

LA COLUSIÓN TIPO *HUB & SPOKE* EN LA JURISPRUDENCIA CHILENA

MARÍA FRANCISCA LABBÉ F.

RESUMEN: 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 *hub & spoke*. 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 *hub & spoke*, 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.

PALABRAS CLAVES: Colusión, *Hub & Spoke*, Restricciones Verticales, Acuerdos Colusorios, Supermercados.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Relación del conflicto. 3. Comentarios. 4. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

El 28 de febrero de 2019 el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (en adelante, el “TDLC”) dictó la Sentencia N° 167/2019 (“la sentencia de TDLC”). En el mismo proceso, con fecha 8 de abril de 2020, la Corte Suprema (en adelante, la “CS”) dictó sentencia en los autos rol ingreso corte N° Rol N° 9361-2019 (“la sentencia de la CS”), resolviendo respecto de los recursos de reclamación interpuestos en contra de la sentencia del TDLC. Dada la materia sobre la que se pronunciaron, esto es, la colusión tipo *hub & spoke*, ambas sentencias (en conjunto “las Sentencias”) son uno de los fallos más relevantes en materia de libre competencia dictados en los últimos tiempos.

En efecto, las Sentencias vienen a poner término a un proceso iniciado a instancias de un requerimiento de la Fiscalía Nacional Eco-

nómica (en adelante, la “FNE”), presentado ante el TDLC el 6 de enero de 2016 (el “Requerimiento”), por el cual se denunció que las cadenas de supermercado Cencosud S.A. (“Cencosud”), SMU S.A. (“SMU”) y Walmart Chile S.A. (“Walmart”) se habrían coludido entre los años 2008 y 2011, respecto de un producto en particular, el pollo fresco. Como es sabido, la denuncia de la FNE en contra de Cencosud, SMU y Walmart (en conjunto, “las requeridas”), tiene su origen en la investigación que nace como arista del conocido cartel de los pollos.

El caso Supermercados representa entonces un caso de alto impacto mediático y político: nace del cartel de los pollos y da origen al cartel de los supermercados. “La colusión de los supermercados mantendría ocupados a otra docena de abogados, como también mantuvo pendiente a todo el país” (Garín, 2017, p. 181). No obstante, sus implicancias van más allá de dicho impacto, en especial en el ámbito jurídico.

La colusión puede tomar múltiples formas. En general, es posible decir que muchos de los acuerdos entre competidores han sido reconocidos como ilícitos, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, a nivel nacional e internacional. Ello implica que tanto acuerdos directos como indirectos puedan ser sancionados en sede de competencia¹.

La colusión tipo *hub & spoke* es un tipo de acuerdo indirecto entre competidores. En ellos, los competidores no tienen contacto, sino que el cumplimiento o la exigencia del acuerdo anticompetitivo se realiza mediante el monitoreo y/o la facilitación de un tercero (*hub*). Cada competidor (*spoke*) actúa de una manera determinada en el entendimiento de que los otros harán lo mismo. Sin embargo, hasta aquí solo tenemos los elementos verticales (entre el *hub* y cada uno de los *spokes*), pero para que se configure el ilícito anticompetitivo es necesario el elemento horizontal. A dicho elemento se le denomina *rim*, dado que simula un anillo o rueda que une y/o comunica a los competidores. El *rim* es el acuerdo colusorio propiamente tal, aun cuando no se pueda ver.

¹ Sobre el particular, véase BAWLITZA y HENRÍQUEZ (2019).

De acuerdo con la doctrina², este tipo de esquemas presentan un nivel alto de complejidad, lo que hace muchas veces difícil encontrar evidencia que permita acreditar el acuerdo entre competidores. La jurisprudencia comparada ha ido resolviendo este problema³. Sin embargo, en nuestro país, no fue sino hasta las que se presentaron fallos en las Sentencias que entonces se hicieran cargo de este esquema de una manera integral, resolviendo aspectos tan relevantes como lo son los requisitos para que se configure este tipo de colusión, y su estándar probatorio.

Es por ello que, sin perjuicio de reconocer la gran relevancia mediática y política de este caso, en este comentario se quiere destacar su importancia jurídica. Para ello, se comenzará por presentar un resumen del conflicto y, a continuación, una síntesis de las Sentencias. Después, se comentará el fondo del asunto planteado, esto es, la jurisprudencia del TDLC y la CS sobre la colusión tipo *hub & spoke* en dos aspectos: i) en cuanto a sus requisitos; y ii) en cuanto al estándar probatorio exigido en estos casos. En esta sección, se entregará la noción de colusión tipo *hub & spoke* que, a nuestro juicio, es posible desprender de las Sentencias. Luego, se comentan otros aspectos jurídicos tratados en las Sentencias que merecen ser destacados. Finalmente se exponen las conclusiones de rigor.

Cabe señalar que este trabajo se limita a analizar lo aquí enunciado, en especial relación con los argumentos y análisis expuestos por las requeridas, la FNE, el TDLC y la CS. En consecuencia, en este comentario no se consideran otros puntos planteados en el proceso por Conadecus y Odecus, puesto que no guardan relación directa con los aspectos aquí analizados.

2. RELACIÓN DEL CONFLICTO

2.1. Antecedente previo

De acuerdo con la sentencia del TDLC N° 139/2014, ratificada por la CS, en paralelo a los hechos imputados a las empresas Cencosud, SMU y Walmart por el Requerimiento de la FNE, los pro-

² Sobre el particular, véase SAHUGUET y WALCKIERS (2016) y BAWLITZA y HENRÍQUEZ (2019).

³ Sobre el particular, véase HARRINGTON y HARKER (2018).

veedores más relevantes del mercado de pollo fresco se encontraban coludidos, es decir, existía entre dichos proveedores un acuerdo de actuación conjunta, siendo condenados como partícipes de lo que se ha conocido como el cartel de los pollos. Cuatro meses después de que se dictara sentencia definitiva en dicho proceso, la FNE presentó el Requerimiento en el caso Supermercados.

