

LOS ACUERDOS Y LAS PRÁCTICAS CONCERTADAS COMO MEDIOS PARA COMETER EL ILÍCITO DE COLUSIÓN Y LAS COLUSIONES *HUB-AND-SPOKE*

Jorge Grunberg Pilowsky*

I. ANTECEDENTES

La Fiscalía Nacional Económica (FNE) ha solicitado al suscrito un Informe en Derecho (el “Informe”) que analice dos temas relacionados con el ilícito de colusión a la luz de la jurisprudencia y doctrina nacional y comparada, con énfasis en las jurisdicciones de Estados Unidos de América y la Unión Europea: (a) los acuerdos y las prácticas concertadas entre competidores como elementos configuradores del ilícito, sus desarrollos conceptuales y diferencias; y (b) las colusiones *hub-and-spoke* como modalidad particular del ilícito de colusión, sus contornos conceptuales y la forma en que pueden ser probadas.

Este Informe aborda cada uno de estos puntos en las secciones III y IV, respectivamente. Previamente y a modo de introducción, en la sección II se explica la importancia de la prohibición de colusión en el Derecho de la Competencia y la forma en que ella ha sido plasmada en las legislaciones de EE.UU., la Unión Europea y Chile.

II. LA PROHIBICIÓN DE COLUSIÓN EN EL DERECHO DE LA COMPETENCIA

Al igual que en el caso de las jurisdicciones con mayor tradición en la materia, el Derecho de la Competencia de Chile está estructurado fundamentalmente -desde un punto de vista conductual- sobre la base de una prohibición de colusión entre competidores.

La competencia supone que las empresas tomen sus decisiones económicas que recaen sobre variables esenciales de competencia -precio, producción, zonas

* Abogado de la Universidad de Chile, Máster en Derecho (LL.M.) Universidad de Harvard; Máster en Regulación del Comercio, Derecho y Política de Competencia (LL.M.) en la Universidad de Nueva York; Académico del Departamento de Derecho Económico, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

geográficas donde competir, cuotas de participación de mercado a alcanzar- en forma independiente. Por ello, el Derecho de la Competencia impone a los competidores un deber de comportamiento independiente en el ámbito de la decisión sobre las referidas variables.¹

La Ley de Defensa de la Libre Competencia de Chile, contenida en el Decreto Ley N° 211 de 1973, que fija normas para la defensa de la libre competencia (“DL 211”) ha tipificado de forma específica a la colusión en la letra a) del inciso segundo del artículo 3°, que dispone:

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.

Esta redacción fue establecida por la reciente Ley N° 20.945 de 2016, que perfecciona el sistema de defensa de la libre competencia. Ella se diferencia de su antecesora, plasmada en la Ley N° 20.361 de 2009,² en algunos aspectos.

En primer lugar, como conductas constitutivas del ilícito de colusión se ha eliminado la distinción entre acuerdos “expresos” o “tácitos”. La modificación habría estado basada en el hecho de armonizar la redacción con la norma que sirvió de antecedente a esta disposición, que es el artículo 101.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, que simplemente distingue entre “acuerdos” o “prácti-

¹ Como señaló la Corte Suprema de EE.UU. en *Copperweld v. Independence Tube* 467 U.S. 752, 768-769 (1984): “Concerted activity inherently is fraught with anticompetitive risk. It deprives the marketplace of the independent centers of decision making that competition assumes and demands” [“La actividad concertada está por naturaleza cargada de riesgo anticompetitivo. Priva al mercado de los centros de decisión independientes que la competencia asume y demanda”]. En el mismo sentido, nuestra Corte Suprema en *FNE contra Agrícola Agrosuper S.A. y otros*, Rol 27181-2014, Sentencia de 29 de septiembre de 2015, C. 37°: “De todo lo dicho resulta como principio fundamental que las reglas de la libre competencia imponen a los competidores un obrar autónomo e independiente que implica que se llevará a cabo una lucha competitiva en pos de alcanzar los mejores resultados económicos posibles”.

² El literal a) del inciso segundo del artículo 3° establecido por la Ley N° 20.361 disponía que: “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 expresos o tácitos entre competidores, o las prácticas concertadas entre ellos, que les confieran poder de mercado y que consistan en fijar precios de venta, de compra u otras condiciones de comercialización, limitar la producción, asignarse zonas o cuotas de mercado, excluir competidores o afectar el resultado de procesos de licitación.’”

cas concertadas”.³ En Chile, tanto la jurisprudencia como la doctrina no les asignaron significados distintos a las expresiones “acuerdo tácito” y “práctica concertada”; al parecer, más bien las habrían entendido como sinónimas.⁴

En segundo lugar, se ha precisado que en la comisión de los acuerdos o prácticas concertadas pueden participar tanto competidores directos -que emprenden en el mismo eslabón de la cadena de producción y comercialización- como competidores verticalmente relacionados con estos, tal como ocurre en las colusiones denominadas *hub-and-spoke*.⁵ Lo determinante es que para que tenga lugar una colusión, el acuerdo o la práctica concertada a lo menos involucre a competidores directos. Esta modificación introducida por la Ley N° 20.945 en ningún caso quiere decir que aquellas colusiones de tipo *hub-and-spoke* cometidas con anterioridad a la entrada en vigencia de esta ley quedarían impunes, pues, en su carácter de acuerdo o práctica concertada entre competidores, ellas quedarían capturadas tanto por la descripción de la letra a) del artículo 3° establecida por la Ley N° 20.361, como por la hipótesis genérica contenida en el inciso primero del artículo 3° del DL 211, que sanciona “cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos”.⁶ La verdadera importancia de esta modificación legal se concreta en que competidores verticalmente relacionados con

³ El artículo 101.1. del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea establece que: “Serán incompatibles con el mercado común y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común y, en particular, los que consistan en: fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción; limitar o controlar la producción, el mercado, el desarrollo técnico o las inversiones; repartirse los mercados o las fuentes de abastecimiento; aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva; subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos”.

⁴ En jurisprudencia, véase Corte Suprema, *FNE contra Farmacias Ahumada S.A. y otros*, Rol 2578-2012, Sentencia de 7 de septiembre de 2012, C. 80°. En doctrina, véase Cristóbal Eyzaguirre B. y Jorge Grunberg P., “Colusión monopólica. Prueba de la colusión, paralelismo de conductas y factores añadidos”, 4 Revista Anales de Derecho UC. Temas de Libre Competencia 57, 60-61. (2008); Domingo Valdés P., “Tipicidad y regla per se en las colusiones monopólicas horizontales” 4 Revista Anales de Derecho UC. Temas de Libre Competencia 81, 89. (2008); y Fernando Araya J., “Derecho de la Libre Competencia”, 24 Revista Chilena de Derecho Privado 233, 248 (2015).

⁵ Como explica Whelan: “This form of collusion can occur where parties to a horizontal agreement or concerted practice conspire directly with one “hub” or main party, who may be either a supplier or distributor” [“Esta forma de colusión puede ocurrir cuando las partes de un acuerdo horizontal o práctica concertada conspiran directamente con un “eje” o parte principal, quien puede ser indistintamente un proveedor o distribuidor”]. Peter Whelan, “Trading Negotiations Between Retailers and Suppliers: A Fertile Ground for Anti-Competitive Horizontal Information Exchanges”, 5 European Competition Journal 823, 824-825 (2009).

⁶ En este sentido, se ha sostenido por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en *FNE contra Asociación Gremial de Ginecólogos Obstetras de la Provincia de Ñuble y otros*, Rol C 265- 2013, Sentencia N° 145/2015, C. 3°: “Que el artículo 3°, letra a), del D.L. N° 211 señala que se consideran como hechos, actos o convenciones contrarios a la libre competencia “los acuerdos expresos o tácitos entre competidores, o las prácticas concertadas entre ellos, que les confieran poder de mercado y que consistan en fijar precios de venta, de compra u otras condiciones de comercialización, limitar la producción, asignarse zonas o cuotas de mercado, excluir competidores o afectar el resultado de procesos de licitación”. **Esta disposición no es más que una especificación de lo dispuesto en el inciso primero de dicho artículo**, que en su parte pertinente señala que será sancionado todo aquel que ‘ejecte o celebre, individual o colectivamente, cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos”’ (énfasis agregado).

los competidores directos que se han coludido podrían ser, sin lugar a duda alguna, objeto de las facultades especiales de investigación consagradas en la letra n) del artículo 39 del DL 211, así como valerse de los beneficios que la ley ha establecido para el programa de delación compensada que regula el artículo 39 bis del DL 211.

