

DERECHO DE LA LIBRE COMPETENCIA

Fernando Araya Jasma

Profesor de Derecho Comercial
Universidad Diego Portales

ALGUNAS LUCES EN LOS DESAFÍOS DE LA GOBERNANZA TRANSNACIONAL EN CARTELES INTERNACIONALES: CORTE SUPREMA, 24 DE SEPTIEMBRE DE 2013, ROL 5308-2012

1. GLOBALIZACIÓN, EMPRESAS MULTINACIONALES Y CARTELES INTERNACIONALES

La globalización, proceso que hace aparecer al mundo como un lugar más pequeño, donde los individuos se desplazan, los bienes se comercializan y el capital se invierte y desinvierte con significativos grados de libertad entre las fronteras de los países, es un fenómeno menos reciente de lo que se suele creer. Con sus avances permitidos, en particular, por la política y la tecnología y sus retrocesos impulsados, principalmente, por movimientos sociales y grupos de individuos afectados por las consecuencias de dicho proceso que obtienen de sus gobiernos la implementación de políticas proteccionistas, la globalización en su sentido moderno se remonta al siglo XIX¹.

¹ Para una introducción y una mirada al estado actual de este proceso: *The Economist*, 12 de octubre, 2013, Special report: *World Economy*

El surgimiento de EMNs y la existencia de carteles internacionales tampoco son fenómenos recientes^{2,3}.

Lo que data de los últimos veinte años, en cambio, es la ubicuidad de las consecuencias de la globalización, la insoslayable influencia de las EMNs en nuestra vida diaria, y la acción decidida de algunas jurisdicciones para contener o mitigar algunos de los efectos nocivos de la globalización, como son, por ejemplo, los carteles internacionales⁴.

² Para un recorrido histórico de las EMNs, véase JONES (2005).

³ Para un panorama sobre carteles internacionales, véase LEVENSTEIN & SUSLOW (2008)

⁴ Los acuerdos graves entre competidores que recaen sobre precios, niveles de producción, reparto de mercados y la participación coordinada en procesos licitatorios se denominan *carteles internacionales* cuando en dichos acuerdos participan empresas de más de un país, incluyendo los acuerdos alcanzados por un competidor con la filial local de una empresa extranjera. En el caso de acuerdos sólo entre empresas de una misma nacionalidad, con el fin de afectar mercados diferentes al local, estaremos ante lo que se denomina *carteles de exportación*. Una tercera hipótesis es la de competidores nacionales en que todos sus actos de comunicación y coordinación para afectar el mercado local se verifican fuera de las fronteras de la respectiva jurisdicción. Lo que será recurrente en cualquiera de las tres situaciones descritas, es que la conducta colusoria tendrá lugar en un determinado territorio jurisdiccional, mientras que, los efectos de la misma, en mercados situados en otro.

Sobre la globalización, la economista Ann Pettifor expresaba en 2006:

“Los efectos de la globalización pueden verse en todas partes. Los pobres se están haciendo más pobres, los ricos se están haciendo más ricos... Las megafusiones que llevan al establecimiento de gigantescos oligopolios hoy controlan nuestros mercados. Estos oligopolios, ayudados por permisivas regulaciones gubernamentales, eliminan la competencia. Ignorando la animada y ciega ideología de los promotores del libre mercado, fuerzan al alza los precios de bienes vitales como los medicamentos, capturando beneficios desproporcionadamente elevados”⁵.

Por su parte, el desarrollo actual de las EMNs estaría dando lugar a una elite empresarial global de súper-ricos que, dada su fuerte influencia en los poderes de los estados, estaría configurando una plutocracia carente de legitimidad democrática e incidiendo en diversos ámbitos de la vida de los ciudadanos⁶.

En este escenario, una aplicación efectiva de las leyes de competencia en contra de los carteles internacionales, a su turno, comenzó a implementarse principalmente por Estados Unidos en la última década del siglo xx. En ello fue fundamental la modificación al programa de delación compensada del Departamento de Justicia estadou-

nidense, en el año 1937. Organismos y foros internacionales también han identificado el combate contra los carteles internacionales como uno de los desafíos centrales para velar por el buen funcionamiento de los mercados integrados y globales⁸.

La sentencia de la CS que comentamos en esta oportunidad tiene la trascendencia de ser el primer caso de un cartel internacional con efectos en Chile, que es condenado por el máximo tribunal, rechazando las excepciones de falta de jurisdicción, de cosa juzgada y de *non bis in idem* planteadas por la reclamante (en el caso, la empresa Whirlpool S.A./Embraco). El caso, además, es el primero en que se aplica el beneficio de exención de la multa al partícipe que primero se autodenuncia y aporta antecedentes (en el caso, la empresa Tecumseh) de acuerdo con lo dispuesto por el art. 39 bis del DL N° 211 (‘delación compensada’), incorporado por reforma legal del año 2009.