2.2. Resumen

Con fecha 6 de enero de 2016, la FNE interpuso ante el TDLC un requerimiento en contra de Cencosud, SMU y Walmart, solicitando declarar que las cadenas requeridas habrían infringido el art. 3 incisos primero y segundo letra a) del DL 211, en virtud de haber participado en un acuerdo o práctica concertada, por sí o a través de sus relacionadas, consistente en fijar, por intermedio de sus proveedores, un precio de venta para la carne de pollo fresca en supermercados. Según el Requerimiento de la FNE, dicho precio sería igual o superior a un precio de lista mayorista, más IVA.

El 28 de febrero de 2019, por medio de la Sentencia N° 167/2019, el TDLC acogió el Requerimiento de la FNE, dando por acreditada la existencia de un acuerdo horizontal entre las requeridas. Ello conllevó a condenar a Cencosud, SMU y Walmart al pago de multas a beneficio fiscal y a la implementación de planes de *compliance*. Además, Cencosud y SMU fueron condenadas en costas.

Por su parte, con fecha 8 de abril de 2020, la CS acogió el recurso de reclamación interpuesto por la FNE, rechazando los interpuestos por las requeridas. En virtud de ello, las multas impuestas por el TDLC a Cencosud, SMU y Walmart fueron aumentadas al doble, manteniendo la obligación de implementar los programas de *compliance* y las condenas en costas indicadas en el párrafo anterior.

2.3. El Requerimiento de la FNE

El Requerimiento de la FNE en contra Cencosud, SMU y Walmart, fue presentado ante el TDLC el 6 de enero de 2016. En virtud del Requerimiento, la FNE solicitó al TDLC declarar que las cadenas requeridas habrían infringido el art. 3 incisos primero y segundo letra a) del DL 211, en virtud de haber participado en un acuerdo o práctica concertada, por sí o a través de sus relacionadas, con-

sistente en fijar, por intermedio de sus proveedores, un precio de venta para la carne de pollo fresca en supermercados. Asimismo, la FNE solicitó al TDLC ordenar a las requeridas el cese de dichas prácticas, prohibirlas conductas hacia el futuro, y condenarlas al pago de multas, todo lo anterior, con costas.

De acuerdo con el Requerimiento, el precio mínimo de venta para la carne de pollo fresca en supermercados de las requeridas sería igual o superior al precio de lista mayorista, más IVA. Según la FNE, habría existido una regla de actuación conjunta, consistente en respetar el precio indicado. Asimismo, las requeridas habrían tenido conocimiento de que las demás competidoras se encontraban sujetas a la misma regla, y cada una de dichas empresas habría supeditado su cumplimiento al seguimiento por parte de las otras. Según la FNE, la conducta de las requeridas al cumplir la regla constituiría un acuerdo o práctica concertada entre ellas.

En el Requerimiento, la FNE sostiene que Cencosud, SMU y Walmart habrían actuado de la manera descrita con el objetivo de regularizar el mercado y evitar así una guerra de precios entre los supermercados. De esta manera, las requeridas habrían obtenido poder de mercado y habrían afectado la competencia.

Walmart contestó el Requerimiento con fecha 24 de febrero de 2016, negando haber participado en los hechos imputados en el Requerimiento, y en cualquier tipo de acuerdo o práctica concertada que haya tenido por objeto restringir la competencia en el mercado de pollo fresco. Por su parte, Cencosud contestó el Requerimiento con fecha 22 de marzo, oponiendo excepción de falta de legitimación pasiva, y en subsidio, excepciones y defensas. Finalmente, SMU contestó el Requerimiento de la FNE con fecha 22 de marzo de 2016, negando tanto la existencia de una regla como su participación en la conducta imputada.

En las contestaciones de las requeridas se observan algunos elementos comunes, dentro de los cuales destacamos los siguientes como los más relevantes para efectos de este comentario:

1. El Requerimiento de la FNE incurre en errores y omisiones en la definición de mercado relevante, puesto que no se refiere a la conexión con el mercado de producción, distribución y comercialización de carne de pollo fresco. Según Cencosud, un análisis de ambos mercados permitiría evidenciar que no ha

habido acuerdo o práctica concertada entre las requeridas, sino solo relaciones verticales entre estas y sus proveedores de carne de pollo fresco. Estos últimos serían quienes habrían impuesto las condiciones de la contratación, al haber detentado un importante poder de mercado.

2. Falta de rigurosidad en el Requerimiento de la FNE, puesto que se confunde acuerdo con práctica concertada, lo que llevaría a problemas conceptuales profundos. La FNE se equivocaría al interpretar como sinónimos los conceptos de acuerdo colusorio y práctica concertada. Así, lo imputado en el Requerimiento, a juicio de las requeridas, no sería un cartel, sino que la teoría del caso se encuadraría en una práctica concertada del tipo *hub & spoke*.
3. En lo que a las conductas tipo *hub & spoke* se refiere, el estándar probatorio sería más alto. En todo caso, es la FNE quien tiene la carga de la prueba. Para que se pueda acreditar la conducta imputada, la prueba debe ser clara, concluyente e inequívoca de todos los supuestos. En consecuencia, no basta con probar un eventual paralelismo entre competidoras, sino también debe acreditarse la existencia del acuerdo o práctica concertada, la aptitud de producir algún efecto contrario a la competencia, y el dolo o voluntariedad. Es decir, la prueba debe lograr eliminar las explicaciones alternativas razonables.
4. Teoría alternativa del caso. Cencosud señala en su contestación que las conductas imputadas se condicen con restricciones verticales impuestas por los proveedores que formaban parte del cartel de los pollos, y no con una conducta horizontal entre las requeridas. En tanto, en su contestación, Walmart sostiene, por una parte, que el comportamiento de las competidoras es lícito, puesto que se apega a la lógica de las relaciones verticales con los proveedores. Por otra parte, y a mayor abundamiento, Walmart argumentó que, desde sus orígenes, la compañía ha tenido una propuesta centrada en precios bajos. A mayor abundamiento, la entrada de Walmart en 2009 significó dos guías: a) búsqueda de precios bajos todos los días; y b) apego a la normativa de la libre competencia. De la misma manera, la conducta imputada sería incompatible con su estructura y funcionamiento en Chile, en cuanto a las áreas comercial y a la de *pricing*. Además, Walmart habría implementado con anterior-