En tercer lugar, se ha derogado la exigencia legal de que los acuerdos o prácticas concertadas deban en cualquier caso conferir poder de mercado para ser sancionados. Al igual que las jurisdicciones con mayor tradición en la disciplina, la Ley N° 20.945 establece que los denominados carteles duros, es decir, aquellas colusiones 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, son considerados como anticompetitivos por la sola existencia del acuerdo o práctica concertada que recaiga sobre alguna de las variables de competencia esenciales descritas por la norma, sin que sea necesario acreditar la existencia de poder de mercado. Esta reforma introduce lo que en el derecho comparado se denomina como “regla per se” (*per se rule*) para carteles duros (*hardcore cartels*).⁷

No obstante, la norma mantiene la exigencia de acreditar que el acuerdo o la práctica concertada confieran poder de mercado en aquellos casos que consistan en determinar condiciones de comercialización o excluir a actuales o potenciales competidores, pues en estas hipótesis podría resultar necesario evaluar en forma amplia si la conducta es o no anticompetitiva a la luz de lo que en el derecho comparado se denomina “regla de la razón” (*rule of reason*).

Sin perjuicio de lo expresado en el párrafo anterior, cabe señalar que para los efectos del presente Informe, en virtud de lo afirmado por el requerimiento⁸ y atendido lo resuelto por la jurisprudencia⁹, el tipo de colusión aplicable en esta materia correspondería al establecido por la Ley N° 20.361 en la letra a) del inciso 2° del artículo 3° del DL 211.¹⁰

En relación con esta norma, nuestra jurisprudencia ha resuelto que “para sancionar una conducta colusoria se debe acreditar: la existencia de un acuerdo o práctica concertada sobre una variable relevante de competencia (tales como afectar precios y cantidades, o repartirse mercados); que éste se ha materializado entre

⁷ Según explica Robert Bork, *The Antitrust Paradox. A Policy at War with Itself* (2ª ed., Free Press, New York 1993), p. 67, “The per se rule against naked price fixing and similar agreements not to compete is the oldest and clearest of antitrust doctrines, and its existence can be explained only by a preference for consumer welfare as the exclusive goal of antitrust” [“La regla per se en contra de acuerdos desnudos de fijación de precios y acuerdos similares de no competir es la más antigua y nítida de las doctrinas del derecho de la competencia, y su existencia puede ser explicada únicamente por una preferencia por el bienestar del consumidor como el objetivo exclusivo de esta disciplina”].

⁸ El requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica, en su párrafo N° 3, afirma que los acuerdos o prácticas concertadas imputados tuvieron lugar “al menos entre los años 2008 y 2011”.

⁹ Nuestra Corte Suprema, en *FNE contra Agrícola Agrosuper S.A. y otros*, Rol 27181-2014, Sentencia de 29 de septiembre de 2015, C. 80°, afirmó: “Que en las infracciones de carácter permanente o de duración continua en las que sólo existe una voluntad inicial, habrá de estarse -tal como se consignó en el fallo impugnado- al último acto constitutivo de la infracción para los efectos de determinar la ley aplicable”.

¹⁰ *Vid.* n. 2.

competidores, y que ha otorgado poder de mercado a quienes forman parte de él”.¹¹

En el capítulo que sigue se abordará cómo el Derecho de la Competencia ha concebido a los acuerdos o prácticas concertadas que importan el medio a través del cual se puede cometer un ilícito de colusión.

III. LOS ACUERDOS Y LAS PRÁCTICAS CONCERTADAS COMO ELEMENTO DEL ILÍCITO DE COLUSIÓN

El derecho chileno en el literal a) del inciso 2º del artículo 3º del DL 211 establece que el ilícito de colusión se puede cometer a través de acuerdos o prácticas concertadas.

La noción de acuerdo como elemento determinante de la conducta proviene de la legislación estadounidense¹² y desde ahí ha permeado a las legislaciones comparadas más relevantes en la materia, incluida la chilena.

En cambio, el concepto de práctica concertada es ajeno al derecho estadounidense, tiene su origen en el derecho de la Unión Europea y ha influenciado las legislaciones internas de los países europeos y otras como es el caso de Chile.

A la fecha, la jurisprudencia chilena recaída en casos de colusión no ha ahondado en las diferencias entre los acuerdos y las prácticas concertadas. Para los efectos de intentar discernir sus contornos conceptuales, resulta necesario acudir a la jurisprudencia y doctrina europeas.

a) El concepto de acuerdo

En el caso *Bayer v. Comisión*, el Tribunal General de la Unión Europea consideró que el concepto de acuerdo “se basa en la existencia de una concordancia de voluntades entre por lo menos dos partes, cuya manifestación carece de importancia siempre y cuando constituya la fiel expresión de tales voluntades”.¹³

¹¹ Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, *FNE contra Asociación Gremial de Ginecólogos Obstetras de la Provincia de Ñuble y otros*, Rol C 265-2013, Sentencia N° 145/2015, C. 4º. Casi en el mismo sentido, nuestra Corte Suprema en *FNE contra Agrícola Agrosuper S.A. y otros*, Rol 27181-2014, Sentencia de 29 de septiembre de 2015, C. 40º (“[L]os elementos esenciales del tipo de colusión son los siguientes: i) la existencia de un acuerdo; ii) su objeto; iii) la aptitud objetiva de dicho acuerdo para producir algún efecto contrario a la libre competencia, pudiendo ser éste concreto o sólo potencial, y iv) la voluntad y decisión conjunta de llevar a cabo el acuerdo”).

¹² A pesar de que el artículo 1 de la Sherman Act no se refiere explícitamente a la voz “acuerdo” (*agreement*), la jurisprudencia estadounidense ha sido clara en que ella es sinónima de las voces “combinación” (*combination*) o “conspiración” (*conspiracy*) que el referido estatuto contempla. En palabras de Areeda y Hovenkamp: “The courts sometimes speak of ‘combination’, sometimes of ‘conspiracy,’ or sometimes simply of the nonstatutory term ‘agreement.’ They usually use these terms interchangeably, and the use of one term does not imply any distinction between them” [“Los tribunales a veces hablan de ‘combinación’, algunas de ‘conspiración’, u otras simplemente del término ‘acuerdo’ que es extraño a la ley. Ellos usualmente usan estos términos de modo intercambiable, y el uso de un término no implica distinción alguna entre ellos”]. Phillip E. Areeda y Herbert Hovenkamp, *Antitrust Law. An Analysis of Antitrust Principles and Their Application*, vol. VI (3ª ed., Aspen Publishers, Nueva York 2010), p. 20.

¹³ Caso T-41/96 [2000] ECR II-3383, párrafo 69.

Nuestra Corte Suprema, al igual que el Derecho Europeo, le otorga a la concordancia de voluntades entre los competidores que toman parte en el acuerdo colusorio un rol determinante en la configuración de la noción de acuerdo.¹⁴ Esta misma concepción ha sido seguida por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.¹⁵

En el Derecho Europeo de la Competencia, el concepto de acuerdo ha sido abordado de forma amplia, incluyendo tanto acuerdos vinculantes (convenciones o contratos) como no vinculantes (denominados coloquialmente como “acuerdos entre caballeros”); acuerdos que consten por escrito o acuerdos celebrados por vía oral; acuerdos formales o informales; acuerdos firmados o no firmados.¹⁶

En la misma línea que el derecho europeo, nuestra Corte Suprema ha considerado de forma amplia a la noción de acuerdo, expresando que “[e]l concierto puede ser expreso o tácito, escrito u oral, de ejecución instantánea o diferida, formal o informal. Además, este puede ser implícito e incluso tácito, solamente exige que se manifieste voluntad de los partícipes en orden a concretarlo”.¹⁷

En el mismo sentido, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia ha sostenido: “Que, como es sabido, 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. Es posible que tal acuerdo sea verbal, se manifieste en uno o más instrumentos o incluso en una seguidilla de meros actos materiales”.¹⁸

El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia también se ha referido a la amplitud del acuerdo desde otras perspectivas que exceden las formas que el acuerdo puede adoptar. Se ha considerado el objeto anticompetitivo que el acuerdo puede perseguir, así como los sujetos que en él intervienen. En este último sentido se ha afirmado:

En efecto, basta que un acuerdo pueda ser celebrado por empleados de una firma actuando en el ámbito de sus funciones, para que dicha empresa pueda ser responsable, siendo suficiente para ello que la em-

¹⁴ Corte Suprema, *FNE contra Farmacias Ahumada S.A. y otros*, Rol 2578-2012, Sentencia de 7 de septiembre de 2012, C. 79° (“El acuerdo. El elemento volitivo es esencial en la colusión y con arreglo a la ley puede ser expreso o tácito”).