2. EL CARTEL INTERNACIONAL DE COMPRESORES HERMÉTICOS PARA REFRIGERACIÓN

Según el reconocimiento de Tecumseh ante la FNE, por lo menos desde el año 2004, dicha empresa participó junto con Whirlpool, Danfoss, ACC y Panasonic (antes Matsushita) en un cartel internacional cuyo objetivo fue incrementar ilícita y artificialmente el precio de los compresores herméticos, insumo esencial para la fabricación de equipos de

⁵ PETTIFOR (2006), pp. 51-52.

⁶ FREELAND (2012)

⁷ LEVENSTEIN & SUSLOW (2008), supra n. 3, p. 1112 y ss.

⁸ UNCTAD (2012); OECD (2012)

refrigeración que representa entre un 15% y 20% de los costos totales de fabricación de un refrigerador. En reuniones anuales (en ciudades como Nüremberg y Frankfurt) con participación de altos ejecutivos y ejecutivos de ventas, las empresas competidoras acordaban rangos de alzas porcentuales por regiones del mundo (Estados Unidos, Europa, Asia y Centro América, América del Sur, África y otros países pobres) y por categoría de producto (nivel de potencia, rango de refrigeración y eficiencia energética). Alcanzado el acuerdo, cada empresa por separado comunicaba el rango de porcentaje de alza a sus clientes en la región correspondiente (principales fabricantes de equipos de refrigeración y congeladores). En visita o contacto posterior con el cliente, cada empresa determinaba el alza definitiva, verificando que lo mismo fuera hecho por los demás proveedores de compresores parte del cartel. Estas conductas colusorias se prolongaron por distintos períodos en las diferentes regiones.

Varias jurisdicciones incluidas Brasil, Europa, Estados Unidos, Canadá, Nueva Zelanda y Chile, entre otras, desarrollaron investigaciones en contra de este cartel internacional. El cual aparentemente se detectó por medio de una autodenuncia de una de las empresas participantes del mismo, presentada a fines de 2008 ante la autoridad de competencia de Brasil.

Algunas de estas investigaciones se hicieron públicas en febrero de 2009, cuando las autoridades de competencia de Europa, Brasil y Estados Unidos practicaron allanamientos sorpresa simultáneos⁹.

⁹ En la operación bajo el código “cero grados”, cerca de sesenta agentes federales brasi-

En Brasil, Whirlpool reconoció ante la autoridad su participación en el cartel en septiembre de 2009, suscribiendo un acuerdo de cese de su conducta y comprometiéndose al pago de una multa por un equivalente cercano a los USD\$ 53.000.000. La autoridad de competencia de Brasil expresaba en noviembre de 2012:

“la práctica perjudicó a consumidores brasileños y de otros países en el período 1996 a 2008. Entre 1996 y 2004 el cartel actuaba principalmente en Brasil. Después, se expandió mundialmente, en especial hacia Europa y América del Norte”¹⁰,

esto, al momento de enviar los antecedentes para la decisión final del tribunal respecto de algunos ejecutivos. Por su parte, Electrolux, uno de los principales fabricantes de equipos de refrigeración en Brasil inició acciones indemnizatorias¹¹.

En Europa, por decisión de la Comisión Europea de diciembre de 2011, las

leños allanaron las oficinas de Whirlpool en São Paulo incautando equipo informático. Al mismo tiempo, oficinas de Whirlpool y de Tecumseh en Brasil y Estados Unidos eran allanadas al igual que las instalaciones de Danfoss en Dinamarca, Alemania y Estados Unidos Comunicado de Prensa de la Comisión Europea MEMO/09/73 de 18 de febrero de 2009, “Commission confirms inspections in the industry for compressors for refrigeration”. Disponible en línea en: http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-09-73_en.htm?locale=en

¹⁰ Comunicado de Prensa del CADE de 29 noviembre 2012, “Superintendência do Cade sugere punição de executivos por cartel de compressores para refrigeração” (traducción libre). Disponible en línea en www.cade.gov.br/Default.aspx?2b1eec3cd54ba161b582d262f35d

¹¹ ANDRADE y VICENTINI (2013)

empresas del grupo Tecumseh resultaron beneficiarias de la delación compensada liberándose totalmente de multas. En un procedimiento transaccional, las demás empresas reconocieron su responsabilidad en los hechos que daban cuenta de la existencia del cartel entre los años 2004 y 2007, que afectó mercados europeos. La Comunidad Europea les impuso las siguientes multas:

- i) al grupo de empresas ACC, €9.000.000;
- ii) al grupo de empresas Danfoss, €90.000.000;
- iii) al grupo de empresas Whirlpool/Embraco, €54.530.000;
- iv) a Panasonic €7.668.000¹².

En Estados Unidos, el Departamento de Justicia informaba en octubre de 2011 que Danfoss era la tercera compañía que reconocía su participación en el cartel internacional, comprometiéndose a pagar una multa de USD\$3.000.000. Anteriormente, la autoridad había llegado a acuerdos semejantes con Panasonic y con Whirlpool/Embraco sometiéndose al pago de una multa de USD\$49.100.000 la primera y USD\$91.800.000 la segunda¹³. Asimismo, en mayo de 2013, los medios informaron que compradores

directos de compresores habían alcanzado un acuerdo con las demandadas Whirlpool/Embraco, Danfoss y Tecumseh por el cual estas tres compañías se obligaban a pagar un monto de USD\$41.000.000 con el fin de poner término a las acciones civiles iniciadas en su contra¹⁴.