ridad al requerimiento de la FNE un programa de *compliance* mediante el cual se habrían reforzado las políticas de competencia. Finalmente, SMU destaca en su contestación que vender a un precio superior a los costos es un comportamiento natural y lógico en todo mercado. Lo dicho en este punto representaría, según las requeridas, la teoría alternativa del caso.

2.4. Las Sentencias

En los párrafos siguientes expondremos un resumen de los puntos más relevantes tratados tanto en la sentencia del TDLC como en la de la CS.

2.4.a. La Sentencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia

Con fecha 28 de febrero de 2019, el TDLC falló en contra de Cencosud, SMU y Walmart, acogiendo el Requerimiento de la FNE, declarando que las requeridas infringieron el art. 3º incisos primero y segundo letra a) del D.L. N° 211. En palabras del TDLC, las requeridas participaron “de un acuerdo o práctica concertada, por sí o a través de sus relacionadas, destinado a fijar, por intermedio de sus proveedores, un precio de venta para la carne de pollo fresca en supermercados igual o superior a su precio de lista mayorista, entre al menos los años 2008 y 2011”⁴. Por su parte, la excepción de falta de legitimación pasiva interpuesta por Cencosud, fue rechazada por el TDLC.

En concordancia con lo anterior, el TDLC condenó a las requeridas al pago de las siguientes multas a beneficio fiscal: a) Cencosud: 5.766 UTA; b) SMU: 3.438 UTA; y c) Walmart: 4.743 UTA.

Respecto de la definición de mercado relevante, la sentencia del TDLC concluye que las características del mercado del pollo fresco (corta duración del producto y carácter fijo de la oferta) consideradas en conjunto⁵, sumadas a la alta elasticidad o sensibilidad

⁴ Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Sentencia N° 167/2019, considerando undécimo.

⁵ Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Sentencia N° 167/2019, considerando cuadragésimo noveno.

respecto a su precio⁶, permiten considerar al pollo fresco como un producto gancho, generador de tráfico, o *los leading product*. En consecuencia, el TDLC reconoce que para los supermercados el pollo fresco es un producto de mucha importancia, y por ello la relación con los proveedores de dicho producto también lo es. Sin embargo, es contundente al señalar que la mera utilización de acuerdos verticales (es decir, entre proveedores y distribuidores) no es en naturaleza una conducta contraria a la competencia⁷, sino que lo relevante consiste en determinar si un acuerdo vertical pasa a configurar un acuerdo horizontal (es decir, entre competidores) y de naturaleza ilegal⁸. En otras palabras, el TDLC busca identificar si se ha configurado el *rim*.

Sobre la falta de rigurosidad en el Requerimiento de la FNE, la sentencia del TDLC reprocha expresamente dicha conducta a la fiscalía, en el considerando undécimo. Sin embargo, a juicio del sentenciador “el núcleo de la acusación no se ha visto afectado, por lo que la conducta referida es determinada y ha permitido de todos modos que las partes ejerzan completa y adecuadamente su derecho a defensa durante el proceso”⁹. De esta manera, en cuanto al tipo de colusión, la sentencia del TDLC se hace cargo de dicha discusión dictaminando que la conducta imputada a las requeridas no es un cartel duro, pero sí es un acuerdo o práctica concertada que afecta directamente a la competencia, y por lo tanto dicha conducta debe ser sancionada según las normas del D.L. 211¹⁰.

En palabras del TDLC, en términos generales la conducta anti-competitiva, reprochable por nuestro ordenamiento jurídico, que realizaron las requeridas, “consistió en la mantención de un precio mínimo de reventa del pollo fresco, en el entendido de que las demás cadenas también actuarían de la misma forma, y que cual-

⁶ Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Sentencia N° 167/2019, considerando quincuagésimo tercero.

⁷ Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Sentencia N° 167/2019, considerando decimocuarto.

⁸ Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Sentencia N° 167/2019, considerando decimoquinto.

⁹ Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Sentencia N° 167/2019, parte resolutive, punto 2).

¹⁰ Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Sentencia N° 167/2019, considerando quinto.

quier conducta distinta podría ser sancionada”¹¹. Es decir, cada una de las requeridas cumplió con la regla existente, regla que consistía en no vender al por menor el pollo fresco a un precio inferior del precio de lista mayorista más IVA, mientras las otras requeridas se mantuviera haciendo lo mismo que ella. Esto es, precisamente, una conducta del tipo *hub & spoke*.

A pesar de que el TDLC reprocha la falta de rigurosidad del Requerimiento de la FNE, limita dicho reproche a que dicho requerimiento no realice una conducta unívoca de la regla de actuación conjunta de las requeridas. No obstante, respecto a la distinción entre acuerdo y práctica concertada que las requeridas argumentan, la sentencia del TDLC la considera superada e injustificada, tanto en el derecho norteamericano, como en el derecho europeo, como en la doctrina nacional¹².

En consecuencia, el TDLC interpreta que el sentido del D.L. 211 es tener la amplitud para cubrir todo tipo de prácticas, por lo cual el vocablo “acuerdo” comprende también las prácticas concertadas¹³. Lo importante, de acuerdo con la sentencia del TDLC, es distinguir con claridad si una conducta corresponde a un acuerdo o práctica concertada, o bien a una conducta que proviene del comportamiento paralelo o interdependiente en una industria oligopólica. Si el caso fuere el primero (acuerdo o práctica concertada), entonces sería sancionable bajo el D.L. 211.