¹⁵ Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, *FNE contra Asociación Gremial de Ginecólogos Obstetras de la Provincia de Ñuble y otros*, Rol C 265-2013, Sentencia N° 145/2015, C. 5° (“En términos generales, la supresión de la voluntad individual de dos o más agentes 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”).

¹⁶ Véase Richard Whish y David Bailey, *Competition Law* (8ª ed., Oxford University Press, Oxford 2015), pp. 104-105 y Jonathan Faull y Ali Nikpay, *The EU Law of Competition* (3ª ed., Oxford University Press, Oxford 2014), pp. 204-205.

¹⁷ Corte Suprema, *FNE contra Farmacias Ahumada S.A. y otros*, Rol 2578-2012, Sentencia de 7 de septiembre de 2012, C. 78°.

¹⁸ Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, *FNE contra Asociación Gremial de Ginecólogos Obstetras de la Provincia de Ñuble y otros*, Rol C 265-2013, Sentencia N° 145/2015, C. 5°.

presa actúe en conformidad a dicho acuerdo, con independencia de si ese trabajador o representante tiene o no facultades expresas para actuar en tal sentido.¹⁹

b) La noción de práctica concertada

La práctica concertada fue definida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en el caso *ICI v. Comisión*, como “una forma de coordinación entre empresas que, sin llegar a que se celebre un convenio²⁰ propiamente dicho, sustituye los riesgos de la competencia por una cooperación práctica entre ellas”.²¹ Asimismo, precisó el tribunal que “por su propia naturaleza la práctica concertada no reúne todos los elementos de un acuerdo, pero puede ser el resultado de una coordinación que se exterioriza en el comportamiento de los participantes”.²²

En el caso *Suiker Unie v. Comisión*, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea concibió como esencia del concepto de práctica concertada “a cualquier toma de contacto directa o indirecta entre dichos operadores que tenga por objeto o efecto bien influir en el comportamiento en el mercado de un competidor actual o potencial, o bien desvelar a dicho competidor el comportamiento que uno mismo ha decidido o tiene intención de mantener en el mercado”.²³ En otras palabras y según el mismo fallo, debe acreditarse “que hubo contactos entre las demandantes y estos persiguieron precisamente la finalidad de eliminar de antemano la incertidumbre referente al comportamiento futuro de sus competidores”.²⁴

En el mismo fallo *Suiker Unie v. Comisión*, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea determinó que para ser sancionada una práctica concertada no exige “la elaboración de un verdadero plan”²⁵ y que los criterios de coordinación y cooperación aceptados por el Derecho de la Competencia deben entenderse a la luz del principio según el cual “todo operador económico debe determinar de manera autónoma la política que tiene intención de aplicar en el mercado común”.²⁶

Por otra parte, cabe precisar que la jurisprudencia europea también ha sido muy clara en distinguir entre el comportamiento paralelo autorizado para el derecho de la competencia y una práctica concertada anticompetitiva. En *Suiker Unie*

¹⁹ Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, *FNE contra Servicios Pullman Bus Costa Central y otros*, Rol C 234-2011, Sentencia N° 136/2014, C. 18°.

²⁰ Si bien la versión en idioma español de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea emplea la voz “convenio”, ella debe entenderse como sinónimo de “acuerdo”, por cuanto en la versión en idioma inglés de la misma sentencia se emplea la voz “agreement”.

²¹ *ICI v. Comisión*. Caso 48/69 [1972] ECR 619, párrafo 64.

²² *ICI v. Comisión*. Caso 48/69 [1972] ECR 619, párrafo 65.

²³ *Suiker Unie v. Comisión*. Caso 40/73 [1975] ECR 1663, párrafo 174.

²⁴ *Suiker Unie v. Comisión*. Caso 40/73 [1975] ECR 1663, párrafo 175.

²⁵ *Suiker Unie v. Comisión*. Caso 40/73 [1975] ECR 1663, párrafo 173.

²⁶ *Suiker Unie v. Comisión*. Caso 40/73 [1975] ECR 1663, párrafo 173.

v. *Comisión*, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea resolvió que la exigencia de adoptar en forma autónoma las decisiones que incidan en aspectos esenciales de competencia en los mercados “no excluye el derecho de los operadores económicos a adaptarse de forma inteligente al comportamiento comprobado o previsto de sus competidores”²⁷.

En opinión de Whish y Bailey, los casos *ICI v. Comisión* y *Suiker Unie v. Comisión* configuran el test legal de lo que constituye una práctica concertada:

Debe haber un consenso mental a través del cual la competencia es sustituida a sabiendas por cooperación práctica; no obstante, el consenso no necesita ser alcanzado verbalmente, y puede surgir del contacto directo o indirecto entre las partes²⁸.

Por otra parte, Faull y Nikpay se refieren a que el derecho europeo tuvo como objetivo, al establecer el concepto de práctica concertada “el evitar que las empresas evadieran la aplicación del artículo 101 (1) [del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea] a través de coludirse de una manera anticompetitiva que no alcanzara a configurar un acuerdo”²⁹.

Según la doctrina europea, tres son los elementos necesarios para acreditar la existencia de una práctica concertada. En primer lugar, algún tipo de contacto entre las empresas es necesario, el cual puede ser indirecto o débil. En segundo lugar, debe existir algún tipo de consenso entre las partes en cuanto a cooperar en lugar de competir. Por último, debe existir una conducta subsecuente en el mercado y una relación de causalidad con ésta que tenga como antecedente la concertación entre las partes³⁰.

i. Contacto entre las empresas

El primer requisito de una práctica concertada consiste en la existencia de contacto entre empresas que son competidoras con la finalidad de “eliminar de antemano la incertidumbre referente al comportamiento futuro de sus competidores”³¹. Este

²⁷ *Suiker Unie v. Comisión*. Caso 40/73 [1975] ECR 1663, párrafo 174.

²⁸ Whish y Bailey, n. 16, p. 118 (“[T]here must be a mental consensus whereby practical cooperation is knowingly substituted for competition; however the consensus need not be achieved verbally, and can come about by direct or indirect contact between the parties”).

²⁹ Faull y Nikpay, n. 16, p. 218 (“The aim of the Treaty, in establishing the concept of concerted practice, is to prevent undertakings from evading the application of Article 101 (1) by colluding in an anti-competitive manner which falls short of an agreement”).

³⁰ Faull y Nikpay, n. 16, p. 220

³¹ *Suiker Unie v. Comisión*. Caso 40/73 [1975] ECR 1663, párrafo 175.

contacto se puede alcanzar por vía directa o indirecta³². Por vía directa se alcanza a través del intercambio de información entre los competidores directos, como sería el caso en que dos o más competidores participan de una o más reuniones para tal efecto. En cambio, por vía indirecta se alcanza a través de la concurrencia de un agente intermediario que sirve de puente o punto de conexión entre los competidores directos, como ocurre, por ejemplo, en las colusiones en que una asociación gremial actúa como vehículo a través del cual funciona la colusión o en aquellas colusiones denominadas *hub-and-spoke*.