3. EL CASO EN CHILE

En Chile, el procedimiento ante la FNE se inició con la postulación de la empresa Tecumseh al beneficio de exención de multa que establece el art. 39 bis del DL N° 211, a fines del año 2009. La empresa, teniendo por antecedente el inicio de investigaciones penales en Chile en contra de ejecutivos que habían cooperado en el caso ‘farmacias’, fue cautelosa, no haciendo comparecer a ejecutivo alguno en el territorio nacional, sino que practicando diligencias testimoniales ante la respectiva autoridad consular en el extranjero.

Sobre la base de los antecedentes presentados por el beneficiario de la delación compensada y diligencias de investigación adicionales ejecutadas por la FNE, este organismo presentó un requerimiento en contra de las empresas Tecumseh y Whirlpool a fines del mes de julio del año 2010. La FNE solicitó la imposición de una multa de 15.000 UTA para la empresa Whirlpool y la exención de multa para la empresa Tecumseh¹⁵.

¹² Comisión Europea, resumen de la decisión de 7 de diciembre de 2011, Asunto COMP/-39.600 – Compresores de refrigeración. Disponible en línea en: [http://eur-lex.europa.eu/Notice.do?mode=dbl&lang=en&ihtmlang=en&lng1=en,es&lng2=bg,cs,da,de,el,en,es,et,fi,fr,hu,it,lt,lv,mt,nl,pl,pt,ro,sk,sl,sv,&val=677726:cs](http://eur-lex.europa.eu/Notice.do?mode=dbl&lang=en&ihtmlang=en&lng1=en,es&lng2=bg,cs,da,de,el,en,es,et,fi,fr,hu,it,it,lv,mt,nl,pl,pt,ro,sk,sl,sv,&val=677726:cs)

¹³ Comunicado de prensa, Departamento de Justicia de Estados Unidos, 4 de octubre de 2011, “Danfoss Group Subsidiary agrees top plead guilty for role in price-fixing conspiracy involving refrigerant compressors.” Disponible en línea en www.justice.gov/atr/public/press_releases/2011/275834.htm

¹⁴ Véase, por ejemplo: www.law360.com/articles/440197/whirlpool-others-reach-41m-compressor-cartel-settlement

¹⁵ FNE, 29 de julio de 2010, requerimiento contra Tecumseh y Whirlpool www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2012/02/requ_002_2010.pdf. La FNE no requirió a las demás empresas de este cartel internacional, en

La primera cuestión relevante que el TDLC debió resolver fue una excepción dilatoria de incompetencia presentada por la requerida Whirlpool. Con fecha 16 de diciembre de 2010, el TDLC la desestimó¹⁶ fundado, en lo central, en una interpretación del texto del DL N° 211¹⁷, en un argumento de reducción al absurdo¹⁸ y en el evitar

el entendido que sus acciones no incidían en los mercados chilenos. Tecumseh y Whirlpool en conjunto alcanzaban una participación cercana al 90% de los compresores importados a Chile. La abundante evidencia expuesta en el requerimiento se presentó con la necesaria reserva de los antecedentes, con el propósito de compatibilizar la protección de la identidad de quienes colaboraron en el proceso de delación compensada –y de este modo minimizar riesgos legales fuera del DL N° 211 a su respecto– y el derecho de defensa de la otra empresa requerida que no era titular de ningún beneficio. En efecto Whirlpool, a diferencia del reconocimiento de su participación que presentó en otras jurisdicciones, en Chile litigó hasta la CS.

¹⁶ TDLC, 16 de diciembre de 2010, rol C N° 207-10, Disponible en línea en www.tdlc.cl/Portal.Base/Web/VerContenido.aspx?GUID=&ID=2467

¹⁷ “Resulta indubitado que lo que activa en cada caso la competencia de este Tribunal para conocer de un asunto es la alegación de haberse lesionado la libre competencia ‘en los mercados’ [...] por lo que debe estarse, o al lugar donde estos efectos se producen o pueden producirse, o al ámbito territorial respecto del cual el bien jurídico que este Tribunal está por ley llamado a cautelar –la libre competencia– debe prevalecer o ser restablecido”, *op. cit.*, cons. 2°.

¹⁸ “Que, en caso contrario, esto es, en caso de pretenderse –como lo hace la requerida– que el ámbito de aplicación territorial del [DL N° 211] –y, por consiguiente, la competencia de este Tribunal– se reduce sólo al lugar en el que se comete, celebra, acuerda o desarrolla una conducta eventualmente competitiva, sin alcanzar al lugar en el que se producen los efectos actuales o potenciales de dicha conducta, se llegaría al absurdo extremo de no poder juzgarse en Chile restricciones a la competencia efectuadas en el extranjero pero que afectan a alguno o

incentivos perversos¹⁹. Complementa la fundamentación con una noción cercana a la de precedente²⁰ y con la idea de atribución legal propia del concepto de competencia procesal²¹.