En cuanto al estándar probatorio en casos de conductas tipo *hub & spoke*, la interpretación del TDLC es que existe un estándar probatorio distinto para este tipo de conductas. Para fundar su interpretación, en primer lugar, la sentencia del TDLC se apoya en el derecho comparado para sostener que puede ser necesario para recurrir a evidencia circunstancial (*plus factor*) que permita establecer la existencia del anillo (es decir, la coordinación entre competidores),

¹¹ Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Sentencia N° 167/2019, considerando cuarto.

¹² Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Sentencia N° 167/2019, considerandos trigésimo primero, trigésimo segundo y trigésimo tercero.

¹³ Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Sentencia N° 167/2019, considerando trigésimo sexto.

permitiéndose establecer dicha existencia a través de la coordinación vertical¹⁴.

Asimismo, el TDLC en la sentencia en comento afirma que no existen requisitos distintos que probar para una conducta colusoria del tipo *hub & spoke*, puesto que cualquier infracción a las letras del inciso segundo del artículo 3º del D.L. 211, es siempre una infracción al enunciado general del inciso primero¹⁵. Es decir, el inciso segundo contiene ejemplos de la regla general de la conducta anticompetitiva de colusión, y por lo tanto los requisitos a probar en cualquier caso de conducta colusoria son los mismos. En consecuencia, el TDLC concluye que el estándar probatorio no es más exigente para el caso imputado a las requeridas, siendo necesario probar solamente los siguientes hechos: a) la existencia de una regla de comportamiento; y b) la observancia de la regla y la exigencia de su aplicación por las requeridas¹⁶.

Finalmente, sobre la teoría alternativa del caso, la sentencia del TDLC desecha las defensas de las requeridas, al analizar y valorar la prueba rendida de manera holística, con el objetivo de determinar un patrón de comportamiento por parte de las requeridas¹⁷.

Es relevante el análisis que hace el TDLC respecto de la prueba rendida en este caso, en cuanto a que concluye que, aun cuando algunos de los antecedentes aportados podrían servir para explicar algunas de las teorías de las requeridas si se les considera por separado, es el conjunto de ellos el que permite concluir que efectivamente se infringió el artículo tercero del D.L. 211¹⁸.

2.4.b. La Sentencia de la Corte Suprema

Contra la sentencia del TDLC se dedujeron varios recursos de reclamación. En razón del objetivo y alcance de este comentario, en

¹⁴ Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Sentencia N° 167/2019, considerando decimoquinto.

¹⁵ Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Sentencia N° 167/2019, considerando vigésimo octavo.

¹⁶ Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Sentencia N° 167/2019, considerando sexagésimo sexto.

¹⁷ Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Sentencia N° 167/2019, considerando septuagésimo.

¹⁸ Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Sentencia N° 167/2019, considerando septuagésimo segundo.

los párrafos siguientes se expondrán solamente los principales argumentos esgrimidos por las requeridas y por la FNE.

En primer lugar, Cencosud dedujo recurso de reclamación en contra de la sentencia del TDLC, con base en los siguientes fundamentos principales:

1. El estándar probatorio aplicado por la sentencia del TDLC sería insuficiente, resultando en una infracción al principio de tipicidad.
2. El recurso de reclamación reitera las alegaciones de falta de legitimación pasiva de Cencosud.

La requerida Walmart dedujo recurso de reclamación en contra de la sentencia del TDLC, impugnando principalmente lo siguiente:

1. El acuerdo colusorio sería un delito de resultados y no de peligro abstracto, y la sentencia del TDLC señala cómo se habría lesionado la libre competencia.
2. La sentencia del TDLC infringiría el principio de congruencia al reconocer que el Requerimiento de la FNE es poco claro en la formulación de la regla de conducta que configura el acuerdo colusorio imputado a las requeridas.
3. El TDLC habría incurrido en infracción a las reglas de la sana crítica rechazando el método holístico y acumulativo utilizado para valorar la prueba en conjunto, estimando que el tribunal debió haber considerado en su lugar la multiplicidad, gravedad, precisión y concordancia de la prueba.

La empresa SMU también dedujo recurso de reclamación en contra de la sentencia del TDLC, argumentando principalmente lo siguiente:

1. La sentencia del TDLC declara la existencia de un cartel, sin contar con prueba clara y concluyente olvidando los elementos que acreditan lo contrario, es decir, que el cartel no existe.
2. El TDLC vulnera el principio de congruencia al sancionar a las requeridas por una conducta distinta a la que constituye el objeto del Requerimiento de la FNE.

Por su parte, la FNE también dedujo recurso de reclamación en contra de la sentencia del TDLC, en base lo siguiente:

1. Las multas establecidas en la sentencia del TDLC subestimarían los efectos de las conductas por las cuales las requeridas resultaron sancionadas, y se apartan de los criterios del D.L. 211 y de la misma jurisprudencia de la CS.
2. Improcedencia de la reducción de la multa aplicada a Walmart, dado que el programa de *compliance* solo es una causal de exención de responsabilidad infraccional en materia de libre competencia es en el caso de delación compensada.

Finalmente, la CS dictó sentencia con fecha 8 de abril de 2020, rechazando los recursos de reclamación deducidos por Cencosud, SMU y Walmart. Por su parte, el recurso de reclamación presentado por la FNE fue acogido. En virtud de ello, la CS mantuvo la obligación de implementar los programas de *compliance* por tres las requeridas, y también mantuvo las condenas en costas a Cencosud y Walmart.

Asimismo, la CS optó por aumentar las multas impuestas por el TDLC a las empresas requeridas, a los siguientes montos: a) Cencosud: 11.532 UTA; b) SMU: 6.876 UTA; y c) Walmart: 11.160 UTA. La CS sentenció que, en este caso, el programa de *compliance* de Walmart era improcedente para reducir la responsabilidad infraccional.