Respecto de la naturaleza de la información que se intercambia fruto del contacto entre las empresas, ésta debe ser de carácter estratégico para los efectos de competir³³. Bajo el principio según el cual “todo operador económico debe determinar de manera autónoma la política que tiene intención de aplicar en el mercado común”³⁴, a los competidores en principio les está vedado intercambiar información relativa a aspectos sensibles tales como precios futuros, producción futura, costos futuros o planes de expansión futuros.

ii. *Consenso en torno a cooperar en lugar de competir*

El segundo requisito de una práctica concertada consiste en la existencia de un consenso entre los competidores en torno a cooperar en lugar de competir. A este requisito se le ha denominado “encuentro de mentes”³⁵ y ha sido concebido de manera amplia e informal.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su sentencia dictada en el caso *Cimenteries v. Comisión* señaló:

“[P]ara acreditar la existencia de una práctica concertada no es necesario demostrar que el operador de que se trate se haya comprometido

³² Tribunal de Justicia de la Unión Europea. *Dolefood Company, Inc. v. Comisión*. Caso C- 286/13 [2015]. párrafo 120 (“Si bien es cierto que esta exigencia de autonomía no excluye el derecho de los operadores económicos a adaptarse con habilidad al comportamiento que han comprobado o que prevén que seguirán sus competidores, si se opone, sin embargo, de modo riguroso, a toda toma de contacto directo o indirecto entre dichos operadores por la que se pretenda influir en el comportamiento en el mercado de un competidor actual o potencial, o desvelar a tal competidor el comportamiento que uno mismo va a adoptar en el mercado o que se pretende adoptar en él, si dichos contactos tienen por objeto o efecto abocar a condiciones de competencia que no correspondan a las condiciones normales del mercado de que se trate, teniendo en cuenta la naturaleza de los productos o de los servicios prestados, el tamaño y número de las empresas y el volumen de dicho mercado”).

³³ Como señala la Comisión Europea en sus Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal (2011), párrafo 61: “[E]l intercambio de información puede constituir una práctica concertada si reduce la incertidumbre estratégica en el mercado, facilitando con ello la colusión, es decir, si los datos intercambiados son estratégicos. Así, pues, el intercambio de datos estratégicos entre los competidores equivale a una concertación, porque reduce la independencia de la conducta de los competidores en el mercado y disminuye sus incentivos para competir”.

³⁴ *Suiker Unie v. Comisión*. Caso 40/73 [1975] ECR 1663, párrafo 173.

³⁵ Traducción de la expresión en inglés “*meeting of minds*”.

formalmente frente a uno o varios competidores a adoptar una u otra conducta o que los competidores fijen de común acuerdo su comportamiento futuro en el mercado. Basta con que, mediante su declaración de intenciones, el competidor haya eliminado o, cuando menos, reducido sustancialmente la incertidumbre sobre el comportamiento que cabe esperar de él en el mercado”³⁶.

Para configurar el consenso, basta la mera recepción de información sensible o estratégica respecto de las actividades comerciales de sus competidores, sin que sea necesario que el agente económico cumpla fielmente con lo convenido³⁷.

Como señalan Whish y Bailey en relación con este elemento de la práctica concertada:

“Debe haber un consenso mental a través del cual la competencia es sustituida a sabiendas por cooperación práctica; no obstante, el consenso no necesita ser alcanzado verbalmente, y puede surgir del contacto directo o indirecto entre las partes”³⁸.

iii. Existencia de conducta en el mercado basada en la concertación entre las partes

Un tercer y último requisito de la práctica concertada es la existencia de una conducta subsecuente en el mercado y una relación de causalidad entre el consenso entre las partes y la conducta en el mercado.

La jurisprudencia europea ha señalado que en aquellos casos constitutivos de carteles duros, una vez que existe contacto y consenso entre las partes, tiene lugar una presunción de que de ello se seguirá una conducta en el mercado y que existirá una relación de causalidad entre el consenso y la conducta en el mercado. Dicha presunción podrá ser desvirtuada por las empresas por la vía de probar que el contacto y el consenso no tuvieron influencia alguna en su conducta en el mercado³⁹.

³⁶ Caso T-25/95 *Cimenteries v. Comisión* [2000] ECR II-491, párrafo 1852.

³⁷ Caso T-25/95 *Cimenteries v. Comisión* [2000] ECR II-491, párrafo 1389 (“Pues bien, según jurisprudencia reiterada, el hecho de que una empresa no se pliegue a los resultados de reuniones cuyo objeto sea manifiestamente contrario a la libre competencia no puede eximirla de su plena responsabilidad derivada de su participación en la práctica colusoria, siempre que no se haya distanciado abiertamente del contenido de las reuniones”).

³⁸ Whish y Bailey, n. 16, p. 118 (“[T]here must be a mental consensus whereby practical cooperation is knowingly substituted for competition; however the consensus need not be achieved verbally, and can come about by direct or indirect contact between the parties”).

³⁹ Caso C-199/92 *Hüls v. Comisión* [1999] ECR I-4287, párrafo 162 (“No obstante, puede presumirse, salvo prueba en contrario, que corresponde aportar a los operadores interesados, que las empresas que participan en la concertación y que permanecen activas en el mercado toman en consideración la información intercambiada con sus competidores, a fin de determinar su comportamiento en dicho mercado”).

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha determinado que el umbral probatorio en esta materia es relativamente bajo. Por ejemplo, en el caso *Hüls v. Comisión*, sostuvo el Tribunal que dado que las empresas habían participado en reuniones de naturaleza manifiestamente anticompetitivas, la Comisión “no estaba obligada a aportar la prueba de que dicha concertación se había manifestado mediante algún comportamiento en el mercado o había tenido un efecto restrictivo sobre la competencia”⁴⁰.

Una vez acreditada la existencia de contacto y consenso entre las partes, en la práctica resultará muy difícil desvirtuar la presunción relativa a la concurrencia de la relación de causalidad. Según expresan Faull y Nikpay:

“La jurisprudencia sugiere que para desvirtuar la presunción de causalidad -entre la concertación y una conducta de la parte en el mercado (por ejemplo, intentando cobrar precios más altos)-, la empresa en cuestión debe por lo menos haber terminado su participación en la reunión tan pronto como la naturaleza anticompetitiva de ella se convierta en aparente y haberse distanciado públicamente de lo que se discutió, para no dar la impresión a los demás participantes en cuanto a que suscribió el objetivo de la reunión y actuaría en conformidad con él”⁴¹.

c) **Diferencias entre un acuerdo y una práctica concertada**

En un caso concreto de colusión puede ocurrir que en forma simultánea o consecutiva se presenten acuerdos o prácticas concertadas⁴². Por el contrario, también puede ocurrir que ambas modalidades concurren aisladamente. Por ello, resulta importante discernir los contornos conceptuales que permiten diferenciar entre

⁴⁰ Caso C-199/92 *Hüls v. Comisión* [1999] ECR I-4287, párrafo 167.

⁴¹ Faull y Nikpay, n. 16, p. 221 (“Case law suggests that to rebut the presumption of causality -between the concertation and a party’s market conduct (eg attempting to charge higher prices) - the undertaking in question must at least have ended its participation in the meeting as soon as the anti-competitive nature of the gathering became apparent and to publicly distanced itself from what was discussed in order not to give the impression to the other participants that it subscribed to the aim of the meeting and would act in conformity with it”).

⁴² Como señalan Faull y Nikpay, n. 16, p. 225: “It can be difficult to identify exactly where an agreement ends and a concerted practice starts. The concepts are fluid and may overlap. An infringement may begin in one form and, as it evolves over time, progressively assume some or all the characteristics of another. In fact, it often makes little sense to try to draw a distinction between the two concepts as an infringement may present simultaneously the characteristics of an agreement and a concerted practice. Indeed, in cartel cases, the Commission often alleges that an agreement and/or concerted practice has taken place without distinguishing the two” (“Puede ser difícil identificar exactamente cuándo termina un acuerdo y comienza una práctica concertada. Los conceptos son fluidos y pueden traslaparse. Una infracción puede comenzar de una forma y, conforme evoluciona durante el tiempo, progresivamente asumir algunas o todas las características de otra. De hecho, a menudo hace poco sentido intentar trazar una distinción entre los dos conceptos, dado que una infracción puede presentar simultáneamente las características de acuerdo y práctica concertada. En efecto, en casos de carteles, la Comisión a menudo alega que un acuerdo y/o práctica concertada ha tenido lugar sin distinguir entre los dos”).

ambas conductas que dan lugar a una colusión⁴³.

Como ha podido constatarse, existe una diferencia de grado entre los conceptos de acuerdo y de práctica concertada. Si bien en ambos casos los competidores neutralizan la independencia con que deben adoptarse las decisiones en materia de competencia en los mercados, en un acuerdo ello se verifica a través de la fiel expresión de la voluntad de los competidores, mientras que en una práctica concertada ello se concreta de forma menos definida en contactos directos o indirectos que reflejan la existencia de un consenso entre los competidores en torno a cooperar en lugar de competir.

En palabras de Odudu, “[e]l concepto de práctica concertada permite que el elemento legal de la colusión sea satisfecho con algo menos que intención común, aceptándose que pueda afirmarse la existencia de una práctica concertada cuando haya una conducta que reduzca la incertidumbre”⁴⁴.

