“volvió nuevamente a tener el poder de la compañía hasta marzo de 2008”*, y, (iv) que *“después de marzo de 2008, Gerson Veríssimo continuaba enviando mensajes preguntando si yo mantenía contactos con la competencia. Yo respondí que sí porque llamé a Laercio de Embraco”*;

Quincuagésimo noveno. Que fue acompañado al requerimiento de fojas 10 y siguientes, a fojas 26 del cuaderno de exhibición de la FNE, Tomo I, y a fojas 40 del cuaderno de documentos públicos, ex reservados, con su respectiva traducción, un correo electrónico, escrito en idioma inglés, de fecha 13 de julio de 2008, enviado por Gerson Veríssimo a Ed Buker (CEO de TDB), referido a la operación del cartel denunciado en autos, que señala lo siguiente: *“(...) Tengo información confidencial para usted. En los últimos 5 días (viernes y miércoles) recibí dos llamadas confidenciales del Presidente de Whirlpool Brasil. El mensaje es el siguiente: ‘Whirlpool/Embraco (ambos Presidentes) quieren hablar conmigo (y no con los nuevos representantes de TdB) sobre la alta inflación de costos y la forma en la que ambas compañías podrían minimizar el impacto en las pérdidas y las ganancias y llevar a cabo acciones comunes para incrementar rápidamente sus precios de venta (Embraco/Aspera y Tecumseh; R&F, Comercial Distribución) en Brasil, Latinoamérica, Norteamérica, Europa, África, Medio Oriente, Asia y Asia Pácifico y también evitar una guerra para ganar o conservar posiciones de participación de mercados, que podrían representar un desastre para todos. En la misma junta ambas compañías establecieron una estrategia para realizar pronto otra junta confidencial en Europa con Danfoss, ACC y Matsushita por el mismo motivo. La junta se está solicitando para esta semana, 18 de julio en Sao Paulo, en un lugar secreto’.- Ellos creen que yo todavía tengo buenas relaciones con ustedes y TDB confían en mí.- Este tipo de junta no es legal y está prohibida de acuerdo a las leyes/reglas de diversos países, pero les aseguro que este tipo de juntas se han realizado desde hace mucho tiempo (juntas confidenciales y no oficiales) en diversos segmentos comerciales incluyendo la industria de artículos de línea blanca.- En los últimos 12 años estas juntas confidenciales se convirtieron en una realidad entre los representantes jurídicos de alto nivel en la industria de compresores hermético en*

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Brasil o Europa (algunas juntas se realizaron en una de las diversas salas de juntas del Hotel Aeropuerto de Frankfurt – reservada para la ‘IAC- Asociación Internacional de Compresores’) con TDB, Embraco, Danfoss, ACC y Matsushita, siempre en forma confidencial y sin que exista registro de las mismas. Fueron favorables para evitar o reducir el impacto de costos en nuestra industria”.

Sexagésimo. Que, debe hacerse presente que en el documento citado en la consideración anterior, y no objetado, la expresión “*could put*” es traducida como “*establecieron*”, aún cuando la traducción correcta es “*podrían establecer*”. Sin perjuicio de lo anterior, ello no modifica el sentido y contexto de dicho documento, y por ende tampoco la conclusión a la que arriba este Tribunal tras el análisis conjunto de los correos electrónicos acompañados en autos;

Sexagésimo primero. Que a fojas 27 y siguientes del cuaderno de exhibición de la FNE, Tomo I; a fojas 10 y siguientes en el primer otrosí del requerimiento de autos bajo la letra k) y a fojas 58 del cuaderno de documentos públicos, ex reservados, de la FNE, se acompaña la traducción de la respuesta al correo citado en la consideración precedente y el consiguiente intercambio de correos entre Gerson Veríssimo y Ed Buker, llevado a cabo entre el 15 y el 17 de julio de 2008. La respuesta del Sr. Buker a Gerson Veríssimo es del siguiente tenor: “*te escribo en respuesta a tu correo del 13 de julio de 2008. Estoy preocupado por tu referencia a conductas pasadas que, en tus palabras, fueron ‘ilegales y prohibida’. Tecumseh no llevará a cabo ninguna conducta ilegal o inapropiada. Ya que soy nuevo en la compañía, es importante que me entere lo más posible sobre las actividades que describiste. Te pido que hables y cooperes con los representantes de la compañía para entregarles información sobre las conductas anteriores a las que hiciste referencia en tu correo. Te contactaré para acordar la forma en que esto se hará. Gracias. Ed*”. La respuesta de Gerson Veríssimo a Ed Burker señala lo siguiente: “*Ed, el correo que te envié era “confidencial”, “sólo para tus ojos”. Lo siento, pero este asunto es entre nosotros, no con los representantes de la compañía. Le diré, por teléfono, a la gente brasileña de Whirlpool que NO a la reunión confidencial exigida. Sé (estoy seguro, porque tengo un correo de Celso) que Celso está o estuvo (en los últimos días o semanas) en contacto con Embraco, Danfoss y ACC (llamadas por teléfono o reuniones confidenciales), sobre la “política de aumento de precio”, pero no sé en qué tipo de nivel de gerencia de los competidores está trabajando actualmente Celso. Creo que tú sabes sobre esto. Entonces, no pongas en contacto a los representantes de tu compañía conmigo. Llámame personalmente si quieres. Saludos cordiales, Gerson*”;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Sexagésimo segundo. Que en cuanto a la respuesta de Ed Burkner a los correos enviados por el Sr. Veríssimo, ésta se hace efectiva en el correo electrónico de fecha 15 de julio de 2008, y en ella el primero le indica al segundo que no es política de TDB la de participar en actividades ilegales y que desde que asumió el cargo, una de sus actividades ha sido estudiar las actividades descritas por el Sr. Veríssimo. El correo antes citado fue acompañado a fojas 27 vuelta del cuaderno de exhibición de la FNE, Tomo I, también en el primer otrosí de fojas 10 y siguientes bajo la letra j) y a fojas 44 del cuaderno de documentos públicos, ex reservados, de la FNE;

Sexagésimo tercero. Que, por su parte, el Sr. Veríssimo respondió el correo citado en la consideración anterior en los siguientes términos: *“Estimado Ed, Sólo para aclararte: En las reuniones que sosteníamos en las salas de reuniones los presidentes o vicepresidentes de venta y marketing de ACC, Danfoss, Embraco y Tecumseh do Brasil (no TPCO7)/Tecumseh Europe (no TPCO), los ejecutivos de TPCO nunca supieron de estas reuniones. Analizábamos la inflación de los costos, tipo de cambio y la situación del mercado y cómo podíamos ayudar a que nuestras empresas sobrevivieran la ‘guerra’ por participación de mercado. Sabemos que Electrolux/Merloni Ariston, Mabe/GE, Whirlpool, etc. tienen reuniones similares (reuniones confidenciales o a través de reuniones gremiales) para proteger a sus empresas de los proveedores”. Agrega que “Estas reuniones son normales en varios tipos de industria. La razón principal es ‘proteger el negocio, proteger la empresa’ no poner en riesgo a los consumidores. Concluye señalando que “Si tu decisión será NO a este tipo de reuniones, si tu decisión es aislar a TPCO, tu, sin productos modernos, sin ‘rock stars’, sin grandes interlocutores o negociadores, sin costos competitivos, sin un proceso productivo moderno, con mal tipo de cambio (en Francia, Brasil e India) empujarás a TPCO, y TdB, TE, TI ‘al final’ en varios meses o pocos años. Los costos de inflación, falta de tecnología, tipo de cambio poco favorable, equipo inseguro y poco motivado, problemas entre el BOD/CEO con algunos accionistas importantes y mala administración, podrán contribuir a terminar con Tecumseh, a nivel mundial, pronto.- Sinceramente, Gerson Veríssimo”;*

Sexagésimo cuarto. Que los correos descritos en las consideraciones quincuagésimo quinta a sexagésimo tercera, analizados de manera conjunta con el acta de declaración de fojas 59 y siguientes del cuaderno de documentos reservados a terceros de Tecumseh, del Sr. Celso Furchi, corroboran que Gerson Veríssimo era uno de los principales actores dentro del cartel denunciado en autos y que, a pesar de haber dejado el cargo de Presidente de la Compañía en marzo de 2008, seguía ejerciendo influencia decisiva al interior de TDB. Prueba de lo anterior son sus comunicaciones con Ed Buker, citadas en las consideraciones sexagésimo primera a