En su contestación al requerimiento, Whirlpool volvió a plantear los mis-

algunos de nuestros mercados, o al de juzgar conductas realizadas en Chile que no sean aptas para producir efectos anticompetitivos en el país; situaciones ambas que, además de faltar, respectivamente, al principio de inexcusabilidad de esta judicatura y al de economía procesal, haría perder todo sentido a la estructura normativa del [DL N° 211], cuyo propósito es el de velar, dentro del territorio de la República, por el desenvolvimiento competitivo de sus mercados”, *op. cit.*, cons. 3°.

¹⁹ “Que lo anterior, además, generaría el incentivo perverso de dejar en la impunidad a quienes, queriendo vulnerar la competencia en los mercados chilenos, adoptasen sus decisiones anticompetitivas o ejecutasen las acciones tendientes a implementarlas fuera de Chile ex profeso, viajando con esos propósitos a otro país, o utilizando medios de comunicación o intermediarios no situados en Chile, pues de esta forma, aunque los efectos de estas decisiones y acciones afectasen nuestros mercados, no habría manera de someterlas al conocimiento de este Tribunal”, *op. cit.*, cons. 4°.

²⁰ “Debe tenerse presente que este Tribunal ha conocido y juzgado conductas cometidas fuera del territorio chileno precisamente por considerar que podían afectar la libre competencia en Chile, como por ejemplo, en la sentencia N°90/2009”, *op. cit.*, cons. 6°. La sentencia referida versa sobre un abuso de exclusión conocido como el caso ‘fósforos’. Los hechos acaecidos en el extranjero habrían sido presiones contra el proveedor de un rival con fines de excluirlo del mercado nacional. Éstas habrían tenido lugar en reuniones presenciales en República Checa.

²¹ “No debe olvidarse que el artículo 108 del COT establece que ‘la competencia es la facultad que tiene cada juez o tribunal para conocer de los negocios que la ley ha colocado dentro de la esfera de sus atribuciones’; y que, como se ha dicho, lo que el [DL N° 211] ha encomendado a este Tribunal proteger es la libre competencia en los mercados chilenos”, *op. cit.*, cons. 7°.

mos argumentos de su excepción dilatoria desestimada, esta vez, para fundamentar la excepción perentoria de falta de jurisdicción.

En junio de 2012, el TDLC resolvió este caso²². En su sentencia rechazó la excepción de falta de jurisdicción presentada por Whirlpool, en lo medular, con los mismos fundamentos que había desestimado la incompetencia alegada²³. A su argumentación para el rechazo, agregó la existencia de una sentencia del propio TDLC dictada en el tiempo intermedio que recogía criterios semejantes²⁴ y, también, que los antecedentes del proceso habían puesto en evidencia que la ejecución del acuerdo colusorio, a lo menos parcialmente, había tenido lugar en el territorio nacional (etapas de comunicación a cliente y aplicación de los nuevos precios)²⁵.

La sentencia del TDLC abunda en aspectos de interés. Otro que merece detención, tratándose éste del primer caso de delación compensada que da lugar a una sentencia en Chile²⁶, es el

²² TDLC, 14 de junio de 2012, sentencia N° 122/2012 (Compresores). Disponible en línea en www.tdlc.cl/Portal.Base/Web/VerContenido.aspx?ID=3140&GUID=

²³ *Op. cit.*, cons. 6° a 8°.

²⁴ *Op. cit.*, cons. 6°. La sentencia referida es TDLC, 29 de diciembre de 2011, sentencia N° 117/2011 (Malone) y versa sobre el incumplimiento de una condición impuesta para llevar adelante una operación de concentración. Las circunstancias de versar el caso referido sobre una materia diferente a la de un acuerdo colusorio y de encontrarse pendiente la resolución de un recurso de reclamación en contra dicha sentencia hace dudoso establecer una conexión conceptual con la idea de precedente judicial en este caso.

²⁵ *Op. cit.*, cons. 8°.

²⁶ Cabe recordar aquí que en el caso “farmacias”, la confesión prestada por una de las empresas del cartel tuvo lugar en el contexto de un acuerdo colusorio y a esa fecha aún no se encon-

traba vigente el art. 39 bis DL N° 211 que establece el mecanismo de delación compensada propiamente tal.

“cuando es usada contra los demás demandados, ha de otorgársele el valor de una prueba testimonial”²⁷.

Y, como prueba testimonial, corresponde al TDLC ponderar su gravedad y precisión para determinar si por sí sola o unida a la restante prueba rendida puede o no formar la convicción del tribunal sobre la base del método de valoración de la sana crítica. Para lo anterior, el TDLC procede al análisis del mérito de la declaración del auto-denunciante buscando, en particular, establecer la motivación de la misma (evitar consecuencias gravosas para sí derivadas de la persecución judicial del ilícito y no, por ejemplo, una declaración estratégica para perjudicar a un competidor) y su consistencia con el resto de la evidencia presentada²⁸.