En este sentido destacamos que el aumento en las multas tuvo dos componentes importantes: i) la gravedad de la conducta; y ii) el resultado disuasivo esperable¹⁹.

3. COMENTARIOS

3.1. Colusión tipo *hub & spoke*

Como se ha indicado previamente, las Sentencias en conjunto constituyen uno de los fallos más relevantes en materia de libre competencia, en razón de ser la primera vez que se conoció y resolvió un caso de colusión tipo *hub & spoke* por los tribunales chilenos. Es así como tanto el TDLC como la CS se vieron en la obligación de dar respuestas a situaciones complejas, sentando jurisprudencia al respecto en sus respectivas sentencias. Algunas de las situaciones planteadas

¹⁹ Corte Suprema Rol N° 9361-2019, considerando cuadragésimo cuarto.

habían sido previamente resueltas por tribunales nacionales, y otras, habían sido previamente analizadas en el ámbito internacional²⁰.

Sin embargo, es en virtud de las Sentencias que se presentan por primera vez en Chile, de manera comprensiva y clara, los aspectos mínimos de un estatuto jurídico aplicable a la colusión tipo *hub & spoke*, esto es: a) requisitos de la conducta, y b) estándar probatorio. Ambos elementos serán tratados más adelante. Previo a ello, en este contexto, nos parece relevante comenzar por plantear la noción de colusión tipo *hub & spoke* que es posible desprender de las Sentencias.

Para definir la colusión tipo *hub & spoke*, es necesario comenzar señalando que, aun cuando es común que las autoridades de la competencia sancionen acuerdos horizontales entre competidores, es menos común que lo hagan cuando las conductas involucren agentes económicos que participan en distintos niveles de la cadena de producción (acuerdos verticales). Es por ello que, con relación al concepto de colusión tipo *hub & spoke*, es importante considerar que este tipo de conducta va un paso más allá de un simple acuerdo horizontal o uno vertical, puesto que tiene tanto aspectos horizontales como verticales. Esta especial forma de colusión consiste en que varios competidores (*spokes*) se coordinan a través de un proveedor o distribuidor común (*hub*), por medio de lo que generalmente aparenta ser restricciones verticales a la competencia.

En este sentido, las Sentencias parecen entregar una noción en términos amplios y generales. Esto es, que la colusión tipo *hub & spoke* es aquella práctica anticompetitiva entre competidores en que existe un centro (*hub*) que coordina la conducta entre los competidores (*spokes*). Más específica es, sin embargo, la definición de Bawlitza y Henríquez (2019, p. 5), para quienes la colusión tipo *hub & spoke* es

²⁰ En el ámbito nacional, previamente a la dictación de las Sentencias, el TDLC resolvió un caso que contiene algunas semejanzas, y que es conocido como “el caso Farmacias”. Podemos considerar que este caso presenta similitudes con el caso objeto de este comentario, en cuanto para resolver el TDLC y la CS llegaron al convencimiento de que las farmacias involucradas (Cruz Verde, Salcobrand y Farmacias Ahumada) habían participado de un acuerdo de fijación de precios, a pesar de que no existía ninguna prueba que las vinculara directamente a dicho acuerdo. Por su parte, en el ámbito internacional, existe vasta jurisprudencia sobre el tema; las mismas Sentencias hacen referencia a parte de ella (Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Sentencia N° 167/2019, considerandos vigésimo al vigésimo tercero).

“un acuerdo indirecto, en los cuales se facilita o monitorea a través de terceras personas o medios y todos aquellos participan en un mismo esquema conspirativo. Estos terceros, ubicados en un nivel distinto de la cadena de producción, podrían ser por ejemplo proveedores o clientes comunes”.

Ahora bien, es interesante destacar cómo la literatura advierte que este tipo de conductas es más común verlas en industrias como las del *retail*²¹, en donde un proveedor común hace las veces de conector (*hub*) entre los competidores en el mercado del *retail* (*spokes*). Es precisamente en esta industria en donde se enmarca el caso resuelto por las Sentencias.

Continuando con el análisis sobre las razones quedan a la jurisprudencia asentada por las Sentencias un gran valor, nos introduciremos en el segundo aspecto relevante a comentar, siendo este cómo a través de ellas, se establecen los requisitos de la conducta colusoria tipo *hub & spoke*. De esta manera, de acuerdo con las Sentencias²², podemos sostener que los requisitos del tipo infraccional en materia de libre competencia son los siguientes: i) la existencia de una regla de comportamiento consistente en una restricción vertical; ii) la observancia de la regla; y iii) la exigencia de aplicación de la regla.

En consecuencia, para un caso de conducta anticompetitiva tipo *hub & spoke* la FNE no necesita acreditar una relación directa, ni siquiera una comunicación, entre agentes de un mismo nivel de la cadena de producción, pero sí se requiere evidencia que demuestre la existencia de un elemento vertical (la regla) y de un elemento horizontal (el *rim*). Este último estará compuesto por dos conductas (la observancia y la exigencia de aplicación de la regla). Es precisamente el elemento horizontal el que permite imputar la conducta del artículo tercero letra a) del D.L. 211. De acuerdo con Bawlitza y Henríquez (2019. p. 12).

“En los casos de colusión *hub & spoke* no se requiere demostrar la ilicitud de los contratos o relación vertical observada. Lo relevante en estos casos es probar que existió algún tipo de conexión horizontal entre los *spokes* y que esta conexión es su-

²¹ SAHUGUET y WALCKIERS (2016), p. 354.

²² Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Sentencia N° 167/2019, considerandos octavo y sexagésimo sexto; y Corte Suprema Rol N° 9361-2019, considerando octavo.

ficiente para dar por acreditada la existencia de una infracción anticompetitiva por haberse configurado un acuerdo o práctica concertada entre competidores”.