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

sexagésimo tercera, en los que se manifiesta la continuación de la relación entre personeros de Embraco y Gerson Veríssimo. Lo anterior concuerda además con lo declarado por el Sr. Furchi, a fojas 59 y siguientes del cuaderno de documentos reservados a terceros de Tecumseh, respecto de este punto: *“Gerson en esa época era consultor de Ed Buker y él hablaba con Januario y con Bartolomeo para solicitarles que obtuvieran información de la competencia y en este correo es la respuesta de Bartolomeo. Había comentarios en Tecumseh de que Gerson volvería con más poder si la familia Herrick retomaba el poder, entonces la gente le hacía caso, había temor de que este señor que estaba como consultor a esa fecha volvería nuevamente pero esta vez como un ejecutivo con mucho más poder, entonces siguió actuando con poder dentro de la compañía y solicitando estos contactos con la competencia y la obtención de información desde la competencia, por eso es que Gerson Veríssimo seguía teniendo influencia en la compañía. Tenemos emails que dan cuenta de las comunicaciones que Gerson Veríssimo le enviaba al personal señalándole que volvería a la compañía con más poder”;*

Sexagésimo quinto. Que asimismo, y respecto de la falta de mayor evidencia escrita sobre el acuerdo colusivo denunciado –entendiendo a ésta como un mayor número de correos electrónicos-, cabe señalar que según el acta de declaración del Sr. Celso Furchi, citada en la consideración sexagésimo cuarta, *“antes de salir de Tecumseh, en marzo de 2008, Gerson empezó a destruir la evidencia que tenía en su oficina, destruyó todos los documentos y registros que mantenía en su poder, también tenía una cuenta telefónica particular en que las cuentas les llegaba (sic) sólo a él. Cuando supo que los datos estaban respaldados electrónicamente hizo destruir todos los respaldos no sólo de él sino de todos los ejecutivos claves de la compañía. Hicimos un trabajo enorme para buscar información pero ha sido difícil reunirla”.* Esta declaración es consistente con el hecho de que, en general, los correos electrónicos que constituyen prueba directa de la existencia de la colusión son los que emanan precisamente de Tecumseh, y, particularmente, de los señores Soligon, Furchi y señora Lyall, quienes además prestaron declaración ante el Cónsul de Chile en Sao Paulo, ratificando la existencia y operación del cartel;

Sexagésimo sexto. Que, en definitiva, el conjunto de los correos electrónicos, citados y transcritos varios de ellos en las consideraciones trigésimo séptima a sexagésimo tercera, y ya analizados, acredita de manera fehaciente que al menos desde mediados del año 2004 existió un acuerdo entre los principales fabricantes de compresores del mundo, entre ellos Whirlpool y Tecumseh, además de una permanente comunicación entre los ejecutivos de ambas compañías, cuyo objeto era acordar alzas de precios coordinadas por región geográfica a nivel mundial, y que

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

esta coordinación habría tenido efectos en Chile -al menos- a partir de las listas de precios que comenzaron a regir desde enero de 2005;

Sexagésimo séptimo. Que, del mismo modo, se ha acreditado la existencia de comunicaciones entre los ejecutivos de Tecumseh y Embraco al menos hasta el mes de julio de 2008, las que influenciaron las listas de precios que comenzaron a regir a partir del mes de agosto de 2008. Por otra parte, el monitoreo sobre el cumplimiento de las alzas coordinadas para agosto de 2008, continuó al menos hasta el 27 de octubre de ese mismo año, fecha en la que existe un correo electrónico interno de Embraco, de Rubens Carlesso a Dario Isleb,,(ambos ejecutivos de Embraco) en que se menciona que “*sigue confirmación del movimiento de precios de la Tecumseh en CTI, en ago.08 (hizo nuestros mismos 9%, en los midis)*”;

Sexagésimo octavo. Que, dado que la primera expresión de voluntad en orden a abandonar el acuerdo colusorio corresponde a las listas de precios que tuvieron validez a partir del 1 de enero de 2009, no puede sino concluirse que el efecto anticompetitivo de las acciones imputadas se habría mantenido, al menos, hasta tal fecha. Asimismo, no fue allegada al proceso evidencia que acredite que las comunicaciones hayan continuado con posterioridad al período señalado, de modo que este Tribunal considera que el acuerdo anti competitivo entre Embraco y Tecumseh, acreditado conforme lo expuesto en las consideraciones anteriores, tuvo efectos al menos entre enero de 2005 y diciembre de 2008, constituyendo éste el antecedente fáctico de la decisión contenida en la consideración décimo sexta;

Sexagésimo noveno. Que, el período indicado en la consideración precedente, utilizando al efecto un criterio conservador, es el que será considerado por estos sentenciadores para los efectos de evaluar las ganancias adicionales que, producto de este acuerdo, obtuvieron las requeridas;

Septuagésimo. Que así establecida la existencia y la duración del cartel materia de autos, es preciso ahora evaluar los efectos que éste tuvo en Chile, para lo cual se determinará el mercado relevante de producto y geográfico en que tales acciones pudieron afectar a la competencia;

Septuagésimo primero. Que, al respecto, ha existido acuerdo en las argumentaciones de la Fiscalía Nacional Económica (en sus presentaciones de fojas 10, 2310 y 2842) y de Whirlpool (a fojas 521, 775 y 2963) en cuanto a limitar el mercado relevante de producto al de los compresores herméticos de potencia menor a 1 hp, debido a que los de potencia superior son utilizados para otros tipos de equipos de refrigeración, con características distintas, y que no son exportados por

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Tecumseh hacia Chile. Sin embargo, existe controversia acerca del ámbito geográfico a considerar, planteando la Fiscalía que debía tratarse sólo de las importaciones hacia Chile desde Brasil, mientras que Whirlpool estimó que debían considerarse todos los países desde los cuales se importan estos productos. Asimismo, la requerida Embraco considera que debe dividirse el mercado de producto en dos sub mercados: uno correspondiente al de los compresores de menos de 1 hp utilizados para fines comerciales y otro al de los destinados al uso doméstico, dado que ambos poseen características distintas y no son sustitutos entre sí. Estos puntos controvertidos serán analizados a continuación;

Septuagésimo segundo. Que en primer término, respecto del ámbito geográfico del mercado relevante, la Fiscalía señala que es necesario restringirlo a los países que se encuentran cerca de Chile, en este caso Brasil, pues los compresores fabricados en otras partes del mundo, por ejemplo en Asia, tardan mucho en llegar, requieren almacenaje (dada la escala mínima eficiente de importación) y no siempre cumplen con las características técnicas necesarias para su utilización por las empresas chilenas. A esto, Embraco opone el argumento de que los costos de transporte no son significativamente superiores en el caso de los compresores hechos en Brasil, respecto de aquellos facturados en otras regiones, mientras que, si bien los tiempos de entrega son menores en el caso brasileño, esto no es de una importancia tal que justifique restringir de esa forma el mercado relevante;

Septuagésimo tercero. Que no se ha presentado prueba concluyente en autos sobre la imposibilidad práctica de sustituir un producto elaborado en Brasil por otro fabricado en alguna región distinta del mundo, en caso que ambos cumplan los requerimientos técnicos y medioambientales necesarios. Del mismo modo, este Tribunal estima que los costos de transporte y de tiempo de envío no son de una relevancia tal que ameriten diferenciar entre regiones del mundo como mercados distintos, puesto que puede existir una competencia en precios que arbitre las diferencias en el costo unitario de transporte. En este sentido se pronuncia un informe económico acompañado por Whirlpool a fojas 775, donde se menciona que *“Como en el caso de muchos bienes industriales o de consumo, las importaciones chinas o coreanas están presentes en el mercado chileno, usualmente con una atractiva relación precio/calidad”*;

Septuagésimo cuarto. Que, para evaluar si existen diferencias importantes en los costos de seguros y transporte por unidad importada desde distintos países, a partir de los datos de importaciones de compresores aportados por Whirlpool en su informe acompañado a fojas 775, y no objetados, se ha construido el Cuadro N°1, que

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

muestra la evolución del costo unitario de seguros y transporte de compresores, promedio anual, entre los años 2005 y 2009, para los principales países desde los cuales las firmas chilenas importan estos productos;

Cuadro N° 1
Diferencia entre precio CIF y precio FOB (denominada Costo de Transporte, CT, en US\$) por unidad importada y su porcentaje del precio CIF de las importaciones de compresores según país de origen, y promedio ponderado, según volúmenes de importación, (2005-2009).