Finalmente, a modo de resumen, digamos que en su sentencia, el TDLC también descarta la prescripción alegada por Whirlpool, a partir del cómputo del plazo desde el cese de la conducta ilícita y declarando que la colusión es

traba vigente el art. 39 bis DL N° 211 que establece el mecanismo de delación compensada propiamente tal.

²⁷ TDLC, 14 de junio de 2012, sentencia N° 122/2012, cons. 25°.

²⁸ *Op. cit.*, cons. 26° a 31°.

un ilícito de carácter permanente²⁹; establece que la conducta juzgada es diferente a aquéllas que son conocidas por otras jurisdicciones, lo anterior, para descartar las excepciones de cosa juzgada y non bis in ídem³⁰; efectúa un pormenorizado análisis de la evidencia del acuerdo que fue presentada en juicio³¹; establece por medio de la determinación del mercado relevante y la conclusión acerca de la existencia de poder de mercado conjunto que el acuerdo en cuestión sí había afectado la libre competencia en Chile³²; establece, entre otros efectos de la conducta, las consecuencias para los consumidores finales³³; y, efectúa una estimación de las ganancias sobre normales obtenidas por Whirlpool gracias al acuerdo colusorio, las que sitúa en el orden de los USD\$ 7.000.000³⁴.

El TDLC concluye imponiendo a Whirlpool una multa de 10.500 UTA (equivalente a unos USD\$ 10.000.000) y otorga a Tecumseh el beneficio de exención de multa.

4. EL CASO ANTE LA CS

Whirlpool presentó un recurso de reclamación en contra de la sentencia del TDLC para ante la CS.

La CS siguió criterios bastantes semejantes a los del TDLC para descartar la falta de jurisdicción alegada por Whirlpool:

“Teniendo en consideración que la finalidad de la normativa contenida en el Decreto Ley N° 211 es tutelar la libre competencia en Chile, es claro que nuestros tribunales sí tienen competencia para conocer de aquellos atentados contra este bien jurídico que han producido efecto en Chile o que tenían la aptitud para hacerlo, cualquiera sea el lugar en que se ejecuten o celebren. [...] Aceptar la alegación [de falta de jurisdicción] de la reclamante implicaría que dicha conducta infractora, que también se habría materializado en Chile, quedaría excluida de control y sanción por los tribunales del país. [...] En la medida que el supuesto acuerdo colusorio que acusa la Fiscalía alcanzó el mercado local –mediante la aplicación de precios concertados a los clientes nacionales–, produciendo efectos en él, es claro que los tribunales chilenos están revestidos de las facultades para conocer y castigar la referida infracción. / En atención, entonces, a que el eventual comportamiento ilícito tuvo lugar, en parte, en Chile, es posible reconocer la plena jurisdicción de los tribunales nacionales acudiendo al principio de la territorialidad”³⁵.

²⁹ TDLC, 14 de junio de 2012, sentencia N° 122/2012, cons. 9°-16°.

³⁰ *Op. cit.*, cons. 17°-21°.

³¹ *Op. cit.*, cons. 32°-68°.

³² *Op. cit.*, cons. 70°-90°.

³³ *Op. cit.*, cons. 111°.

³⁴ *Op. cit.*, cons. 116°-123°.

³⁵ CS, 24 de septiembre de 2013, rol 5308-2012, cons. 2°). La CS ha seguido recientemente este criterio de atender al lugar donde se producen las consecuencias dañosas para atribuir jurisdicción a los tribunales nacionales, en otras materias. En un caso de responsabilidad

La CS también se hizo cargo de las excepciones de cosa juzgada y de non bis in ídem, rechazándolas en los siguientes términos:

“[Estas excepciones] deben ser descartadas desde que ninguna jurisdicción extranjera ha podido conocer ni castigar hechos sucedidos en Chile que hubieren afectado el mercado nacional. La misma reclamante ha reconocido que se han realizado investigaciones en diferentes países con motivo de este cartel internacional, las que han terminado en sanciones o en otras determinaciones equivalentes a una sentencia en relación a los actos que han tenido lugar en cada uno de esos territorios, lo cual resulta lógico tratándose de mercados distintos, protegidos por las legislaciones de uno y otro Estado”³⁶.

Y, en cuanto al mérito probatorio de la declaración de autodenuncia presentada por Tecumseh, la CS recogió los siguientes criterios establecidos en el caso ‘farmacias’, en el sentido que la confesión debe satisfacer ciertas exigencias específicas:

civil extracontractual, la cuarta sala de la CS desestimó la falta de jurisdicción, rechazando la casación respecto de una situación en que aparatos médicos deficientes, fabricados en el extranjero por empresas sin domicilio en Chile, fueron implantados en Chile a un niño que tiene domicilio en el país, quien junto con sus padres sufrió los perjuicios que debían ser reparados por dichos fabricantes. CS, 10 de abril de 2013, rol 5969-2011.

³⁶ CS, 24 de septiembre de 2013, cons. 3°.