IV. LAS COLUSIONES *HUB-AND-SPOKE*

El ilícito de colusión se traduce en la supresión de la competencia por parte de empresas que son competidores directos, respecto de los cuales se afirma que poseen relaciones horizontales por actuar en el mismo eslabón de la cadena de producción y comercialización.

No obstante ello, en la práctica las colusiones no solo se verifican en el ámbito horizontal, sino que algunas veces en ellas se entremezclan vínculos horizontales y verticales. Es lo que precisamente ocurre en las colusiones denominadas *hub-and-spoke*.

a) El concepto de colusión *hub-and-spoke* y los requisitos para su sanción

⁴³ Los mismos Faull y Nikpay, n. 16, p. 1224, expresan al respecto: “While the majority of cartel cases dealt with by the Commission involve an ‘agreement’, often in combination with ‘concerted practices’, a trend towards looser forms of cooperation between undertakings can be discerned in recent years, thus bringing forth the possibility of a cartel decision based purely on a ‘concerted practice’. It is therefore worth recalling what constitutes an agreement on the one hand, and a concerted practice on the other” (“Mientras que la mayoría de los casos de cartel resueltos por la Comisión involucran un ‘acuerdo’, a menudo en combinación con ‘prácticas concertadas’, durante los años recientes es posible discernir una tendencia hacia formas menos definidas de cooperación entre empresas, creando la posibilidad de decisiones en casos de cartel basadas puramente en una ‘práctica concertada’. Por lo tanto, es importante recordar qué constituye un acuerdo, por una parte, y qué constituye una práctica concertada, por la otra”).

⁴⁴ Okeoghene Odudu, “*Indirect Information Exchange: The Constituent Elements of Hub and Spoke Collusion*”, 7 European Competition Journal 205, 221 (2011). (“The concept of a concerted practice enables the legal element of collusion to be satisfied by something less than common intention - to accept that a concerted practice can be said to exist when there is conduct that reduces uncertainty”).

Según Faull y Nikpay, “el término ‘hub and spoke’ se refiere a situaciones en las cuales (a) dos o más proveedores intercambian información o de otra manera se coluden con la ayuda de un distribuidor que actúa como un ‘conducto’ para ellos, o (b) dos o más distribuidores que efectúan lo mismo con la ayuda de un proveedor”⁴⁵.

Una descripción precisa del modo en que opera una colusión *hub-and-spoke* fue plasmada por la Corte de Apelaciones Federal del 6º Circuito de EE.UU., en el caso *Total Benefits Planning Agency, Inc. v. Anthem Blue Cross and Blue Shield*:

Una colusión *hub-and-spoke* involucra un eje [*hub*], generalmente un comprador o un proveedor dominante en el mercado relevante, y los rayos [*spokes*], constituidos por los distribuidores involucrados en la colusión. La llanta de la rueda [*rim of the wheel*] son los acuerdos que conectan entre los competidores horizontales (distribuidores) que forman los rayos [*spokes*]⁴⁶.

La Corte de Apelaciones Federal del 2º Circuito de EE.UU. en su reciente fallo en el caso *United States v. Apple, Inc.* también discurrió acerca de los contornos conceptuales de una colusión *hub-and-spoke*. Dicha Corte expresó:

“Los tribunales han reconocido por largo tiempo la existencia de colusiones *hub-and-spoke*, en las cuales una entidad en un nivel de la estructura de mercado, el ‘eje’ (*hub*), coordina un acuerdo entre competidores en un nivel diferente, con los ‘rayos’ (*spokes*). Estos arreglos consisten tanto en acuerdos verticales entre el ‘eje’ (*hub*) y cada ‘rayo’ (*spoke*) como en un acuerdo horizontal entre los distintos ‘rayos’ (*spokes*) de adherir a los términos del ‘eje’ (*hub*), a menudo debido a que los ‘rayos’ (*spokes*) no habrían consentido en los acuerdos verticales, salvo bajo el entendimiento de que los demás ‘rayos’ (*spokes*) estaban acordando lo mismo”⁴⁷.

⁴⁵ Faull y Nikpay, n. 16, p. 221 (“The term ‘hub and spoke’ refers to situations where either (a) two or more suppliers exchange information or otherwise collude with the help of a distributor which acts as a ‘conduit’ for them, or (b) two or more distributors do so with the help of a supplier”).

⁴⁶ *Total Benefits Planning Agency, Inc. v. Anthem Blue Cross and Blue Shield*, 552 F.3d 430, 436 (6th Cir. 2008) (“A hub and spoke conspiracy involves a hub, generally the dominant purchaser or supplier in the relevant market, and the spokes, made up of the distributors involved in the conspiracy. The rim of the wheel is the connecting agreements among the horizontal competitors (distributors) that form the spokes”).

⁴⁷ *United States v. Apple, Inc.*, 791 F.3d 290, 314 (2d Cir. 2015) (“[C]ourts have long recognized the existence of ‘hub-and-spoke’ conspiracies in which an entity at one level of the market structure, the ‘hub,’ coordinates an agreement among competitors at a different level, the ‘spokes.’ *Howard Hess Dental Labs. Inc. v. Dentsply Int’l, Inc.*, 602 F.3d 237, 255 (3d Cir. 2010); see also *Toys “R” Us, Inc. v. FTC*, 221 F.3d 928, 932-34 (7th Cir. 2000). These arrangements consist of both vertical agreements between the hub and each spoke and a horizontal agreement among the spokes ‘to adhere to the [hub’s] terms,’ often because the spokes ‘would not have gone along with [the vertical agreements] except on the understanding that the other [spokes] were agreeing to the same thing.’ *VI Phillip E. Areeda & Herbert Hovenkamp*, *Antitrust Law* 11 ¶ 1402c (3d ed. 2010) (citing *PepsiCo, Inc. v. Coca-Cola Co.*, 315 F.3d 101 (2d Cir. 12 2002))”).

Para sancionar una colusión *hub-and-spoke* no basta con analizar las relaciones verticales que se planteen en el caso concreto. Ello fluye a partir de que el intercambio de información entre proveedores y distribuidores forma parte de la cotidianidad de sus relaciones comerciales, y el Derecho de la Competencia en ningún caso buscará impedir que se intercambie información relativa a aspectos sensibles o estratégicos para competir en el ámbito estricto de las relaciones verticales⁴⁸.

Sin embargo, dicha situación cambia cuando tales relaciones verticales son parte de un esquema para lograr una colusión entre competidores. Como lo expresó la Corte Suprema de EE.UU. en su fallo *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.*:

“Las restricciones verticales de precios también pueden ser usadas para organizar carteles en el ámbito del retail. Un grupo de retailers puede coludirse para fijar precios a los consumidores y luego obligar a un proveedor a ayudar en el acuerdo ilegal. En esa instancia el proveedor no establece la práctica para estimular servicios o para promover su marca, sino que para regalar utilidades más altas a los retailers ineficientes. Aquellos retailers con mejores sistemas de distribución y estructuras de costo más bajas estarían impedidos de cobrar precios más bajos por el acuerdo. Ejemplos históricos sugieren que esta posibilidad es una preocupación legítima⁴⁹.”

El uso de restricciones verticales con el objeto de lograr una colusión no es algo raro en el Derecho de la Competencia. Levenstein y Suslow, en un estudio empírico que explica cómo los carteles se valen de restricciones verticales para mantenerse ocultos y estables, afirman: “Nuestra observación del uso relativamente frecuente de estas restricciones verticales por carteles que activamente esconden sus restricciones horizontales sugiere que esta es una preocupación

⁴⁸ Como expresan Faull y Nikpay, n. 16, pp. 223-224: “[W]hilst it is easy, for example, to understand why a meeting between competitors at which commercially sensitive matters are discussed creates a presumption of anticompetitive conduct, the same is not true for contact between a supplier and a distributor. By definition, they have a commercial relationship which often requires contact and possibly some coordination of commercial activities” [“Mientras que es fácil, por ejemplo, entender por qué una reunión entre competidores en la cual se discuten asuntos comercialmente sensibles crea una presunción de conducta anticompetitiva, lo mismo no es verdadero para el contacto entre un proveedor y un distribuidor. Por definición, ellos tienen una relación comercial que a menudo requiere contacto y posiblemente alguna coordinación de actividades comerciales”].