País	2005		2006		2007		2008		2009		2005 - 2009	
	CT	%CT	CT	%CT	CT	%CT	CT	%CT	CT	%CT	CT	%CT
Alemania	1,61	2,7	2,05	3,2	4,17	5,6	3,84	7,5	3,97	5,8	2,23	3,5
Brasil	1,31	4,0	1,33	3,8	1,71	4,4	1,82	4,3	1,59	3,8	1,56	4,1
China	1,62	5,3	2,72	4,0	1,19	4,3	5,98	6,4	2,07	3,8	1,65	4,7
Corea del Sur	6,95	11,4	5,63	13,2	1,27	4,7	1,39	4,6	1,29	4,6	1,55	5,3
República Eslovaca	4,14	4,6	2,97	2,9	3,44	3,0	2,07	1,9	2,09	1,9	2,93	2,7

Fuente: Elaboración del TDLC a partir de información acompañada por Whirlpool a fojas 774.

Septuagésimo quinto. Que este cuadro evidencia la razonable similitud entre los costos unitarios de seguros y transporte para las importaciones desde cada uno de los países de origen señalados, existiendo en cada año al menos una alternativa comparable en costo, en orden de magnitud, con la importación desde Brasil. En relación al promedio ponderado por unidades importadas durante este período, se observa que las importaciones asiáticas tienen un nivel de costos de transportes y seguros comparable con aquellas de Brasil. De lo anterior, este Tribunal concluye que el costo unitario de seguros y transporte no podría considerarse como una barrera a la entrada a la sustitución de compresores brasileños por aquellos de otros orígenes;

Septuagésimo sexto. Que además, tampoco puede considerarse que el cumplimiento de la normativa medioambiental chilena por parte de los productores de motocompresores constituya una barrera a la entrada, toda vez que cada uno de los oferentes que logran efectivamente colocar sus productos en el mercado chileno debe cumplir con tales requisitos. Son los mismos demandantes –en este caso las empresas que fabrican equipos de refrigeración en Chile- quienes limitan sus compras al subconjunto de oferentes que garanticen el cumplimiento de dichos requisitos, ya sea que se encuentren en Brasil o en otra región. Por lo anterior, el cumplimiento de la normativa antes referida no puede ser considerado como un impedimento absoluto para efectos de determinar la capacidad de sustituir un compresor por otro;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Septuagésimo séptimo. Que, por lo tanto, este Tribunal considera que, en el ámbito geográfico el mercado relevante corresponde a las importaciones de compresores realizadas hacia Chile desde cualquier lugar del mundo, esto es, que el mercado relevante a nivel geográfico es mundial;

Septuagésimo octavo. Que sin perjuicio de lo anterior, este Tribunal analizará más adelante las posibles dificultades adicionales para la importación de compresores desde otras regiones del mundo y los costos relacionados con una eventual sustitución de los compresores elaborados por Tecumseh y Whirlpool por los de otros productores, con el fin de evaluar la oportunidad y factibilidad que tenía tal sustitución en la época de las acciones imputadas en autos;

Septuagésimo noveno. Que ahora en cuanto al mercado relevante de producto, la Fiscalía no hace distinción entre categorías de uso doméstico y comercial, mencionando en su informe -rolante a fojas 2234 y siguientes- que *“de acuerdo a lo señalado por los expertos técnicos, el mercado de los compresores se divide según su capacidad y gas refrigerante utilizado, y no por su uso. De esta forma, es factible utilizar un compresor de una potencia menor a 1 hp tanto para un equipo de refrigeración de uso doméstico como para uno de uso comercial pequeño”*;

Octogésimo. Que, al respecto, el testigo Sr. Manuel Jiménez, Jefe del departamento de ingeniería de refrigerador de CTI, ha señalado ante este Tribunal que *“Al definir uso comercial o uso doméstico es básicamente una segmentación de equipos de refrigeración, no de compresores,”* lo que sustenta la teoría de la Fiscalía de que los compresores son utilizados por las firmas indistintamente para la elaboración de equipos de uso doméstico o comercial;

Octogésimo primero. Que, por otra parte, Whirlpool ha señalado que, dentro del conjunto de compresores de menos de 1 hp de potencia, existen subgrupos de compresores utilizados para fines domésticos y comerciales, siendo estos últimos generalmente de mayor potencia, para cumplir con el mayor nivel de exigencia que implica la apertura constante de sus puertas al exterior y el mayor volumen refrigerado. En este sentido se ha pronunciado el Sr. Gabriel Bitrán, en su declaración testimonial ante este Tribunal que rola a fojas 2015, señalando que *“yo sé que en el caso de los domésticos la potencia es de hasta 0,4 kw, los comerciales son por sobre 0,4 kw.”* Dado que 0,4 kw corresponden aproximadamente a 0,54 hp, según este testigo se podría entonces distinguir en relación al uso doméstico o comercial de los compresores;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Octogésimo segundo. Que, sin embargo, otras opiniones plantean que no es posible *a priori* diferenciar por potencia si un compresor será utilizado con fines domésticos o comerciales, como de hecho lo señala el testigo Sr. Jorge Pérez, Jefe de adquisiciones, logística y abastecimiento en la empresa Mimet, ante este Tribunal, en su declaración rolante a fojas 1075, al mencionar que *“utilizamos compresores fraccionarios sólo menores a 1 hp. Por ejemplo, tienes aplicaciones pequeñas que son botelleros tabletop que son los que van en las cajas de los supermercados, que son equipos pequeños, de dos pies cúbicos de capacidad y equipos que también tienen tres cuerpos donde caben más de mil latas de bebida y requieren de un compresor de capacidad distinta, todos menores a 1 hp, pero uno puede ser un octavo y el otro puede ser de tres cuartos, por ejemplo”*;

Octogésimo tercero. Que, en este sentido, las principales firmas importadoras de estos compresores en Chile, esto es, tanto aquellas especializadas en refrigeradores de uso doméstico como aquellas centradas en la producción de equipos de uso comercial, han realizado importaciones de compresores de los códigos aduaneros de uno y otro tipo de producto (códigos 84143010 y 84143090), correspondientes, respectivamente, a compresores de potencia menor a 0,4 kw y aquellos de potencia mayor a 0,4 kw, por lo que, desde el punto de vista de la demanda por estos dispositivos, no puede distinguirse entre ambos sub mercados. A modo de confirmación de este hecho, en la base de datos utilizada para la elaboración del informe económico acompañado por Whirlpool a fojas 775, pueden observarse las importaciones agrupadas según esta clasificación, esto es, diferenciando entre compresores para usos domésticos y comerciales. Las participaciones, en unidades importadas, de las principales firmas importadoras de compresores en Chile se aprecian en el siguiente Cuadro:

Cuadro N° 2

Participación de las principales empresas importadoras en el total de unidades importadas, años 2005-2010 y promedio ponderado por número de unidades en este período

a. Compresores importados bajo el código aduanero 84143010*

Importadora	2005 (%)	2006 (%)	2007 (%)	2008 (%)	2009 (%)	2010 (%)	2005-2010 (%)
Comex	8,0	8,1	9,2	8,0	0,3	1,4	6,1%
CTI	53,2	85,5	82,8	82,6	83,5	88,1	81,0%
Mimet	24,4	-	-	7,5	13,3	6,0	7,0%
Sindelen	11,2	2,3	4,8	-	-	-	2,6%
Otras	3,3	4,1	3,2	2,0	2,9	4,4	3,3%

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

b. Compresores importados bajo el código aduanero 84143090**

Importadora	2005 (%)	2006 (%)	2007 (%)	2008 (%)	2009 (%)	2010 (%)	2005-2010 (%)
Comex	11,0	28,1	35,9	16,7	0,1	-	16,5
CTI	79,1	61,6	31,4	42,1	10,7	-	51,5
Danfoss	4,9	3,2	6,2	4,5	6,3	7,1	4,9
Jose Rojas Sandoval	1,8	2,6	4,0	7,2	7,6	-	3,2
Mimet	0,0	-	-	0,3	62,5	72,4	13,2
Sindelen	-	-	7,1	10,7	-	-	1,8
SSISA	1,4	1,2%	8,9%	8,5	7,8	10,8	4,4
Otras	1,8	3,4%	6,6%	10,0	4,9	9,7	4,6

Fuente: Elaboración del TDLC a partir de información acompañada por Whirlpool a fojas 774

*Corresponde a los compresores denominados en el informe económico acompañado por Whirlpool/Embraco como "Domésticos"

** Corresponde a los compresores denominados en el informe económico acompañado por Whirlpool/Embraco como "Comerciales"

Octogésimo cuarto. Que queda en evidencia en el cuadro precedente lo anteriormente expuesto, puesto que una empresa eminentemente focalizada en la producción de equipos de refrigeración comercial, como lo es Mimet, ha realizado importaciones de compresores comprendidos en ambos códigos. Una situación similar sucede con Sindelen, que pese a producir equipos de uso doméstico, también realiza importaciones de compresores definidos como comerciales. Luego, este Tribunal estima que no puede diferenciarse según el uso que los demandantes de compresores importados les dan a éstos, sea para la producción de equipos de refrigeración de uso doméstico o de uso comercial;