“1- El reconocimiento del implicado debe proporcionar antecedentes precisos acerca de la existencia de los elementos de la colusión. Así, deberá entregar datos respecto del origen del acuerdo de colusión, la época de gestación, la forma que adoptó el mecanismo de colusión, los medios de comunicación, entre otros elementos. 2- El relato del confesante debe ser suficientemente detallado en cuanto a la intervención que correspondió a los demás responsables. 3- Debería evitar razonablemente al órgano persecutor la carga de probar la colusión. 4- Los antecedentes de que da cuenta deben ser verificables y corroborados con el resto de los elementos probatorios que obran en el proceso”³⁷.

Acto seguido, la CS evalúa la consistencia de dicha confesión con el resto de la evidencia presentada³⁸.

Asimismo, se hace cargo de dos defensas de Whirlpool, la primera referida a que los intercambios entre competidores correspondían al intento de diseñar una estrategia para enfrentar un alza de los insumos para la fabricación de compresores y, la segunda, referida a que la disminución en la participación de mercado de uno de los miembros del supuesto acuerdo colusorio sería evidencia de su inexistencia. Respecto de la primera defensa, establece que formar un cartel no es una manera

³⁷ CS, 24 de septiembre de 2013, cons. 7°.

³⁸ *Op. cit.*, cons. 8°-15°.

legítima de responder a un alza en los costos de las materias primas³⁹. Respecto de la segunda defensa, establece que la disminución en la participación de mercado de un miembro del cartel no es en sí misma una prueba de un escenario competitivo, particularmente cuando dicha disminución es mucho más drástica (más del doble) cuando el cartel ya no existe⁴⁰.

Por otra parte, al desestimar la alegación de prescripción⁴¹, es bastante explícita en cuanto a concebir la colusión como un ilícito permanente:

“El acuerdo entre competidores para incrementar artificialmente los precios no se agota con una decisión de acuerdo, sino que conlleva una serie de actos posteriores para su implementación y cumplimiento por parte de quienes concurren a él. Surge entre los competidores de un cartel un vínculo que subsistirá mientras se siga aplicando el plan que han diseñado para, en este caso, alterar los precios”⁴².

Lo único que deja desconcertado al lector es la decisión de acoger en parte la rebaja de la multa solicitada por Whirlpool. Según se indicó precedentemente, el TDLC había estimado las ganancias sobre normales de esta compañía, durante el período que se extendió la infracción, en USD\$ 7.000.000. Consecuentemente, el TDLC le impu-

so una multa del orden de los USD\$ 10.000.000. Para la CS,

“los reparos que formuló [Whirlpool] en relación a la multa no pueden ser acogidos, pues en su fijación no se advierte defecto alguno”⁴³.

No obstante, acto seguido declara:

“Que sin perjuicio de lo dicho, aun cuando esta Corte ha de coincidir de que el monto de la multa aplicada por el [TDLC] refleja adecuadamente la gravedad de la infracción y que la multa para que sea eficaz como instrumento disuasivo requiere que su monto no resulte insignificante para la infractora, se estima que la función disuasoria y retributiva que tiene esta sanción se satisface plenamente con una disminución prudencial del monto regulado por el fallo recurrido, por lo que se accederá a esta pretensión de la reclamación”⁴⁴.

La falta de motivación e inconsistencia en la rebaja no demoró en ser denunciada por un autor nacional⁴⁵. Lo anterior, particularmente cuando la

³⁹ CS, 24 de septiembre de 2013, cons. 29°.

⁴⁰ *Op. cit.*, cons. 30°.

⁴⁵ TAPIA (2013), especula sobre posibles razones tras la decisión de la CS, pero que en cualquier caso, afirma, ellas son difíciles de sostener. Critica lo pernicioso de semejante resultado para los fines de disuasión de la multa y, adicionalmente, que esto genera un incentivo perverso a la FNE y demandantes para solicitar siempre medidas fuertes o multas altas por la probabilidad de revocación parcial por la CS.

³⁹ CS, 24 de septiembre de 2013, cons. 16°-17°.

⁴⁰ *Op. cit.*, cons. 18°.

⁴¹ *Op. cit.*, cons. 19°-28°.

⁴² *Op. cit.*, cons. 20°.

CS comparte la estimación del TDLC sobre beneficios ilícitos obtenidos por Whirlpool. Puede ser oportuno recordar los pagos hechos por Whirlpool en algunas otras jurisdicciones a título de multa. La comparación no es fácil: el tamaño de los mercados y las participaciones no son los mismos, pero cabe destacar que en ninguna de las otras jurisdicciones Whirlpool litigó, sino que estos pagos fueron el producto de salidas negociadas: en Brasil, USD\$53.000.000, en Estados Unidos, USD\$49.000.000 y, en Europa, €54.000.000. Es decir, todas estas multas ya incorporan un descuento o rebaja por haber Whirlpool reconocido su responsabilidad y haber ahorrado los costos sociales (públicos y privados) de la litigación.

Para los fines de disuasión en Chile, también cabe considerar lo que Whirlpool deberá pagar a título de indemnizaciones de perjuicios a las víctimas. CTI, el principal comprador de compresores en Chile (para las marcas Fensa, Mademsa y Somela) se hizo parte en el juicio ante el TDLC como tercero coadyuvante. Así, los costos que Whirlpool deberá soportar en Chile por su participación en el cartel aún están pendientes de ser determinados definitivamente y es de esperar que se aproximen más a una sanción óptima⁴⁶.

