

La colusión tipo *hub & spoke* en la jurisprudencia chilena

Tribunal	Tribunal Defensa Libre Competencia y Corte Suprema
Rol	TDLC: 167/2019 CS: 9361-2019
Fecha	TDLC: 28 de febrero de 2019 CS: 8 de abril de 2020
Materia	Derecho Económico
Submateria	Acuerdos colusorios
Procedimiento	TDLC: Requerimiento interpuesto por la FNE CS: Recurso de reclamación
Hechos	Las Sentencias vienen a poner término a un proceso iniciado a instancias de un requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica, presentado ante el TDLC en enero de 2016, por el cual se denunció que las cadenas de supermercado Cencosud, SMU y Walmart Chile se habrían coludido entre los años 2008 y 2011, respecto de un producto en particular, el pollo fresco. La denuncia tiene su origen en la investigación que nace como arista del conocido “cartel de los pollos”. El tipo de colusión en este caso es <i>hub & spoke</i> , que implica un acuerdo indirecto entre los competidores, y en donde el cumplimiento o la exigencia del acuerdo anticompetitivo se realiza mediante el monitoreo y/o la facilitación de un tercero.
Tema central discutido	¿Se infringió el artículo 3º inciso primero e inciso segundo letra a) del Decreto Ley N°211 al fijar, por intermedio de proveedores, un precio de venta para la carne de pollo fresca en supermercados igual o superior a su precio de lista mayorista entre los años 2008 y 2011?
Considerandos relevantes	TDLC: VIGÉSIMO OCTAVO Que la jurisprudencia en materia de libre competencia ha sido clara y consistente en señalar que cualquier infracción a las “letras” del inciso segundo del artículo 3º del D.L. N° 211 es siempre una infracción al enunciado general del inciso primero, pues las mismas no son más que ejemplos de las conductas mencionadas en este último (véase, por ejemplo, la Sentencia N° 141/2014). De aquí que no existan requisitos distintos que probar en uno y otro caso cuando se trata de una conducta colusoria. TRIGÉSIMO CUARTO: Que, por lo demás, ha sido fallado consistentemente en esta sede (por ejemplo, en la Sentencia N° 145/2015) que en materia de libre competencia el término “acuerdo” es considerado de manera muy amplia, incluyendo múltiples formas contractuales, convenciones, meras tratativas, promesas, protocolos de entendimiento, “acuerdos o pactos de caballeros”, pautas de conducta, circulares, entre otros (véase, en este sentido, P.A. y H.H., A.L.: An Analysis of Antitrust Principles and Their Application, Aspen Publishers, 2ª ed., 2003, 1400a). Es posible que tal acuerdo sea verbal, se manifieste en uno o más instrumentos o incluso en una seguidilla de meros actos materiales. En términos generales, la supresión de la voluntad individual de dos o más agentes