Octogésimo quinto. Que, de este modo, es posible diferenciar entre los compresores de menos de 1 hp según su capacidad, pero esto no permite distinguir si serán utilizados para elaborar equipos de uso doméstico o comercial. Por esto, el mercado relevante no puede ser diferenciado entre subgrupos de compresores de capacidad menor a 1 hp, y será considerado como el de todos los compresores de potencia acotada por dicho valor;

Octogésimo sexto. Que, en conclusión, este Tribunal considera que el mercado relevante es el de compresores de menos de 1 hp de potencia, de cualquier origen, sin distinguir según su uso final. Lo anterior, sin perjuicio de que se considerarán mas adelante las posibles dificultades adicionales para importar desde países ubicados en distintas zonas del mundo;

Octogésimo séptimo. Que, más aún, de considerarse los sub mercados de importación de compresores comerciales y domésticos por separado, la participación de mercado de las dos empresas requeridas es similar en ambos casos, alcanzando conjuntamente un porcentaje elevado del total de ventas, en monto total y en unidades importadas, como se verá en la consideración siguiente. De este modo, en

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

caso de considerarse ambos sub mercados por separado, las conclusiones respecto del grado de dominio que puedan tener las requeridas en cada uno de éstos serían esencialmente las mismas que al considerarlo como uno sólo;

Octogésimo octavo. Que, entonces, en el mercado relevante definido en la consideración octogésima sexta, las requeridas han mantenido sostenidamente una muy alta participación entre los años 2005 y 2010, prevaleciendo además un elevado valor del índice HH, como se muestra en los siguientes dos cuadros, que miden la participación de mercado, tanto en unidades como en valores totales (dólares valor CIF);

Cuadro N° 3
Participación de mercado de las principales firmas exportadoras hacia Chile (según unidades de compresores de potencia menor a 1 hp importadas por empresas en Chile), años 2005-2010

Productor	2005 (%)	2006 (%)	2007 (%)	2008 (%)	2009 (%)	2010 (%)
Embraco	38,9	48,8	54,7	55,6	76,9	68,5
Tecumseh	56,5	48,9	38,9	41,6	18,5	15,3
Hua Yi	-	-	-	-	-	9,9
Danfoss	2,5	1,2	0,8	0,7	1,3	1,1
Ningbo	0,8	0,0	4,2	0,0	0,1	0,1
LG	0,0	0,0	0,6	0,6	1,1	1,3
Otros	1,3	1,0	0,9	1,4	2,1	3,9
Requeridas	95,4	97,7	93,5	97,2	95,4	83,8
HHI	4713,5	4778,2	4518,7	4828,0	6262,5	5039,0

Fuente: Elaboración del TDLC a partir de las bases de datos acompañadas en el informe económico presentado por Whirlpool a fojas 775.

Cuadro N° 4
Participación de mercado de las principales firmas exportadoras hacia Chile, (medidas en valores totales, en dólares valor CIF, de compresores de potencia menor a 1 hp importados por empresas en Chile), años 2005-2010.

Productor	2005 (%)	2006 (%)	2007 (%)	2008 (%)	2009 (%)	2010 (%)
Embraco	39,2	50,9	59,8	59,4	78,5	69,5
Tecumseh	50,3	42,3	33,1	34,3	13,3	12,9
Hua Yi	-	-	-	-	-	7,6
Danfoss	5,4	3,2	1,7	1,5	3,0	2,9
Ningbo	0,5	0,0	2,7	0,1	0,3	0,2
LG	0,0	0,0	0,4	0,4	0,8	0,9
Otros	4,6	3,5	2,3	4,2	4,1	6,1
Requeridas	89,5	93,2	92,8	93,7	91,8	82,4
HHI	4112,8	4406,2	4681,7	4725,4	6363,5	5095,7

Fuente: Elaboración del TDLC a partir de las bases de datos acompañadas en el informe económico presentado por Whirlpool a fojas 775.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Octogésimo noveno. Que de acuerdo con la información presentada en los cuadros anteriores, las requeridas han mantenido una participación de mercado conjunta cercana al 90%, tanto en unidades importadas por firmas en Chile como en valores importados. Esto da cuenta del elevado porcentaje del mercado que representaban ambas compañías en caso de actuar de consuno, lo cual se refleja también en el elevado índice HH, que fluctúa alrededor de los 4500 puntos, llegando a superar los 6000 en el año 2009;

Nonagésimo. Que, entonces, es evidente que ambas empresas, actuando de manera coordinada, tenían la capacidad de afectar el precio de venta de sus productos en Chile durante el período en que Tecumseh ha confesado haber realizado conductas contrarias a la libre competencia y sobre las cuales la Fiscalía ha fundado el requerimiento;

Nonagésimo primero. Que si bien Embraco ya contaba con una posición dominante en el mercado nacional desde al menos el año 2006, una acción conjunta y coordinada con Tecumseh implicaba descartar a su principal competidor, otorgándoles a ambas empresas un poder conjunto aún mayor, del cual podrían abusar cobrando precios superiores a los competitivos;

Nonagésimo segundo. Que esta elevada participación de mercado podría ser explicada, al menos en parte, por las dificultades que enfrentan las empresas chilenas para reemplazar los compresores de estas firmas por otros de productores distintos. Entre estas dificultades se encontrarían 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, y los costos adicionales de evaluación de la durabilidad y seguridad del producto mediante pruebas de laboratorio y de campo. En este sentido ha declarado el Sr. Manuel Jiménez, ante este Tribunal, mencionando que *“para poder tener los compresores chinos que hoy día estamos usando, ha significado un año de trabajo, porque esto significa no solamente hacer test de laboratorio, sino hacer test en casas de personas”*;

Nonagésimo tercero. Que de los documentos exhibidos por CTI y Mimmet en las diligencias de fojas 1079 y 123, respectivamente, consta la cotización por parte de estas empresas de alternativas de compresores distintos a los de Whirlpool y Tecumseh. El que estos últimos no hayan sido sustituidos finalmente, pese a que en los documentos exhibidos es posible observar que los compresores alternativos cotizados tenían un menor precio, es evidencia de las dificultades que enfrentaban las firmas chilenas ante la posibilidad concreta de sustituir los compresores de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Whirlpool y Tecumseh;

Nonagésimo cuarto. Que una dificultad adicional a las antes mencionadas, según lo declarado por el Sr. Jorge Pérez ante este Tribunal a fojas 1075, es la necesidad de certificar cada uno de los componentes de los productos finales vendidos. En particular, menciona este testigo que *“esto nos obliga a realizar una renovación de la certificación en caso de modificación del producto, lo cual conlleva tiempo y costo monetario por modelo de producto asociado”*;

Nonagésimo quinto. Que, de este modo y pese a que el mercado relevante en principio incluye a importaciones realizadas desde diferentes regiones del mundo, este mercado se encuentra dominado por las firmas requeridas dada la evidente complejidad del proceso de sustitución de los productos en cuestión, lo que no tiene directamente que ver con el país de origen del producto, sino con dificultades técnicas y costos de cambio asociados a la sustitución de los compresores de los incumbentes dominantes, por otros de la competencia;

Nonagésimo sexto. Que todas las dificultades para la sustitución de los compresores fabricados por las requeridas, mencionadas en las consideraciones precedentes, constituyen barreras a la entrada de nuevos competidores en el corto plazo, lo que junto con la elevada participación conjunta de mercado de las requeridas, establecen el poder combinado de mercado del que éstas podrían haber abusado;

Nonagésimo séptimo. Que así determinado el mercado relevante, tanto geográfico como de producto, este Tribunal estima necesario analizar la evolución de los precios en el mismo. Tal como lo han declarado las requeridas en autos -sin ser contradichas por la Fiscalía-, para hacer un análisis de la evolución de los precios de los compresores es necesario comparar modelos equivalentes de éstos, pues de otro modo no se estaría corrigiendo por diferencias en variables de capacidad, potencia, eficiencia energética, gas utilizado, u otras características técnicas relevantes para evaluar la sustitución entre dos compresores;