Con todo, un problema adicional de esta rebaja de la multa por parte de la CS tiene relación con un asunto de política pública y de diseño y funcionamiento del mecanismo de delación compensada. El verse expuesto a sanciones

efectivamente severas es fundamental en la decisión de una empresa de acudir o no a autodelatarse ante la autoridad. Por otra parte, para que las empresas se autodelaten a la mayor brevedad posible, esto es, para que se genere una ‘carrera’ entre los miembros del cartel por la autodenuncia, es fundamental que exista una asimetría importante entre el tratamiento que el sistema brinda al primero que se autodenuncia (en este caso, Tecumseh) y los demás coparticipes de la colusión (los que cooperan en un momento posterior y los que, como Whirlpool en este caso, nunca cooperan). La rebaja de la multa que otorga la CS disminuye esta asimetría. En síntesis, ayuda poco la CS para fomentar el buen funcionamiento de la delación compensada, en especial, cuando, sumado a lo expuesto, recordamos que tanto la empresa que coopera como aquella que no coopera se ven igualmente expuestas a una responsabilidad civil solidaria y a la incertidumbre de la persecución penal de sus ejecutivos.

La CS, fuera de esta rebaja en el monto de la multa, confirma en lo demás la sentencia del TDLC.

Sin embargo, los bemoles descritos no llegan a privar a esta sentencia de poder atribuirle el carácter de hito en la persecución de carteles internacionales en Chile. Estas son buenas noticias⁴⁷.

5. CARTELES INTERNACIONALES: DESAFÍOS DE GOBERNANZA

Lo que el sistema chileno de libre competencia ha hecho en este caso es brindar una señal a las industrias interna-

⁴⁶ Por ahora, Whirlpool ya acreditó ante el TDLC, con fecha 15 de octubre de 2013, el pago en arcas fiscales de la multa definitivamente impuesta.

⁴⁷ JACOBS (2013).

cionales en el sentido de que la persecución de carteles que afecten mercados chilenos es un asunto serio para el país, independientemente del lugar donde se celebren los acuerdos colusorios.

Desde un punto de vista jurídico, las sentencias del TDLC y de la CS recogen lo que en el ámbito comparado se conoce como doctrina de los efectos⁴⁸. Las cuestiones de jurisdicción y territorialidad/extraterritorialidad son una de las primeras que han debido resolver los sistemas de competencia frente a la integración y globalización de los mercados y, en este sentido, esta sentencia es un avance gigantesco. Pero, además, existe un conjunto de otros aspectos de diseño institucional y prácticos que hacen que la persecución de carteles internacionales siga siendo un desafío importante, en particular para autoridades de competencia de economías como la chilena, pequeñas y alejadas de los principales centros de producción industrial.

En primer lugar, este desafío justifica una reflexión sobre el sistema de delación compensada. Si la experiencia comparada ha demostrado que la delación compensada es la herramienta

más eficaz en desarticular carteles tanto locales como internacionales, cabe preguntarse si el sistema de delación compensada en Chile brinda o no suficientes incentivos para que empresas partícipes de un cartel internacional se autodenuncien acá. Las condiciones que invitan a las empresas a auto-denunciarse son la amenaza de sanciones severas, la alta probabilidad de detección, y la transparencia en la administración del mecanismo⁴⁹. No es claro que el régimen actual en Chile satisfaga todas estas condiciones. Los incentivos para autodenunciarse en Chile parecen ser relativamente inferiores a la autodenuncia en otras jurisdicciones. Esto nos hace prever que, a menos que se introduzcan reformas importantes al marco legal nacional, el éxito del sistema chileno en casos de carteles internacionales se limitará a casos puntuales (medido en relación con los casos de carteles internacionales con potencial afectación de mercados chilenos que sean perseguidos por autoridades de otras jurisdicciones)⁵⁰.

La cooperación internacional entre autoridades de competencia para facilitar la aplicación de sus leyes de competencia en contra de los carteles internacionales es otro tema prioritario. La detección e investigación de

⁴⁸ De acuerdo con el glosario de términos utilizados en la política de competencia de la UE (2002), “De acuerdo con [la doctrina de los efectos], las leyes nacionales de competencia son aplicables a empresas extranjeras –pero también a empresas nacionales ubicadas fuera del territorio del Estado, cuando sus conductas u operaciones producen un ‘efecto’ dentro del territorio nacional. La ‘nacionalidad’ de las empresas es irrelevante para los fines de la aplicación de las leyes de competencia y la doctrina de los efectos abarca a todas las empresas sin atender a su nacionalidad” (traducción libre). Disponible en línea, en: http://ec.europa.eu/competition/publications/glossary_en.pdf

⁴⁹ HAMMOND (2004)

⁵⁰ De allí que comisiones de expertos en Chile hayan recomendado recientemente modificaciones tales como modificar el tope máximo de multas para carteles, en el sentido de cambiar un tope fijo por uno asociado al tamaño de la empresa como, por ejemplo, su volumen de facturación; o que se haya identificado y propuesto solucionar la descoordinación normativa que implica que el ejecutivo de una empresa que colabora pueda verse expuesto a una persecución penal.

estas prácticas requiere la comunicación temprana entre autoridades para, eventualmente, coordinar diligencias de investigación y disuadir comportamientos oportunistas y de arbitraje jurisdiccional por las empresas que, naturalmente, buscarán minimizar los costos legales de sus ilícitos. De allí que la OECD y la ICN estén trabajando para mejorar los instrumentos de cooperación internacional entre agencias para la aplicación de sus leyes de competencia⁵¹.