	<p>competidores y su cambio por una voluntad colectiva unificadora de sus decisiones es, en sede de libre competencia, considerado un “acuerdo”, cualquiera sea el modo en que éste se manifieste;</p> <p>Q. TERCERO: Que, finalmente y tal como se ha indicado en otros casos (véase Sentencia N° 119/2012), es relevante considerar la importancia del pollo fresco para los clientes de los supermercados, contando su demanda con una alta elasticidad o sensibilidad respecto al precio. Se trata de un producto reconocido transversalmente como un producto “gancho” o “generador de tráfico”, los que en la señalada Sentencia N° 119 fueron definidos como aquellos “que los actores del mercado minorista podrían estar dispuestos a vender bajo costo para así atraer clientes a sus locales y aumentar las ventas de otros de su amplia gama de productos ofertados” (considerando 42). De aquí su denominación también como <i>loss leading product</i>. Dada esta característica, el pollo fresco es un producto clave para el negocio de los supermercados, porque al tener un precio especialmente atractivo en un local en particular, generalmente a consecuencia de una promoción, incentiva a los consumidores a acudir a dicho local a realizar sus compras de ese y otros bienes;</p> <p>SEPTUAGÉSIMO SEGUNDO: Que, por lo anterior, si bien algunas de las explicaciones dadas por las cadenas pueden contextualizar de manera razonable ciertas comunicaciones cuando se las considera por separado, es el conjunto de ellas y de las declaraciones prestadas ante este Tribunal y ante la FNE el que permite, en este caso, arribar a la conclusión señalada de que las cadenas infringieron el D.L. N° 211 en la forma indicada por la FNE en su requerimiento. Al respecto, debe recordarse que el estándar probatorio en la materia no exige que no exista una explicación alternativa, sino que el conjunto de la prueba lleve a concluir la hipótesis de colusión</p> <p>CS:</p> <p>CUADRAGÉSIMO CUARTO: Que en relación al aspecto en análisis, corresponde tener presente la dificultad que representa estimar qué habría sucedido en el mercado en ausencia de colusión o, en otras palabras, la imposibilidad de crear un escenario contrafactual satisfactorio, toda vez que no es posible conocer con certeza de qué manera las empresas habrían competido sin el acuerdo, esto es, cuál habría sido la mayor cantidad de precios promocionales que se habrían verificado sin el escenario colusorio y el grado de influencia que tendría la interdependencia entre la demanda del pollo fresco y la de otros productos, lo cual impide cifrar de manera precisa el beneficio económico obtenido producto del ilícito. No obstante lo anterior, como ha dicho esta Corte en otras oportunidades, el inciso final del artículo 26 letra c), ya reproducido, constituye una norma enunciativa que, por vía ejemplar describe una serie de criterios o elementos que, entre otros, orientarán al tribunal para la adecuada determinación de las multas. No es dable sostener, entonces, que la fijación de la multa haya de corresponder necesariamente al resultado de un mero cálculo basado en los beneficios económicos obtenidos –cuyo monto no fue acreditado en estos antecedentes– sino que habrá de considerarse también los demás criterios de apreciación (...)</p>
<p>Decisión</p>	<p>TDLC: se acoge el requerimiento interpuesto por la FNE</p> <p>CS:</p> <p>I.- Se rechazan los recursos de reclamación deducidos por Cencosud S.A., SMU S.A. y Walmart Chile S.A., en contra de la sentencia de veintiocho de febrero de dos mil diecinueve, dictada por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia</p>

	<p>II.- Se acoge el recurso de reclamación que, en contra de la misma decisión, dedujo la Fiscalía Nacional Económica.</p> <p>III.- Se acoge el recurso de reclamación entablado por Odecu y Conadecus, sólo en cuanto se dispone que, ejecutoriada la presente sentencia, vuelvan los antecedentes administrativos a la FNE, a fin de que se indague la existencia de conductas contrarias a la libre competencia y, en su caso, la necesidad de adoptar medidas correctivas o prohibitivas, respecto de otros mercados u otros productos, conforme a los antecedentes que obran en la investigación administrativa</p>			
<table border="1"> <tr> <td data-bbox="201 558 479 653">Resumen del comentario</td> </tr> <tr> <td data-bbox="201 653 479 747">María Francisca Labbé F.</td> </tr> <tr> <td data-bbox="201 747 479 842">Sentencias Destacadas 2019</td> </tr> </table>	Resumen del comentario	María Francisca Labbé F.	Sentencias Destacadas 2019	<p>El objeto de este comentario es analizar las principales consideraciones jurídicas expuestas en las sentencias dictadas tanto por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, como por la Corte Suprema, relativas al caso conocido como la colusión de los Supermercados, que representa el primer caso sancionado en Chile por una colusión tipo <i>hub & spoke</i>. El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia sancionó a las requeridas por considerar que habían sido partícipes de la conducta referida, condenándolas al pago de multas y a la implementación de programas de compliance. Por su parte, la Corte Suprema aumentó el monto de las multas impuestas por dicho Tribunal. Consideramos que la importancia de las Sentencias radica en el haber sentado jurisprudencia relevante sobre la colusión tipo <i>hub & spoke</i>, principalmente en cuanto a sus requisitos y al estándar probatorio exigido en esta materia. Asimismo, de estas sentencias se puede desprender una definición de dicha conducta anticompetitiva en el marco de la jurisprudencia nacional</p>
Resumen del comentario				
María Francisca Labbé F.				
Sentencias Destacadas 2019				