Nonagésimo octavo. Que, comparando las alzas estipuladas en las listas de precios enviadas tanto por Embraco como por Tecumseh a sus compradores en Chile, es posible observar similitudes, tanto en fecha como en porcentajes de incremento, entre unas y otras. Por ejemplo, en las listas enviadas por Embraco y Tecumseh a CTI entre los meses de marzo y abril de 2005 estipulaban alzas similares, cercanas al 6%, lo cual coincide con la declaración de Celso Furchi, ya citada, en la que dice que *“Durante el año 2005, tuve contacto con funcionarios de*

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Embraco, con los cuales discutí el tema precios y sus respectivos ajustes. Así, por ejemplo, con fecha 4 de enero de 2005, envié un e-mail a los señores Gerson Veríssimo y Mauro Carvalho Mendoza informando sobre mi conversación con los ejecutivos de Embraco Sres. Daílson Farias y Dário Gert Isleb en el cual discutimos sobre los aumentos de precios programados y compartimos estrategias para aumentar y mantener los recientes aumentos de precios aplicados a los clientes”;

Nonagésimo noveno. Que, del mismo modo, en las listas enviadas por Embraco a Mimet y por Tecumseh a Sindelen, que comenzarían a regir a partir de enero de 2007, ambas empresas contemplaban alzas de entre 5% y 6%. Este alza coincide con la declaración efectuada por Januario Soligon agregada a fojas 4 y 5 del Cuaderno de Documentos Públicos, ex reservados, de la FNE, donde menciona que “[e]n noviembre de 2006, el señor Gerson Veríssimo me autorizó para hablar con los señores Dario Gert Sleb y Daílson Farías ambos ejecutivos de Embraco, sobre el aumento de precios que se aplicaría a los clientes de América Latina, Chile incluido, a partir de 1 de enero de 2007. El objetivo fue de aumentar los precios en un 6%, acuerdo que Tecumseh implementó finalmente pero aplicando sólo un 5% de reajuste (...)”. Esto es confirmado por el correo electrónico citado en la consideración cuadragésimo octava, enviado por Trudy Suzanne Lyall a Januario Soligon, con fecha 15 de noviembre de 2006, donde la emisora, en nombre de Gerson Veríssimo, escribe “[e]stás autorizado para hablar con discreción con la empresa ‘E’ –personas que cuidan de América Latina y África, sobre el tema mínimo del 6% a partir del 1/1/07;

Centésimo. Que, como un último ejemplo, en las listas enviadas por Tecumseh a CTI y por Embraco a Mimet, ambas con vigencia desde agosto de 2007, se produjeron alzas de precios de un 9%, las cuales coinciden con la declaración de Januario Soligon ante la FNE, presente en el cuaderno de Exhibición de la FNE, tomo VIII, fojas 2556 en la que expone que “[p]ara 2007 entiendo que hubo conversaciones de Veríssimo con Ernesto y con posterioridad a esa reunión yo recibo las instrucciones para complementar las alzas, las recibí en enero y otra en junio de 2007”. Todas las alzas descritas en las consideraciones anteriores se basan en las listas de precios contenidas en correos electrónicos exhibidos por CTI y Mimet en sus respectivas exhibiciones de documentos, a fojas 1079 y 1231, y en datos de planificación incluidos en el informe económico acompañado por Whirlpool a fojas 2605;

Centésimo primero. Que, pese a que existen alzas coordinadas en los precios de lista de los compresores, ha sido argumentado por la parte de Whirlpool que tales

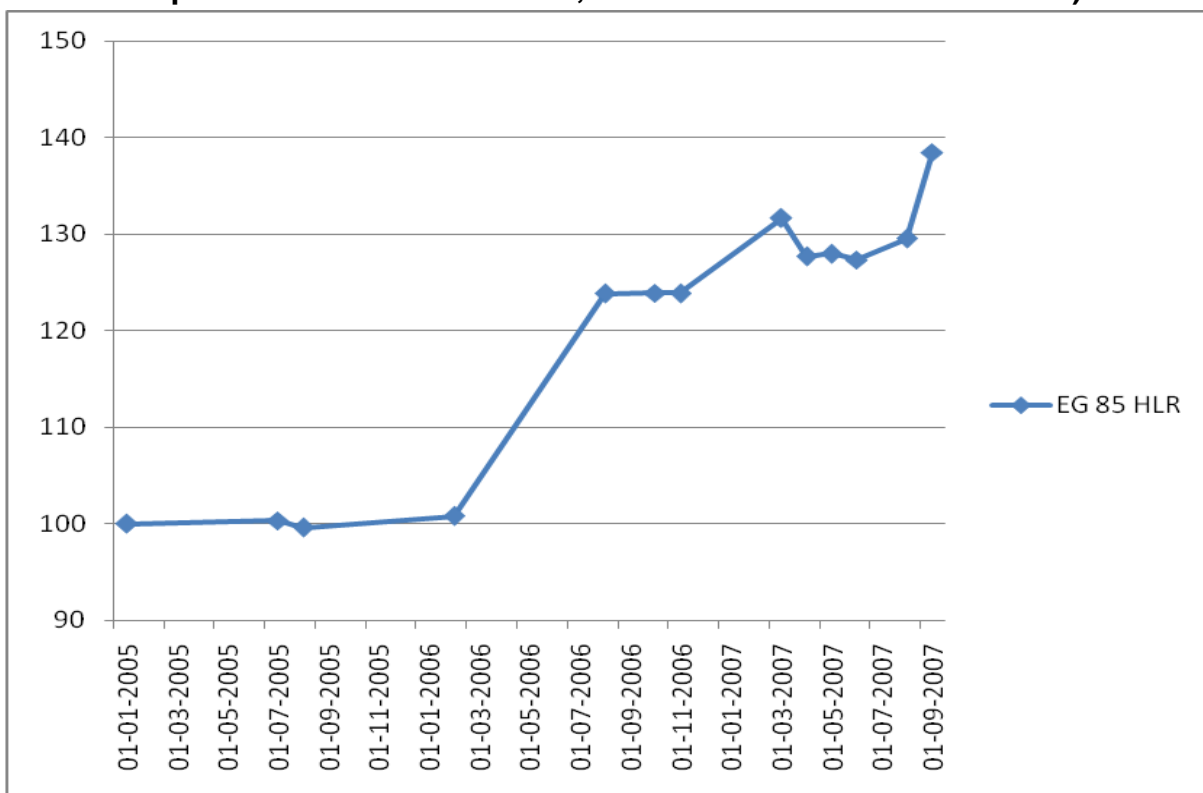
REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

precios no corresponden a aquellos finalmente cobrados por las firmas, de modo que cualquier coordinación en el papel no habría sido efectivamente traspasada por las requeridas en términos de los precios cobrados finalmente a las importadoras en Chile. Al respecto, la evidencia existente en autos muestra que efectivamente los precios lista vigentes no siempre corresponden a aquellos cobrados por las fabricantes, tal como indica el informe económico acompañado por Embraco a fojas 2605;

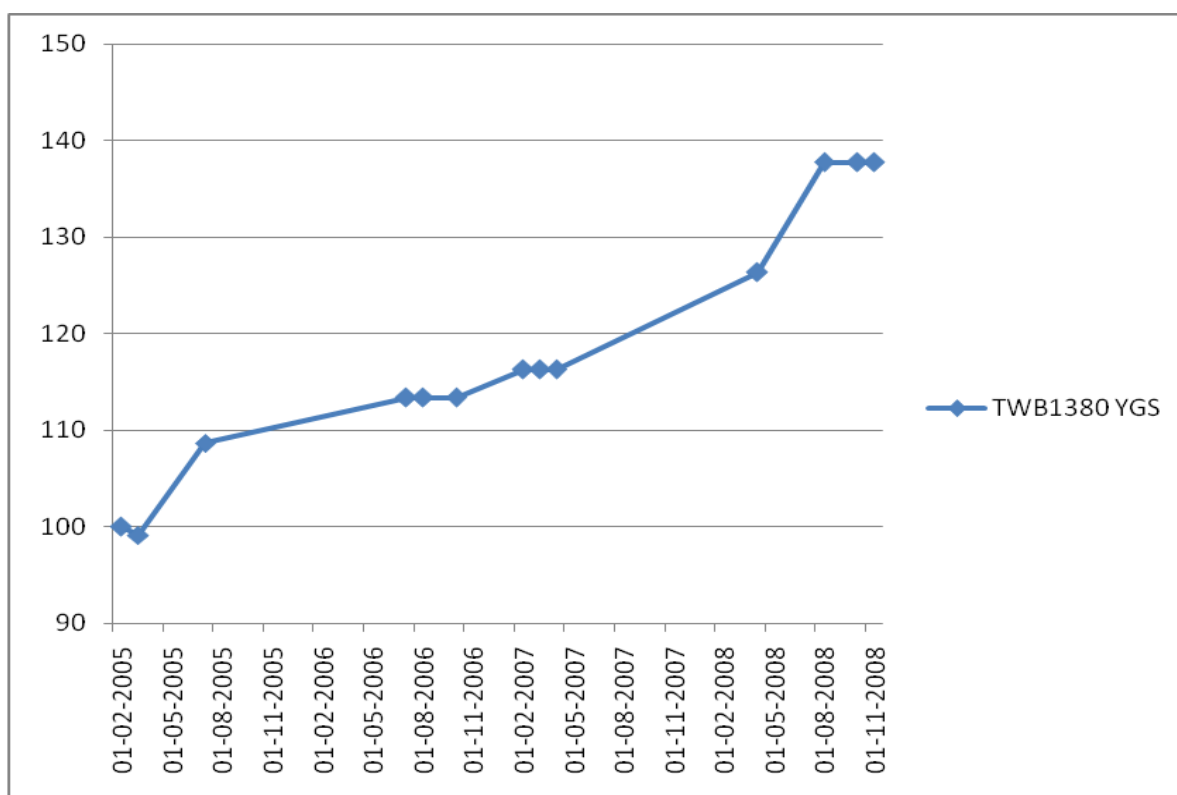
Centésimo segundo. Que, sin embargo, ha existido un aumento en los precios efectivamente cobrados por estas firmas que es del mismo orden de magnitud que el de los precios de lista enviados. Asimismo, los modelos de compresores de similares características que podrían ser sustitutos para una empresa productora de equipos de refrigeración, muestran alzas equivalentes en sus precios de venta a través del tiempo. Lo anterior se puede observar en los gráficos que se muestran a continuación;