Un tercer comentario en esta materia. Tanto el Requerimiento como las Sentencias se refieren al estándar probatorio en materia de colusión tipo *hub & spoke*. Al respecto cabe señalar que la sentencia de la CS viene a reafirmar lo que ya se había establecido por nuestra jurisprudencia con anterioridad respecto de que “el acuerdo colusorio entre agentes económicos puede ser acreditado tanto por prueba directa como indirecta”²³. Asimismo, confirma la sentencia del TDLC, en cuanto para probar casos de conductas tipo *hub & spoke*, puede ser necesario para recurrir a evidencia circunstancial (*plus factor*) que permita establecer la existencia del anillo (*rim*), permitiéndose establecer dicha existencia a través de la coordinación vertical.

Coincidimos con la interpretación que los considerandos noveno y trigésimo primero de la sentencia de la CS, en el sentido de que parece de toda lógica que en materia de colusión tipo *hub & spoke* se pueda recurrir a medios de prueba que demuestren una conducta de manera evidente (por ejemplo, documentos, grabaciones, correos, etc.), como asimismo se pueda recurrir a evidencias circunstanciales, que permitan concluir que el acuerdo colusorio ha existido desde el análisis del comportamiento comercial de las empresas en el mercado (por ejemplo, movimientos de precios no vinculados a variación de costos de oferta y demanda), sin necesidad de que exista evidencia expresa de comunicación o relación directa entre competidores. En derecho comparado esto se conoce como *plus factors*, y son aquellos hechos adicionales que permiten inferir que existió colusión entre competidores, al existir interdependencia entre ellos, aun cuando no exista comunicación y/o relación directa entre ellos.

Desde esta perspectiva, es relevante recordar que las requeridas sugirieron que el TDLC había infringido el mandato legal de valorar la prueba según las reglas de la sana crítica, al interpretarla de manera holística. Al respecto, nos parece relevante destacar que la CS desestimó la insinuación de las requeridas, al dictaminar que “el

²³ Corte Suprema Rol N° 9361-2019, considerando noveno.

análisis y la ponderación de la prueba debe ser efectuado de manera integral”²⁴ y que “una ponderación *“de manera holística”*, no es más que una apreciación de los medios de prueba a la luz de las reglas de la sana crítica”²⁵.

Ahora bien, cabe tener presente que las conductas imputadas a las requeridas tuvieron lugar antes de las modificaciones introducidas al DL 211 en el año 2016, en virtud de las cuales, como bien reconoce Sanz (2018, p. 39) “se identifican tres cambios con mayor nivel de incidencia en el combate de los acuerdos colusivos: la criminalización de la colusión, el fortalecimiento de la delación compensada y el aumento del monto máximo de las multas”, todos ellos provenientes de la modificación de la Ley N° 20.945 del año 2016.

La relevancia de este punto radica en que, con las modificaciones introducidas por la Ley N° 20.945, el artículo tercero letra a) del DL 211, se establecieron dos formas en las que puede darse el delito de colusión: la regla *per se* y la regla de la razón (Budnik, 2019: 45). Dicha norma dispone lo siguiente:

“Se considerarán, entre otros, como hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia o que tienden a producir dichos efectos, los siguientes:

- a) Los acuerdos o prácticas concertadas que involucren a competidores entre sí, y que consistan en fijar precios de venta o de compra, limitar la producción, asignarse zonas o cuotas de mercado o afectar el resultado de procesos de licitación, así como los acuerdos o prácticas concertadas que, confiriéndoles poder de mercado a los competidores, consistan en determinar condiciones de comercialización o excluir a actuales o potenciales competidores”.

Así, la colusión puede tomar múltiples formas, pero en esta materia, la nueva legislación estableció que, en el caso de algunas conductas, basta el hecho de realizarse el acto para que puedan ser sancionados los partícipes, independientemente de si los hechos producen efectos negativos en los mercados o no. Ello es así dado la potencialidad que tienen tales conductas de afectar el mercado,

²⁴ Corte Suprema Rol N° 9361-2019, considerando undécimo.

²⁵ Corte Suprema Rol N° 9361-2019, considerando duodécimo.

no solo a nivel de bienestar económico sino que también en cuanto a los estándares de confianza y seguridad. Por este motivo, siempre debe tenerse en consideración que la “regla *per se* es un estándar excepcional utilizado para analizar aquellas prácticas cuyos efectos son evidentemente anticompetitivos” (Budnik, 2019: 46). Las conductas calificadas dentro de la regla *per se* son la fijación de precios, la limitación de la producción, la asignación de zonas o cuotas de mercado, y la colusión en los procesos de licitación. Como se indicó, son los casos más graves de colusión, aquellos en que la conducta debe reprocharse bajo cualquier circunstancia, independientemente de su resultado.

En cambio, la regla de la razón es justamente todo lo contrario. Implica analizar caso a caso si un acto determinado tiene efectos anticompetitivos o no. En un procedimiento, las partes podrán entregar todos sus argumentos y tendrán a su disposición todos los medios de prueba disponibles. La regla de la razón vendría a ser la regla general, puesto que ella descansa, y al mismo tiempo emana, directamente en importantes principios constitucionales procesales, tales como la “tutela judicial y el debido proceso” (García y Contreras, 231: 2013).

Esto es altamente relevante, toda vez que desde la modificación del año 2016 la colusión ha retomado el carácter de delito penal. Por lo tanto, las implicancias de las decisiones en materia infraccional, o de competencia, eventualmente pueden tener consecuencias penales. Desde este punto de vista, es importante preguntarnos si la jurisprudencia contenida en las Sentencias es coincidente con los principios constitucionales procesales, toda vez que no podemos olvidar que de cumplirse con los requisitos del tipo y estándares probatorios comentados, se permitirá posteriormente, una vez ejecutoriada una sentencia condenatoria del TDLC por colusión tipo *hub & spoke*, dar inicio al proceso penal correspondiente.