⁴⁹ Corte Suprema de EE.UU., *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.* 551 U. S. 877, 893 (2007): “Vertical price restraints also might be used to organize cartels at the retailer level. A group of retailers might collude to fix prices to consumers and then compel a manufacturer to aid the unlawful arrangement with resale price maintenance. In that instance the manufacturer does not establish the practice to stimulate services or to promote its brand but to give inefficient retailers higher profits. Retailers with better distribution systems and lower cost structures would be prevented from charging lower prices by the agreement. Historical examples suggest this possibility is a legitimate concern”.

para la política de competencia”⁵⁰.

La misma preocupación ha sido expresada en el Derecho Europeo de la Competencia, especialmente a propósito del ámbito del *retail*. La Comisión Europea en sus directrices relativas a las restricciones verticales ha expresado:

“[L]os acuerdos de gestión por categoría⁵¹ pueden facilitar la colusión entre distribuidores cuando el mismo proveedor actúa de capitán de categoría para todos o la mayoría de los distribuidores competidores de un mercado y proporciona a estos distribuidores un punto de referencia común para sus decisiones de comercialización”⁵².

Para los efectos de sancionar un caso de colusión entre competidores con componentes verticales, el Derecho de la Competencia exige que, además de las relaciones verticales, se acredite la existencia de un vínculo colusorio entre competidores directos. Es lo que en el derecho estadounidense se ha denominado “el requisito de la llanta” (“*rim requirement*”) o “la llanta de la rueda” (“*rim of the wheel*”) que conecta a los rayos. Las palabras de Orbach son ilustrativas acerca de la importancia de este elemento:

“Bajo el Derecho de la Competencia, la característica que separa una colusión ilegal facilitada a través de relaciones verticales de un acuerdo vertical legal es la prueba de un ‘acuerdo’ horizontal entre competidores. En las colusiones *hub-and-spoke*, este acuerdo es la ‘llanta’ que conecta a los rayos. Sin la llanta, un supuesto cartel *hub-and-spoke* es meramente un conjunto de relaciones (o restricciones) verticales que resulta en una conducta paralela que no establece una colusión horizontal”⁵³.

⁵⁰ Margaret C. Levenstein y Valerie Y. Suslow, “How Do Cartels Use Vertical Restraints? Reflections on Bork’s The Antitrust Paradox”, 57 *Journal of Law and Economics* S33, S47 (2014) (“Our observation of the relatively frequent use of these vertical restraints by cartels that actively hid their horizontal restraints suggests that this is a concern for antitrust policy”). Las mismas autoras agregan, en S41-S42: “An examination of a sample of 81 international cartels convicted of engaging in price fixing between 1990 and 2007 shows that there is evidence that 20 had distributor participation or used vertical restraints in some form to support the cartel) (“Un examen de la muestra de 81 carteles internacionales condenados por involucrarse en fijación de precios entre 1990 y 2007 demuestra que hay evidencia de que 20 de ellos tuvieron la participación de un distribuidor o utilizaron de alguna forma restricciones verticales para apoyar el cartel”).

⁵¹ Los acuerdos de gestión por categoría han sido definidos como “acuerdos por los cuales, dentro de un acuerdo de distribución, el distribuidor confía al proveedor (el «capitán de categoría») la comercialización de una categoría de productos, incluyendo en general no sólo productos del proveedor, sino también productos de sus competidores. El capitán de categoría puede tener así una influencia sobre, por ejemplo, la ubicación del producto y su promoción en el establecimiento y la selección de productos para el establecimiento”. Comisión Europea, *Directrices relativas a las restricciones verticales* [2010] OJ C130/1, párrafo 209.

⁵² Comisión Europea, *Directrices relativas a las restricciones verticales* [2010] OJ C130/1, párrafo 211.

⁵³ Barak Orbach, *Hub-and-Spoke Conspiracies*, *The Antitrust Source* (abril 2016), p. 3 (“Under antitrust law, the characteristic that separates an unlawful conspiracy facilitated through vertical relationships from a lawful vertical agreement is proof of a horizontal “agreement” among competitors. In hub-and-spoke conspiracies, this agreement is the “rim” that connects the spokes. Without the rim, an alleged hub-and-spoke cartel is merely a set of vertical relationships (or restraints) that result in parallel conduct and does not establish a horizontal conspiracy”).

Si bien en el derecho estadounidense para sancionar una colusión *hub- and-spoke* es necesario acreditar la existencia de un vínculo colusorio entre competidores directos, es importante destacar que para tal efecto no se exigen comunicaciones directas entre éstos, sino que basta que existan contactos que se verifican indirectamente a través de las restricciones verticales. Como lo ha sostenido la American Bar Association:

“En algunos casos planteados bajo el artículo 1 [de la Sherman Act], los tribunales han encontrado la existencia de un acuerdo horizontal basado no en las comunicaciones entre competidores, sino que a través de un conjunto de acuerdos verticales entre cada competidor individual y un cliente o proveedor vertical común. Esto es lo que se conoce como la colusión ‘*hub- and-spoke*’⁵⁴.

En el derecho europeo, aunque de manera más exigente, se ha buscado el mismo propósito de no reprimir erradamente restricciones verticales a través de la doctrina de la “infracción única y continua” (*single and continuous infringement*)⁵⁵. Como expresan Faull y Nikpay:

“[L]os criterios para establecer una infracción única y continua son adecuados porque permiten la atribución a competidores (por ejemplo, distribuidores) de interacciones supuestamente independientes entre jugadores que no son competidores (por ejemplo, entre un proveedor y un distribuidor). Los criterios para establecer una infracción única y continua aseguran que solo cuando aquellas interacciones supuestamente independientes sean de hecho parte de un plan total, al cual todas las partes intencionalmente contribuyen y en que las partes están conscientes (o debieran estar conscientes) de la conducta de las otras partes, ello conllevará a la conclusión de prácticas concertadas en una situación *hub-and-spoke*. Estas son condiciones claramente circunscritas que aseguran que interacciones de negocios normales entre proveedores y distribuidores no necesitarán ser indebidamente reprimidas

⁵⁴ American Bar Association, *Antitrust Law Developments* (7ª ed., ABA, Chicago 2007), p. 20 (“In some Section 1 cases, courts have found the existence of a horizontal agreement based not on communications among competitors but rather through a series of vertical agreements between each individual competitor and a common vertical customer or supplier. This is known as the ‘hub-and-spoke conspiracy’”).

⁵⁵ La doctrina de la infracción única y continua (*single and continuous infringement*) desarrollada por la jurisprudencia europea postula que “sería artificial dividir una serie de actos o una conducta continua que forman parte de un plan total. Como queda claro del examen de su tipología, los carteles raramente se caracterizan por una única reunión en la cual el plan completo del cartel es redactado en un documento puro y simple. Más bien, los carteles usualmente consisten en un complejo arreglo de contactos colusivos durante un período extendido, cada uno de los cuales, a su manera, puede constituir una infracción al artículo 101” (“[...] it would be artificial to split a series of acts or a continuous conduct that form part of an overall plan. As is clear from the earlier examination of their typology, cartels are rarely, if ever, characterized by a single meeting at which the entire game-plan of the cartel is drawn up in one neat and simple document. Rather, cartels usually consist of a complex arrangement of collusive contacts over an extended period, each of which on its own may be an infringement of article 101”). Faull y Nikpay, n. 16, pp. 1227-1228.

para evitar ser parte de un cartel *hub-and-spoke*⁵⁶.

En el derecho europeo, la doctrina ha abordado los requisitos para sancionar una práctica semejante a una colusión *hub-and-spoke* en el contexto del intercambio de información indirecto, también denominado “coordinación A-B-C” o “intercambio de información A-B-C”. Odudu considera que el intercambio de información indirecto que se encuentra prohibido por el Derecho de la Competencia es un fenómeno de dos fases, cada una de las cuales presenta dos elementos. En una primera fase, que denomina A-B, hay: (a) un intercambio directo de información comercialmente sensible entre A (*spoke*) y B (*hub*), y (b) la información comercialmente sensible que ha sido directamente intercambiada se intenta que sea revelada a uno de los competidores de A. En una segunda fase, que denomina B-C: (a) B (*hub*) revela la información comercialmente sensible de A en discusiones con C (*spoke*), y (b) C, confiado en que la información revelada es fiable, actúa en base a ella⁵⁷.