Gráfico N°1

Evolución de los precios de venta de compresores (modelos EG85 HLR de Embraco y TWB1380 YGS de Tecumseh) entre enero de 2005 y noviembre de 2008, en cuanto a alzas sobre el nivel inicial en enero de 2005 (este último expresado como valor índice, con base 100 en enero de 2005)



REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA



Fuente: Elaboración del TDLC a partir de información de Datasur y de facturas de Embraco aportadas por Embraco como parte de su informe económico de fojas 2605. Los modelos a comparar se obtienen de las planillas denominadas "Alternativas de compresores" aportadas por CTI en su exhibición de documentos rolante a fojas 1079;

Centésimo tercero. Que en los gráficos anteriores es posible observar una tendencia sostenida de alzas de precios por parte de ambas empresas. En efecto, en el período mostrado se observa un incremento de precio de un 37,7% para el compresor fabricado por Embraco y de un 37,1% para el elaborado por Tecumseh. Asimismo, se producen alzas en magnitudes similares para otros conjuntos de modelos que poseen las mismas características, como es el caso de los modelos asimilables EG75 HLR de Embraco y TPH1410 YGS de Tecumseh, que entre marzo de 2005 y septiembre de 2007 vieron incrementados sus precios en un 28,3% y 28,7% respectivamente, según los datos acompañados en el informe económico agregado a fojas 2605 por Embraco;

Centésimo cuarto. Que las alzas de precios en modelos asimilables descrita en las consideraciones anteriores podrían ser explicadas por la coordinación en los incrementos de precios que se ha acreditado a través de la evidencia de comunicaciones entre las empresas requeridas en las consideraciones nonagésimo octava a centésima, como ha argumentado la Fiscalía, o por explicaciones alternativas esgrimidas por Embraco, las que se mencionan a continuación ;

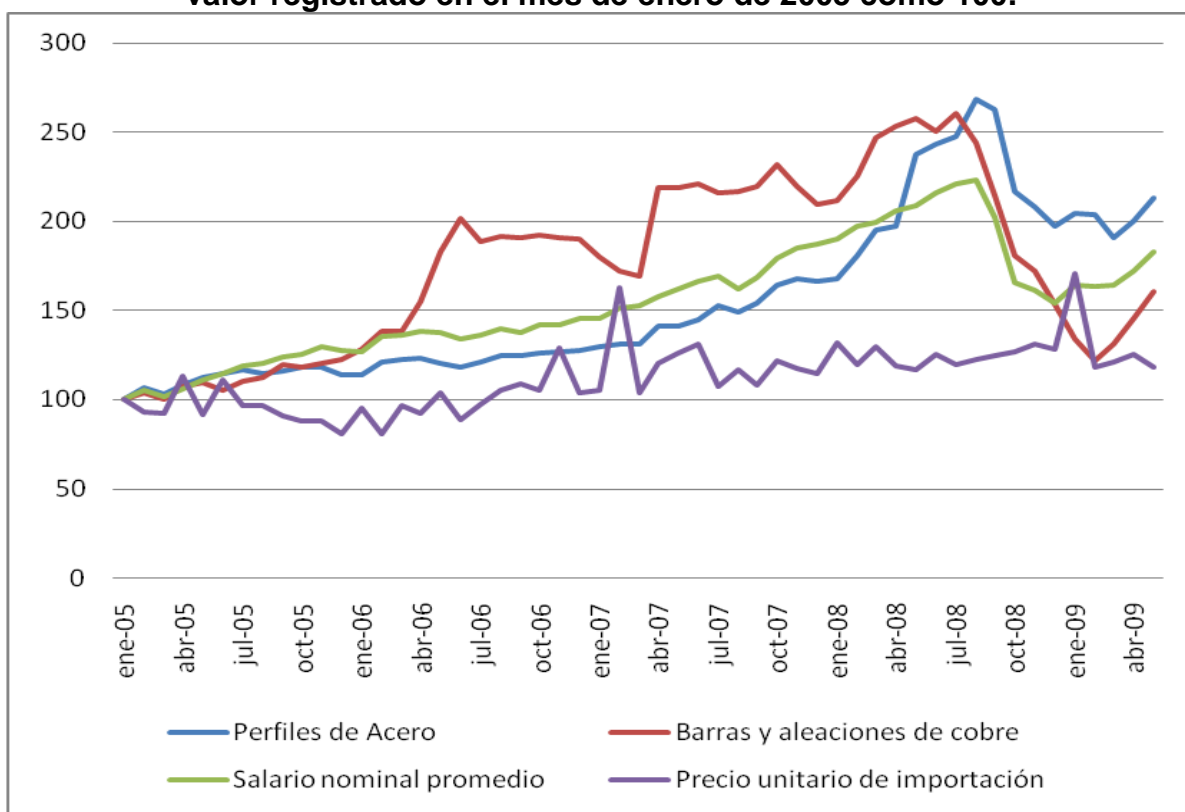
Centésimo quinto. Que, al respecto, Embraco ha alegado en autos que dichas alzas de precios obedecerían a razones distintas de la colusión. Así, una de las explicaciones que ha entregado para justificarlas es que el precio de los insumos necesarios para fabricar estos productos habría aumentado de manera ostensible

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

durante este período, y que, en comparación con estos costos, los precios de los compresores habrían aumentado en una cuantía menor;

Centésimo sexto. Que el siguiente gráfico muestra la evolución del precio de los principales insumos para la elaboración de compresores y del precio de los compresores exportados por Embraco hacia empresas chilenas. En dicho gráfico se puede apreciar el incremento tanto de los costos como de los precios de los compresores;

Gráfico N°2
Evolución del precio de los principales insumos para la fabricación de compresores (valores en US\$) y los precios de importación (valores CIF en US\$) de compresores Embraco hacia Chile, en base a un indicador que toma el valor registrado en el mes de enero de 2005 como 100.



Fuente: Elaboración del TDLC a partir de las bases de datos acompañadas en el informe económico presentado por Whirlpool a fojas 775.