Con todo, dentro de lo que ya existe, los propios operadores jurídicos del Derecho de la Libre Competencia en Chile podrían mejorar las condiciones para la persecución eficaz de carteles internacionales.

Los abogados defensores podrían promover las salidas alternativas frente a la autoridad, en lugar de la litigación, cada vez que lo contundente de la acusación de la FNE así lo amerite. Lo anterior, en especial cuando esta estrategia cooperativa con la autoridad haya sido seguida en otras jurisdicciones por las mismas empresas que representan, como ocurrió en el caso en comentario.

Enseguida, la FNE podría instruir a sus equipos investigadores el monitoreo constante de lo que está ocurriendo en otras jurisdicciones respecto de la persecución de carteles internacionales. Asimismo, podría introducir en una nueva versión de su *Guía* para la

aplicación del art. 39 bis DL N° 211, algunas consideraciones diferentes para el caso de empresas partícipes en un cartel internacional que estén enfrentando procesos similares en paralelo en diferentes jurisdicciones. Los plazos de investigación y los aspectos de confidencialidad de la información aportada por el autodelator podrían llegar a ser muy diferentes según se trate de un cartel local o de uno internacional.

Por último, el TDLC y la CS, por su parte, deberían hacer sus mejores esfuerzos en comprender el papel que desempeñan los autodelatores en los casos de delación compensada y, en consecuencia, proteger su función minimizando el riesgo de responsabilidades de otra naturaleza o en otras jurisdicciones a las que pudieran verse expuestos.

La actitud de los carteles internacionales y de cada uno de sus partícipes frente a los mercados y consumidores chilenos dependerá en buena medida de que nuestras instituciones de competencia, en su diseño y en su funcionamiento práctico, logren umbrales mínimos de eficacia. El desafío es muy grande por lo que deberíamos sentirnos todos convocados. Medítelo usted la próxima vez que vaya por una bebida al refrigerador.

BIBLIOGRAFÍA⁵²

ANDRADE, M. Cecilia y Pedro VICENTINI (2013). "Brazil: Private Antitrust Enforcement". *Global Competition Review, "The Antitrust Review of the Americas"*

⁵¹ Durante el año 2012, la OECD junto con la ICN condujeron una encuesta para levantar las experiencias de las autoridades de competencia en casos de cooperación para la aplicación de sus leyes de competencia. Los resultados de este trabajo pueden consultarse en www.oecd.org/daf/competition/oecd-icn-international-cooperation-survey.htm

⁵² Las visitas a los sitios URL de internet indicados en nota al pie de página y en la bibliografía se hicieron por última vez el 21 de octubre de 2013.

- 2014". Disponible en línea en <http://globalcompetitionreview.com/reviews/54/sections/184/chapters/2154/>
- FREELAND, Chrystia (2012). "Plutocrats. The Rise of the New Global Super Rich and the Fall of Everyone Else". *Nueva York*. Estados Unidos: The Penguin Press.
- HAMMOND, Scott. (2004). "Cornerstones of an Effective Leniency Program", noviembre 2004, discurso en el ICN Workshop on Leniency Programs, Sydney, Australia. Disponible en línea en www.justice.gov/atr/public/speeches/206611.htm
- JACOBS, Michael (2013). "A Milestone for Int'l Cartel Enforcement in Chile". *Law* N° 360, New York, october 11.
- JONES, Geoffrey (2005). "Multinationals and Global Capitalism: From the Nineteenth to the Twenty-first Century", *Oxford*. Reino Unido: Oxford University Press.
- LEVENSTEIN, Margaret & Valerie SUSLOW (2008). "International Cartels" in *Issues in Competition Law and Policy*. Chicago, Illinois: ABA Publishing. Disponible en línea en www-personal.umich.edu/~maggiel/aba.pdf
- OECD (2012). "Improving International Co-operation in Cartel Investigations", Policy Roundtables by the OECD. Disponible en línea en: www.oecd.org/daf/competition/ImprovingInternationalCooperationInCartelInvestigations2012.pdf
- PETTIFOR, Ann (2006). "The Coming First World Debt Crisis". *Basingstoke*. Reino Unido: Palgrave
- TAPIA, Javier (2013). "¡Cartelicense no más!". *Mercurio Legal*, Santiago: 26 de septiembre.
- UNCTAD (2012). "Cross-border anti-competitive practices: The challenges for developing countries and economies in transition", Note by the UNCTAD Secretariat. Disponible en línea en: http://unctad.org/meetings/en/SessionalDocuments/ciclpd16_en.pdf