Para terminar, un comentario final. Lo dicho en esta sección lleva a destacar la importancia de plantear adecuadamente las teorías alternativas del caso por la defensa. Solo ellas permitirán al TDLC y a la CS, según corresponda, formarse el convencimiento firme y absoluto de que las alegaciones de la defensa son viables y verosímiles. Es decir, la explicación que se haga en el proceso de los hechos relevantes del caso no puede acotarse simplemente a mostrar las falencias del proceso o de lo actuado por la FNE. Por el contrario,

dicha explicación tiene que apuntar a demostrar la inocencia de quien haya sido requerido, con evidencias contundentes que destruyan las inferencias a las cuales pretende llegar la FNE a través de las evidencias adicionales o *plus factor*.

3.2. Otras consideraciones relevantes

La sentencia de la CS muestra interesantes esfuerzos en contextualizar el asunto discutido en un escenario más amplio. Lo anterior se observa, por ejemplo, en cómo la CS resolvió otros aspectos controvertidos, tales como el asunto de la falta de legitimación pasiva planteado por Cencosud y la infracción al principio de congruencia planteada en algunos de los recursos.

En primer lugar, y como se indicó anteriormente, en su contestación al requerimiento de la FNE, Cencosud opuso excepción de falta de legitimación pasiva, puesto que la sociedad en contra de la cual se dirigió el Requerimiento (sociedad matriz) no es la empleadora de los dependientes involucrados en las conductas imputadas, sino que lo sería la sociedad Cencosud Retail S.A. (sociedad filial). Mediante la sentencia de la CS se consolida el concepto de que puede ser responsable de una determinada conducta anticompetitiva quien forme parte de una misma unidad económica, siempre cuando tenga poder de decisión. Es decir, a través de ambas sentencias vemos cómo se da forma, y consolida la idea de que lo relevante en materia infraccional al amparo del D.L. 211 que busca delimitar si una sociedad tiene o no la capacidad de adoptar decisiones competitivas en el mercado, como un agente económico autónomo o independiente de grupo empresarial al que pertenece.

De esta manera, si las decisiones que afectan la competencia son tomadas en el centro o núcleo de la toma de decisiones de un grupo empresarial (la matriz), la responsabilidad por los hechos ejecutados directamente por la filial puede atribuirse a la matriz del grupo. En palabras de la CS, “Cencosud Retail S.A. puede ser considerada como una sola unidad económica con su matriz (Cencosud S.A.), puesto que poseen unidad de dirección”²⁶.

²⁶ Corte Suprema Rol N° 9361-2019, considerando segundo.

En consecuencia, es el concepto de empresa como unidad económica el que la CS ha instalado como relevante para efectos de competencia reconociendo la relevancia de analizar dónde se producen los efectos, beneficiosos o no, de los actos realizados por las entidades involucradas. Así, si los efectos se transmiten de una entidad a otra, habrá unidad económica. En cambio, si tal transmisión no es posible, tal unidad tampoco lo será.

En segundo lugar, también parece importante tener presente cómo la CS resolvió el asunto planteado en algunos de los recursos de reclamación respecto al principio de la congruencia que debe existir entre el Requerimiento del la FNE y la sentencia del TDLC. Como es sabido, el principio de congruencia emana del artículo 160 del Código de Procedimiento Civil, el cual dispone lo siguiente: “Las sentencias se pronunciarán conforme al mérito del proceso, y no podrán extenderse a puntos que no hayan sido expresamente sometidos a juicio por las partes, salvo en cuanto las leyes manden o permitan a los tribunales proceder de oficio”.

Ahora bien, como ya se ha señalado, aun cuando la sentencia del TDLC reprocha expresamente a la FNE la falta de proligidad en el Requerimiento, al no utilizar una sola formulación en la conducta imputada a las requeridas²⁷, el tribunal opta por sancionar a Cencosud, SMU y Walmart.

En el mismo sentido de lo resuelto por el TDLC, la sentencia de la CS dictamina que, más allá de la denominación técnica, la conducta por la cual las requeridas fueron sancionadas consiste en la voluntad de cumplir una regla, cuya observancia fue también exigida respecto de la competencia, lo que produjo los efectos anti-competitivos propios de una alteración de precios de un producto de la canasta básica, como la carne de pollo fresco²⁸. Es decir, es indiferente el nombre con el cual se llama a la conducta (*hub & spoke*, acuerdo colusorio o práctica concertada), dado que lo esencial es el acto de haber adoptado una conducta, es decir, actuado siguiendo una regla, y que esta influyó en la fijación de precios en un mercado determinado.

²⁷ Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Sentencia N° 167/2019, considerando undécimo.

²⁸ Corte Suprema Rol N° 9361-2019, considerando octavo.

Aun cuando este tema no es el aspecto principal discutido en el procedimiento, resulta un asunto importante de recalcar de la sentencia de la CS. Ello es así toda vez que el fallo se encarga de destacar que lo importante en materia de colusión no es la denominación que, en definitiva, decida dársele a una determinada conducta, sino que simplemente el hecho de aceptar, ya sea de manera expresa o tácita, el participar en un acuerdo que permita afectar los precios en los mercados. Incluso si para que este acuerdo exista no se produce jamás comunicación entre competidores. Por su parte, queda claro, a juicio del sentenciador, que las requeridas han podido defenderse, y por lo tanto tener acceso a un proceso justo. En consecuencia, la sentencia del TDLC puede calificarse de congruente en la medida “que resuelva en armonía con las pretensiones deducidas por los litigantes”²⁹.

A nuestro juicio, lo que ha hecho la CS ratifica lo que ha venido ocurriendo en nuestro país en los últimos años: la colusión, en cualquiera de sus formas debe ser, y será, sancionada. Además, como sociedad, no aceptaremos ninguna conducta que se asemeje si quiera a la colusión. Es por ello que la denominación técnica que utilizó la FNE en el Requerimiento finalmente resulta indiferente. Si durante el proceso se acreditan la existencia de una regla, la voluntad de cumplirla y la de hacerla exigir a los competidores involucrados, y las requeridas tienen la oportunidad de defenderse como corresponde, entonces estaremos en presencia de un acto sancionable por la autoridad de la competencia.