En una formulación que parece menos formalista que la del derecho europeo, en EE.UU. la jurisprudencia ha adoptado una aproximación más generalista que considera que la conducta será sancionada en tanto restrinja la competencia. En palabras de la Corte de Apelaciones Federal del 9º Circuito en su reciente fallo en el caso *In re Musical Instruments & Equip. Antitrust Litig.*:

“El artículo 1 [de la Sherman Act] prohíbe los acuerdos que irrazonablemente restrinjan el comercio, sin importar la configuración que ellos tomen ni las etiquetas que nosotros les demos. Una colusión *hub-and-spoke* es simplemente una colección de acuerdos verticales y horizontales⁵⁸.”

En la misma línea que la jurisprudencia estadounidense, Posner plantea que los casos de colusión *hub-and-spoke*, en que un agente verticalmente relacionado o relaciones verticales concurren en función de hacer efectivo el cartel, pueden ser resueltos simplemente bajo las reglas aplicables a las colusiones horizontales.

“Los casos en que distribuidores se coluden para eliminar la competencia entre ellos y traen a un productor para hacer cumplir su cartel, o en que restricciones verticales son utilizadas para hacer cumplir un cartel

⁵⁶ Faull y Nikpay, n. 16, p. 225 (“[T]he criteria for establishing a single and continuous infringement are adequate in that they allow the attribution to competitors (eg distributors) of purportedly independent interactions between players that are not competitors (ie between a supplier and a distributor). The criteria for establishing a single and continuous infringement ensure that only where those purportedly independent interactions that are in fact part of an overall plan to which all parties intentionally contribute and where the parties are aware (or should be aware) of the other parties’ conduct will lead to a finding of a concerted practices in a hub-and-spoke situation. These are clearly circumscribed conditions that ensure that normal business interactions between suppliers and distributors will not need to be unduly stifled in order to avoid being part of a ‘hub-and-spoke’ cartel”).

⁵⁷ Odudu, n. 44, pp. 217-218.

⁵⁸ *In re Musical Instruments & Equip. Antitrust Litig.*, 798 F.3d 1186, [] (9th Cir. 2015) (“Section 1 prohibits agreements that unreasonably restrain trade, no matter the configuration they take or the labels we give them. A hub-and-spoke conspiracy is simply a collection of vertical and horizontal agreements”).

entre productores, pueden ser resueltos bajo las reglas convencionales aplicables a las colusiones horizontales de fijación de precios”⁵⁹.

En el mismo sentido, enfatizando la importancia del acuerdo horizontal, aunque mirando la situación desde el prisma de la conducta de los agentes verticalmente relacionados con los competidores directos que se coluden en un esquema *hub-and-spoke*, la Corte de Apelaciones Federal del 2º Circuito en su reciente fallo en el caso *United States v. Apple, Inc.*, expresó que en las colusiones *hub-and-spoke* no es necesario que los agentes verticalmente relacionados con los competidores directos que se coluden tengan conocimiento de la colusión o la hayan acordado.

“Una colusión horizontal puede utilizar acuerdos verticales para facilitar la coordinación sin que las otras partes en esos acuerdos tengan conocimiento acerca de los objetivos de la colusión horizontal o la hayan acordado”⁶⁰.

Este criterio relativo a que el acuerdo o práctica concertada horizontal es lo determinante, también fue considerado por nuestro Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en su sentencia en el caso *FNE contra Farmacias Ahumada S.A. y otros*, en que expresó que “la conducta denunciada en el requerimiento es la colusión de las cadenas de farmacias para subir los precios a público de medicamentos, y no una colusión entre laboratorios”, a pesar de que se indicó que los laboratorios “habrían actuado como coordinadores, comisarios e incluso implementadores del cartel denunciado”⁶¹.

⁵⁹ Richard Posner, “The Next Step in the Antitrust Treatment of Restricted Distribution: Per Se Legality”, 48 University of Chicago Law Review 6, 22 (1981) (“[C]ases in which dealers or distributors collude to eliminate competition among themselves and bring in the manufacturer to enforce their cartel, or in which vertical restrictions are used to enforce a cartel among manufacturers, can be dealt with under the conventional rules applicable to horizontal price-fixing conspiracies”).

⁶⁰ *United States v. Apple, Inc.*, 791 F.3d 290, [] (2d Cir. 2015) (“A horizontal conspiracy can use vertical agreements to facilitate coordination without the other parties to those agreements knowing about, or agreeing to, the horizontal conspiracy’s goals”).

⁶¹ Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, *FNE contra Farmacias Ahumada S.A. y otros*, Rol C 184-2008, Nº 119/2012, C. 17º (“Que, en cuanto a la excepción perentoria de “legitimidad pasiva incompleta” alegada por Cruz Verde en su contestación y fundada en que -a su juicio- no habría ninguna lógica en no haber requerido a los laboratorios, que habrían actuado como coordinadores, comisarios e incluso implementadores del cartel denunciado, este Tribunal estima que el hecho de que pueda haber otras personas que hayan cometido también infracciones a la libre competencia, relacionadas o no con la acusación de autos, no impide en modo alguno que pueda imputarse a las requeridas la comisión de conductas anticompetitivas y ejercitar una pretensión sancionatoria en su contra. Así, la conducta denunciada en el requerimiento es la colusión de las cadenas de farmacias para subir los precios a público de medicamentos, y no una colusión entre laboratorios. Lo que se indica respecto de laboratorios es que habrían cooperado en la comisión de dicho ilícito o cometido algún otro, sin que la Fiscalía haya ejercido una acción sancionatoria a su respecto, cuestión que no importa obstáculo alguno para el ejercicio del deber inexcusable que tiene este Tribunal de juzgar las cuestiones que se someten a su conocimiento en el ámbito de su jurisdicción”). En el mismo sentido, *vid. C. 44º* (...“Lo anterior, toda vez que en dichas sentencias se analizaron acusaciones de atentados contra la libre competencia por parte de laboratorios relacionados con medicamentos específicos -en los que la sustitución sí era una amenaza relevante para cada actor del mercado- y no, como en el caso de autos, una conducta concertada entre las principales distribuidores minoristas para subir el precio de venta a público de un conjunto de medicamentos...”).

Por el contrario, para el caso que se pretendiera sancionar a los agentes verticalmente relacionados con los competidores directos que se coluden bajo un esquema *hub-and-spoke*, entonces sí que sería necesario acreditar su conocimiento de la colusión horizontal o su participación en ella⁶².

El vínculo entre competidores directos en el contexto de una colusión *hub-and-spoke* puede ser acreditado tanto a través de prueba directa como prueba indirecta o circunstancial⁶³. Lo importante, tal como lo expresó la Corte Suprema de EE.UU. en su fallo en el caso *Monsanto Co. v. Spray-Rite Service Corp.*, es que:

“El estándar correcto es que debe existir evidencia que tienda a excluir la posibilidad de actuación independiente por [las demandadas de colusión]. Esto es, debe existir prueba directa o circunstancial que razonablemente tienda a probar que [las demandadas] tuvieron un compromiso consciente para un esquema común diseñado a lograr un objetivo ilegal”⁶⁴.

En el ámbito de la prueba indirecta o circunstancial, se aplica la denominada teoría de los factores adicionales (*plus factors*) desarrollada en el derecho estadounidense y que se ha exportado a las jurisdicciones con mayor tradición en el Derecho de la Competencia, incluida la chilena.

⁶² En la sentencia de primera instancia del caso *United States v. Apple, Inc.*, 952 F. Supp. 2d 638 (2013) se expresa: “Cuando un actor vertical está imputado de haber participado en un acuerdo horizontal ilegal, los demandantes deben demostrar que la colusión horizontal existió y que el competidor vertical fue un participante con conocimiento de dicho acuerdo y facilitó el esquema” (“Where a vertical actor is alleged to have participated in an unlawful horizontal agreement, plaintiffs must demonstrate both that a horizontal conspiracy existed, and that the vertical player was a knowing participant in that agreement and facilitated the scheme”).