Centésimo séptimo. Que, sin embargo, el alza en los precios de estos insumos no implica que deba existir un incremento equivalente ni incluso similar en los precios del producto procesado final. En efecto, y como argumenta la Fiscalía en el informe acompañado a fojas 2446, si estos insumos inciden sólo en una parte de los costos de fabricación no es necesario que exista un alza de magnitud similar al incremento del costo de los insumos, en los precios del producto final. De hecho, se observan alzas en el precio de los productos finales en períodos en que los precios de estos insumos presentan bajas. Así lo señalan varios testigos en sus declaraciones ante

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

este Tribunal, como por ejemplo la que rola a fojas 800, donde el Sr. Mario Oportus, Gerente General de CTI, expone que “(...) *nosotros reclamábamos fuertemente, evidentemente porque no tenía relación con el alza, por ejemplo, del acero. El acero fuera para arriba o para abajo los motocompresores subían igual y además que los montos eran muy significativos. Entonces, en un período de tiempo en dos o tres años el alza era muy muy significativa, no tenía ninguna proporcionalidad con nada*”. Por último, al existir en autos sólo datos de costos a partir de enero de 2005, los datos iniciales utilizados como índice podrían tener incluidas alzas previas en los precios, dado que la primera evidencia que existe de cartelización es anterior a tal fecha;

Centésimo octavo. Que, sin embargo, los márgenes por producto que obtuvo Tecumseh en este período tuvieron una alta varianza, pero en promedio anual estuvieron entre un 58% y un 84%, por lo que, pese a que se incrementaron los costos, los márgenes no fueron bajos ni negativos. Dado que, según lo que ha sido señalado en autos por la Fiscalía, las estructuras de costos de ambos son similares, es razonable que Embraco haya tenido márgenes de este mismo orden de magnitud, sobre todo considerando que coordinaban sus alzas de precio con Tecumseh a través de las comunicaciones ya citadas en esta sentencia. Para acreditar la similitud en las estructuras de costos de ambas empresas, puede citarse el correo electrónico enviado por Claude Falchier con fecha 25 de septiembre de 2008 (presente en el expediente de investigación de la FNE, tomo IX, fojas 0174) en el que se señala que “*Sus vectores de costos son similares a los nuestros*”. De este modo, puede suponerse que tales márgenes fueron equivalentes para Embraco en la misma época, sin haber sido presentada evidencia por esta última parte sobre disminuciones en los márgenes obtenidos en el período relevante;

Centésimo noveno. Que incluso en caso de aceptarse la hipótesis de que el aumento en los costos de producción fue la principal razón por la cual ambas empresas decidieron realizar alzas de precios, esto no podría justificar la existencia de comunicación de información estratégica ni la coordinación entre competidores para realizar alzas de precios, en porcentajes y fechas similares. No existe justificación económica, acorde a prácticas competitivas, para realizar este tipo de acuerdo entre competidores ante alzas en los precios de los insumos;

Centésimo décimo. Que, en conclusión, tomando en cuenta las minutas de las reuniones de Nüremberg y Frankfurt ya citadas, las comunicaciones entre competidores analizadas en esta sentencia, la confesión realizada por Tecumseh ante la Fiscalía y las decisiones que en razón de acciones similares han adoptado

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

distintas autoridades de libre competencia a nivel mundial, reseñadas en las consideraciones decimoséptima a decimonovena, es evidente para estos sentenciadores que existió una coordinación a nivel internacional entre las empresas productoras de compresores, pudiendo realizar incrementos conjuntos de precios o repartición de mercados geográficos entre ellas. Esto lleva a este Tribunal a la conclusión que, si bien pueden haber existido incrementos en los costos de producción, el nivel de las alzas de precios de los compresores importados desde Chile fue determinado por la coordinación entre las requeridas, y el hecho de que hayan compartido información estratégica y sensible de precios;

Centésimo undécimo. Que, ahora bien, con el fin de evaluar los efectos que en los consumidores finales ha tenido esta coordinación entre las requeridas, se considerarán las declaraciones de testigos prestadas en el proceso acerca de cómo las empresas importadoras en Chile han debido traspasar estos aumentos en el costo de los compresores a los consumidores finales, ya sea a través de un alza en los precios de los refrigeradores, o una disminución en la calidad de los otros componentes, lo cual puede crear ineficiencias en el mercado de los refrigeradores y una pérdida social asociada a la misma. En este sentido el Sr. Oscar Almuna Weil, Gerente general de Sindelen, en su declaración ante este Tribunal, rolante a fojas 794, menciona que *“(...) lo que se hizo fue, en algún minuto se eliminaron algunos modelos, dejar aquellos modelos que tenían mayor venta y rentabilidad”*, lo que habla de una menor variedad para los consumidores. Asimismo, en su declaración ante este Tribunal, rolante a fojas 1075, el Sr. Jorge Pérez Torres menciona que *“(...) hemos tenido que buscar alternativas y pasar de un motor EBM de tecnología alemana a un motor chino en algunos equipos (...) o podemos seguir utilizando el tubo fluorescente como alternativa y no ponerte los equipos LED, o poner el aspa plástica porque el aspa de aluminio es más cara”*. Por último, el Sr. Mario Oporto, Gerente general de CTI, también declara ante este Tribunal que *“(...) para ser competitivo en vez de poner bandejas plásticas, bandejas de vidrio, perdón, que son atributos percibidos favorablemente por los consumidores, poner bandejas de acero, digamos, de barritas de acero; o bajar la clasificación energética, en vez de ser un refrigerador de clase A o B pasar a un C; disminuir el tamaño del freezer, por lo tanto tengo menos volumen que enfriar (...)”*. Todo lo anterior significó, naturalmente, una disminución en la calidad de los productos vendidos por los importadores de compresores en Chile;

Centésimo duodécimo. Que otro efecto en Chile del alza en los precios de los compresores por parte de las requeridas correspondería a la salida de un competidor del mercado, como lo era Sindelen hasta el año 2009. Según ha declarado el Sr.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Guillermo Triviño, Gerente de operaciones de Sindelen, ante este Tribunal (a fojas 1075 bis y 1238), *“lamentablemente fue producto del motocompresor que tuvimos que dejar de fabricar, no hay otra razón, porque te lo digo esto, porque lo que hablábamos delante el motocompresor es tan relevante en el costo de un producto llamado refrigerador, qué le vas a hacer”*;

Centésimo decimotercero. Que en cuanto a importaciones de equipos de refrigeración, de acuerdo con los datos informados a solicitud de este Tribunal por el Servicio Nacional de Aduanas a fojas 3566, Whirlpool Chile Ltda. ha sido la principal firma importadora de refrigeradores hacia Chile entre los años 2005 y 2009, aunque presenta una declinación en su participación en importaciones a partir del año 2007, como muestra el siguiente Cuadro:

Cuadro N°5
Participación en el valor total (dólares CIF) de importaciones de refrigeradores hacia Chile de las diez principales firmas importadoras años 2005-2009

	2005 (%)	2006 (%)	2007 (%)	2008 (%)	2009 (%)	2005-2009 (%)
Whirlpool Chile Ltda.	38	44	28	20	8	29
LG Electronics Inc. Chile Ltda	10	8	19	15	28	15
DEC Chile S.A.	5	5	6	12	14	8
Electrolux Chile S.A.	9	9	6	7	7	8
Soc. Dist. Radio Center Ltda.	0	6	9	14	5	8
CTI Cia. Tecno Industrial S.A.	5	6	6	7	11	7
General Electric de Chile S.A.	4	6	7	6	0	5
Comercial Mabe Chile Limitada	0	0	0	8	12	3
Emasa, Equipos Y Maq.S.A	4	5	5	2	2	4
RCL Distribucion Ltda.	12	0	0	0	0	2
Otras	13	12	13	10	14	12

Fuente: Elaboración del TDLC a partir de datos aportados por el Servicio Nacional de Aduanas a fojas 3566.

Centésimo decimocuarto. Que, de este modo, Whirlpool pudo haber tenido, además de los incentivos a subir los precios para incrementar sus ganancias en la venta de compresores, un interés adicional debido a su integración vertical en el negocio de la venta de refrigeradores. En este sentido declara el Sr. Juan Guillermo Triviño, Gerente de operaciones de Sindelen, ante este Tribunal, en la audiencia testimonial rolante a fojas 1075 bis y 1238, donde señala que *“(...) los fabricantes de compresores agua arriba me suben los precios, el señor de Whirlpool por abajo controla los precios en términos que baja el precio de su refrigerador. (...) Por lo tanto, cada vez es más estrecho el rango para que tú puedas seguir fabricando hasta que revienta el cuento y Sindelen lamentablemente revienta”*. Sin embargo, esto no ha sido parte del requerimiento de la Fiscalía ni se ha mostrado evidencia en autos, por parte de la requiriente, al respecto;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Centésimo decimoquinto. Que, por último, el principal efecto que ha tenido la coordinación colusiva en las alzas de precios efectuadas por Tecumseh y Embraco es el aumento en los costos de producción de las empresas importadoras en Chile, lo cual ha significado, para las dos empresas partícipes del acuerdo colusivo, ganancias superiores a las que habrían obtenido de no existir el mismo;

Centésimo decimosexto. Que la estimación de tales ganancias excesivas ha sido objeto de un informe económico presentado por la Fiscalía a fojas 2446, en el que se valoran las mismas, para Embraco, durante el período 2004-2009 (ambos años inclusive), en aproximadamente 15.488 UTAs. Esto es controvertido por dicha compañía, esgrimiendo justificaciones de costos para las alzas de los precios las que, en su opinión no habrían redundado en márgenes sobre normales;