4. CONCLUSIONES

1. Sin perjuicio de todas las implicancias de las Sentencias, el propósito de este comentario fue ofrecer un resumen y análisis de las principales consideraciones jurídicas expuestas en las Sentencias dictadas tanto por el TDLC como por la CS, sobre el primer caso sancionado en Chile por una colusión tipo *hub & spoke*.
2. Como vimos, las Sentencias nos presentan lo que podríamos llamar un primer estatuto jurídico aplicable a la colusión tipo *hub & spoke*, en Chile. Esto es: a) requisitos de la conducta, y b) estándar probatorio.

²⁹ BOTTO (2001), p. 7.

3. En cuanto a los requisitos de la colusión tipo *hub & spoke*, la jurisprudencia de las Sentencias señala los siguientes: i) la existencia de una regla de comportamiento consistente en una restricción vertical; ii) la observancia de la regla; y iii) la exigencia de aplicación de la regla.
4. Respecto del estándar probatorio, las Sentencias afianzan el criterio anterior ya asentado en nuestra jurisprudencia de que los acuerdos colusorios puede ser acreditados tanto por prueba directa como indirecta. En el caso de colusión tipo *hub & spoke*, las Sentencias permiten recurrir a evidencias circunstanciales, conocidas en el derecho comparado como *plus factors*. En cuanto a la valoración de la prueba, la sentencia de la CS confirma el criterio legal; de que en materia de competencia los medios de prueba deben apreciarse según las reglas de la sana crítica, lo cual permite que las pruebas sean valoradas de manera holística o integral.
5. Por su parte, de las Sentencias es posible desprender una definición de colusión tipo *hub & spoke*, en términos amplios y generales, es decir, aquella práctica anticompetitiva entre competidores, en que existe un centro (*hub*) que coordina la conducta entre los competidores (*spokes*).
6. Las Sentencias consolidan el concepto de que son responsables en materia de competencia aquel integrante de un agente económico o grupo empresarial que detenta el poder de decisión respecto de los demás miembros del agente o grupo, reconociendo la relevancia de analizar dónde se producen los efectos de los actos realizados por las entidades involucradas en las conductas anticompetitivas.
7. En lo relativo al principio de congruencia y la falta de prolijidad o unidad en la descripción de la conducta imputada en el Requerimiento, la jurisprudencia que se instala en virtud de las Sentencias consiste en que es indiferente el nombre con el cual se llama a la conducta, dado que lo esencial es el acto de haberla adoptado, es decir, de haber actuado siguiendo la regla anticompetitiva, y que la parte requerida tenga oportunidad de ejercer su defensa debidamente.
8. A nuestro juicio, las Sentencias consolidan el principio que se ha venido instalando en los últimos años en nuestro país, en el

sentido de que como sociedad no aceptaremos ningún tipo de acuerdo entre competidores que pueda tener efectos adversos en la competencia, en cuanto ello lleva a afectar la productividad, y en definitiva produce consecuencias negativas en el bienestar de los consumidores.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- BAWLITZA FLORES, Carolina y HENRÍQUEZ GUTIÉRREZ, María José (2019): “La experiencia chilena en acuerdos *Hub & Spoke*”, en Vanessa Facuse Andreucci y Ana María Montoya Squif (directoras), *Desafíos de la libre competencia en Iberoamérica* (Santiago: Legal Publishing), pp. 1-16.
- BOTTO, Hugo (2001): “La norma, la congruencia y la arbitrariedad vistas a la luz de la labor del sentenciador del juez, en el Código de Procedimiento Civil chileno”. Disponible en <http://www.der.unicen.edu.ar/uploads/congresoprocesal/2001/III.Pon.Hugo.Botto.pdf>
- BUDNIK OJEDA, Gabriel (2019): “Libre competencia: Regla *per se* y colusión” (Santiago: Hammurabi).
- GARCÍA PINO, Gonzalo y CONTRERAS VÁSQUEZ, Pablo (2013): “El derecho a la tutela judicial y a debido proceso en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno”. *Revista Estudios Constitucionales*, vol. 11 (2); pp. 229-282. Versión on line. DOI: 10.4067/S0718-52002013000200007
- GARÍN GONZÁLEZ, Renato (2017): “La Gran Colusión. Libre mercado a la chilena” (Santiago: Calatonia).
- HARRINGTON, Joseph y HARKER, Patrick (2018): “How do hub-and-spoke cartels operate? Lessons from nine case studies”. Disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3238244
- SAHUGUET, Nicolas y WALCKIERS, Alexis (2016): “A theory of hub-and-spoke collusion”. *International Journal of Industrial Organization*, vol. 53; pp. 353-370. DOI: <https://doi.org/10.1016/j.ijindorg.2016.04.008>
- SANZ, Francisco (2018): “Evolución del tratamiento de la colusión en Chile dentro del marco de la defensa de la libre competen-

cia”. Revista *Ars Boni et Aequi*, vol. 14 (2); pp. 11-51. DOI: 10.23854/07192568.2018142Sanz11

JURISPRUDENCIA CITADA

Corte Suprema Rol N° 9361-2019.

Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Sentencia N° 119/2008, en Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica en contra de Farmacias Ahumada S.A. y otras, rol N° C 184-2008.

Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Sentencia N° 167/2019, en Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica en contra de Cencosud S.A. y otras, rol N° C 304-2016.

NORMAS CITADAS

Ley N° 1552 del 30 de agosto de 1902, Código de Procedimiento Civil.

Decreto Ley 211 del 22 de diciembre de 1973, Fija las Normas para la Defensa de la Libre Competencia.