Centésimo decimoséptimo. Que sin existir más información en autos sobre los márgenes obtenidos por Embraco en la comercialización de motocompresores herméticos de baja potencia en Chile, no es posible para este Tribunal evaluar directamente las ganancias adicionales que se habrían obtenido a partir de las acciones antes descritas;

Centésimo decimoctavo. Que, sin embargo, es posible realizar una estimación de dichas ganancias, recurriendo a los siguientes supuestos que, a juicio de este Tribunal, permitirían obtener aproximaciones razonables. El primer supuesto es que ambas empresas enfrentaron similares costos de materias primas durante el período en cuestión, lo que parece razonable si se considera que los insumos involucrados corresponden, en su mayoría, a *commodities* transados internacionalmente. El segundo supuesto, que se sustenta en la comunicación citada en la consideración centésimo séptima, es que la tecnología utilizada por ambas empresas es de similares características, de modo que los costos de producción de una y otra empresa serían similares;

Centésimo decimonoveno. Que habida cuenta de ambos supuestos, es posible entonces asimilar los márgenes obtenidos por Tecumseh, acompañados por la FNE en su presentación de fojas 2446, con los márgenes que habría obtenido Embraco durante el período en que se ejecutó el cartel, dado que los precios de ambas firmas se incrementaron en el mismo orden de magnitud porcentual. De este modo, es posible obtener una estimación de las ganancias obtenidas por esta última;

Centésimo vigésimo. Que una vez obtenida tal estimación cabe preguntarse cuál habría sido la ganancia normal para Embraco durante este período, esto es, la que habría obtenido en caso de no haber existido la coordinación con Tecumseh.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Para tal efecto puede considerarse, como lo hace la Fiscalía, que la ganancia normal corresponde a aquella obtenida el noveno mes después de terminado el acuerdo de precios, fecha en que las firmas incumbentes deberían haber vuelto a sus márgenes competitivos. Para estos efectos la Fiscalía Nacional Económica consideró el margen de un mes en particular (septiembre de 2009), sin embargo este Tribunal, para realizar una estimación más robusta, considerará el margen promedio obtenido durante el último cuatrimestre del año 2009;

Centésimo vigésimo primero. Que, de este modo, para realizar el ejercicio de estimación de las ganancias sobre normales obtenidas por Embraco, este Tribunal procederá a multiplicar el margen sobre normal obtenido por Tecumseh, en cada mes del período analizado, esto es, entre enero de 2005 y diciembre de 2008, por las ventas de motocompresores de potencia menor a 1hp realizadas por Embraco en Chile durante ese mismo mes, según los datos acompañados por esta última a fojas 775 y utilizados para la confección del informe económico adjunto en tal presentación. Tras esto, se estimará cuáles habrían sido los ingresos competitivos, considerando un margen de 35%, que corresponde al margen promedio alcanzado por Tecumseh en el último cuatrimestre de 2009, período en el cual este Tribunal estima que ya se habría reinstaurado la competencia en esta industria. Luego, la diferencia entre los ingresos obtenidos y los ingresos competitivos estimados correspondería a una aproximación razonable de las ganancias alcanzadas con motivo de la infracción. El resultado de este cálculo se presenta en el siguiente Cuadro:

Cuadro N° 6
Estimación del margen sobre normal obtenido por Embraco durante el período 2005-2008

Año	Ingresos FOB en Chile (US\$) [A]	Margen promedio anual TDB (%) [B]	Costo Estimado (US\$) [A/(1+B)]	Ingresos Competitivos Estimados (US\$) [C]	Ganancia Sobre normal (US\$) [A-C]
2005	5.322.115	0,794	2.966.619	4.004.936	1.317.179
2006	7.934.786	0,842	4.307.701	5.815.397	2.119.389
2007	10.965.610	0,656	6.621.745	8.939.356	2.026.254
2008	10.951.359	0,583	6.918.104	9.339.441	1.611.918
Total	35.173.871		20.814.171	28.099.130	7.074.741

Fuente: Elaboración del TDLC a partir de información presentada por la FNE en su informe de fojas 2446 y por Embraco a fojas 775.

Centésimo vigésimo segundo. Que, así, las ganancias sobre normales obtenidas por Embraco durante el período en que se ha evidenciado la colusión en autos serían del orden de los US\$ 7 millones, lo que en pesos equivale a, aproximadamente,

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

\$3.750 millones, esto es cerca de 8.500 UTAs en precios del año 2009. Este monto es tan sólo una estimación, y no pretende ser un cálculo exacto de las ganancias realmente obtenidas por Embraco en Chile a través de los actos anticompetitivos imputados; sin embargo será considerado por este Tribunal, entre otros factores que se mencionan más adelante, para determinar la multa a imponer;

Centésimo vigésimo tercero. Que, un cálculo similar efectuado por la Fiscalía en su informe económico acompañado a fojas 2446 sobre las ganancias adicionales producto del acuerdo colusivo, pero acotado al período 2005-2008 y considerando un margen competitivo de 35% sobre los costos, le permiten estimar las ganancias de Tecumseh por esta cartelización en Chile en aproximadamente 6.800 UTAs en precios del año 2009;

Centésimo vigésimo cuarto. Que es preciso señalar que el inciso final de la letra c) del artículo 26° del D.L. N° 211 establece que se deberá considerar, entre otras circunstancias, la gravedad de la conducta imputada para determinar el monto de la multa que se impondrá a las requeridas. De este modo, dada la naturaleza del ilícito cometido, que es considerado por la doctrina internacional y la jurisprudencia nacional –tanto de este Tribunal como de la Excma. Corte Suprema- como el más grave de los atentados a la libre competencia, es necesaria la imposición de una multa que efectivamente constituya una disuasión de este tipo de conductas;

Centésimo vigésimo quinto. Que, por otra parte, como ha sido señalado por la Fiscalía y por la requerida Tecumseh do Brasil en autos, esta última se ha acogido al beneficio de delación compensada contenido en el artículo 39 bis del D.L. N°211, por lo cual la Fiscalía en su requerimiento ha solicitado la exención completa de la multa a esta requerida, indicando que Tecumseh do Brasil ha cumplido los requisitos exigidos por la ley para la procedencia del citado beneficio;

Centésimo vigésimo sexto. Que, habiéndose acreditado la conducta de colusión delatada y no habiéndose alegado –ni menos probado- que Tecumseh fue el organizador de la conducta ilícita y que coaccionó a los demás participantes del acuerdo, corresponde aplicar la exención de multa solicitada por la Fiscalía Nacional Económica en su requerimiento, en virtud de lo dispuesto en el inciso 5° del artículo 39 bis del D.L. N° 211;

Y TENIENDO PRESENTE lo dispuesto en los artículos **1º, 2º, 3º, 18º y 26º del Decreto Ley N° 211,**

SE RESUELVE:

1) **Rechazar** la excepción de falta de jurisdicción interpuesta por Whirlpool S.A. a

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

fojas 521 y siguientes;

- 2) **Rechazar** la excepción de prescripción opuesta por Whirlpool a fojas 530;
- 3) **Rechazar** la excepción de cosa juzgada opuesta por Whirlpool a fojas 547 vuelta;
- 4) **Acoger** el requerimiento del Sr. Fiscal Nacional Económico en contra de Tecumseh Do Brasil Ltda. y de Whirlpool S.A., que rola a fojas 10 y siguientes, en todas sus partes;
- 5) **Imponer** a Whirlpool S.A., en conformidad con lo dispuesto en el Artículo 26 letra c), del Decreto Ley N° 211, una multa a beneficio fiscal de 10.500 UTA;
- 6) **Otorgar** a Tecumseh do Brasil Ltda., el beneficio de exención de multa contemplado en el artículo 39 bis del D.L. N° 211;
- 7) **Condenar** en costas a la parte de Whirlpool S.A. por haber sido totalmente vencida.

Notifíquese y archívese en su oportunidad.

Rol C N° 207- 10

Pronunciada por los Ministros Sr. Tomás Menchaca Olivares, Presidente, Sra. Andrea Butelmann Peisajoff y Sr. Radoslav Depolo Razmilic, y los Sres. Julio Peña Torres y Javier Velozo Alcaide, en concordancia con lo dispuesto en los artículos 79 del Código Orgánico de Tribunales y 169 del Código de Procedimiento Civil. No firma el Sr. Depolo, no obstante haber estado presente en la vista de la causa y concurrido al acuerdo, por encontrarse en comisión de servicio. Autorizada por el Secretario Abogado Sr. Alejandro Domic Seguich.