⁶³ En esta misma línea, nuestra Corte Suprema ha reconocido que “el acuerdo colusorio entre agentes económicos puede ser acreditado tanto por prueba directa como indirecta”. Véase Corte Suprema, *FNE contra Asociación Gremial de Ginecólogos Obstetras de la Provincia de Ñuble y otros*, Rol 5609-2015, Sentencia de 7 de enero de 2016, C. 9°. En el mismo sentido, Corte Suprema, *FNE contra Agrícola Agrosuper S.A. y otros*, Rol 27181-2014, Sentencia de 29 de septiembre de 2015, C. 43° (“En conclusión, el acuerdo colusorio entre agentes económicos puede ser acreditado por prueba directa o indirecta”). Nuestro Tribunal de Defensa de la Libre Competencia también ha adherido a este criterio; *vid.* Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, *FNE contra Servicios Pullman Bus Costa Central S.A.*, Rol C 224-2011, Sentencia N° 133/2014, C. 152° (“[Debe señalarse que, en general, un acuerdo entre competidores puede ser acreditado por prueba directa o indirecta, conforme lo establece el artículo 22 inciso segundo del D.L. N° 211. La prueba directa corresponde a toda clase de antecedentes que sean explícitos y que no requieran de inferencias para establecer la proposición o conclusión que se sostiene, como lo puede ser el reconocimiento de una parte (sin perjuicio que respecto de los demás acusados, tenga el valor probatorio de prueba testimonial), o bien la existencia de documentos donde consten nitidamente los términos del acuerdo, cuestión esta última que difícilmente ocurrirá, atendida la naturaleza típicamente clandestina de los acuerdos colusorios. La prueba indirecta, en cambio, es aquella que, sin probar directamente el hecho que se pretende, permite igualmente tener por acreditado dicho hecho mediante inferencias, de lo que se sigue que es perfectamente posible acreditar una colusión valiéndose únicamente de prueba indirecta o de presunciones que lleven inequívocamente a esa conclusión...”). En el mismo sentido, Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, *FNE contra Servicios Pullman Bus Costa Central y otros*, Rol C 234-2011, Sentencia N° 136/2014, C. 61°.

⁶⁴ *Monsanto Co. v. Spray-Rite Service Corp.*, 465 U.S. 752, 768 (1984) (“The correct standard is that there must be evidence that tends to exclude the possibility of independent action by the [defendants]. That is, there must be direct or circumstantial evidence that reasonably tends to prove that the [defendants] had a conscious commitment to a common scheme designed to achieve an unlawful objective”).

En la teoría de los factores adicionales el punto de partida es una conducta paralela entre los competidores directos, esto es, una actuación similar o coincidente entre ellos. En el marco de las colusiones *hub-and-spoke*, la conducta paralela usualmente consistirá en el hecho que las relaciones verticales que se aprecian en el esquema son similares o coincidentes; por ejemplo, un proveedor ha acordado una práctica de fijación o sugerencia de precios mínimos de reventa con cada uno de sus distribuidores.

Dicha conducta paralela, en principio, sería lícita, salvo que infrinja las reglas relativas a las restricciones verticales a la competencia. Sin embargo, antecedentes o factores adicionales a la conducta paralela pueden permitir inferir que, en realidad, se está en presencia de un acuerdo o práctica concertada entre competidores directos, de carácter anticompetitivo.

b) Clasificación de la prueba indirecta, apreciación holística de los indicios y el estándar de prueba aplicable⁶⁵

Como cuestión previa al análisis de la teoría de los factores adicionales en el contexto de una colusión *hub-and-spoke*, es necesario explicar la manera en la que se clasifica la prueba indirecta en el Derecho de la Competencia, y la forma como se valoran los antecedentes aportados por las partes.

En un fallo que se ha transformado en una referencia ineludible en la materia, *In re High Fructose Corn Syrup Antitrust Litigation*, el juez Posner señaló que la prueba indiciaria en los casos de colusión es de dos tipos: económica (*economic*) y no-económica (*non-economic*)⁶⁶. En términos generales, la prueba es útil para el demandante si tiende a excluir la posibilidad de acción independiente de parte de los demandados conforme al estándar determinado por la Corte Suprema de EE.UU. en el caso *Monsanto Co. v. Spray-Rite Service Corp.*⁶⁷. Como la propia Corte Suprema aclaró posteriormente en el caso *Matsushita Elec. Indus. Co. v. Zenith Radio Corp.*, los demandantes deben probar que la inferencia de colusión es razonable al compararla con la inferencia alternativa de acción independiente⁶⁸.

⁶⁵ En esta sección y en la siguiente nos hemos basado en lo planteado en Jorge Grunberg y Santiago Montt, *Informe en Derecho Prueba de la Colusión* (Centro de Regulación y Competencia de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2010), pp. 71-95.

⁶⁶ *In re High Fructose Corn Syrup Antitrust Litigation*, 295 F.3d 650, 655 (7th Cir. 2002): “The evidence upon which a plaintiff will rely will usually be and in this case is of two types -economic evidence suggesting that the defendants were not in fact competing, and noneconomic evidence suggesting that they were not competing because they had agreed not to compete”. [“La evidencia en base a la cual un demandante se basará usualmente será -y en este caso lo es- de dos tipos: prueba económica que sugiere que los demandados no estaban de hecho compitiendo, y prueba no-económica que sugiere que no estaban compitiendo, porque habían acordado no competir”].

⁶⁷ *Monsanto Co. v. Spray-Rite Service Corp.*, 465 U.S. 752, 768 (1984).

⁶⁸ *Matsushita Elec. Indus. Co. v. Zenith Radio Corp.*, 475 U.S. 574, 588 (1986) (“[T]he inference of conspiracy is [must be] reasonable in light of the competing inferences of independent action or collusive action that could not have harmed respondents”). Por el contrario, “conduct as consistent with permissible competition as with illegal conspiracy does not, standing alone, support an inference of antitrust conspiracy” (id.).

En la prueba económica, el conocimiento científico permite inferir que el nivel de competencia o rivalidad entre los demandados es bajo o nulo. La prueba económica puede ser de dos tipos: (a) prueba relativa a la estructura del mercado, y (b) prueba relativa a ciertas conductas o comportamientos que no parecen compatibles con la competencia⁶⁹.

En cuanto a su valor probatorio, en la mayoría de los casos la prueba económica, en particular la estructural, no es suficiente para lograr la convicción del juzgador conforme al estándar de prueba aplicable⁷⁰. Pero, según veremos, esto no debe llevar a su exclusión o no valoración, porque tales indicios sí permitirán al juez, al ponderar todos los indicios en conjunto, concluir que la colusión es, conforme al estándar de prueba que corresponda, calificadamente más probable que el fenómeno del paralelismo consciente.

Por su parte, la prueba no-económica es aquella que permite inferir que la falta de competencia entre los demandados es consecuencia causal de un acuerdo de no-competir⁷¹. Esta prueba no-económica es la que habitualmente permite a un tribunal completar el proceso de convicción en el sentido de que los demandados acordaron reducir la rivalidad en los términos prohibidos por el Derecho de la Competencia.

Enseguida, en cuanto a la forma de apreciación de la prueba indirecta, tanto la práctica comparada como la chilena demuestran que los acusados de colusión frecuentemente argumentan que los tribunales deben evaluar los indicios uno a uno, de forma que si alguno, varios o todos ellos no permiten concluir la existencia de colusión, entonces el tribunal debiera rechazar la demanda o requerimiento de colusión.

Sin embargo, tal argumento ha sido rechazado en distintas latitudes y hoy existe un relativo consenso respecto de que la prueba indirecta debe analizarse “colectiva y holísticamente”⁷².

En efecto, en la Unión Europea, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en el caso *Nederlandse Federatieve*, sostuvo que los indicios deben ser “tomados en conjunto” (*taken together*)⁷³. Antes, en el caso *Dyestuffs*, el tribunal ya había señalado también que:

⁶⁹ *In re High Fructose Corn Syrup Antitrust Litigation*, 295 F.3d 650, 655 (7th Cir. 2002).

⁷⁰ *Vid.* John Fingleton, Marie-Barbe Girard y Simon Williams, “The fight against cartels: is a mixed approach to enforcement the answer?”, en *Annual Proceedings of the Fordham Competition Law Institute* (Juris Publishing, Inc., Nueva York 2007), p. 10 (“Ultimately, economic analysis alone can only give hints as to which industries might be prone to cartelisation, and this will rarely pass the threshold for opening a formal investigation”).

⁷¹ *In re High Fructose Corn Syrup Antitrust Litigation*, 295 F.3d 650, 655 (7th Cir. 2002).

⁷² *In re Flat Glass Antitrust Litigation*, 385 F.3d 350, 368 (3d Cir. 2004) (“And viewed collectively and holistically, there is evidence tending to show that PPG was a party to an agreement to raise the price of flat glass on three occasions”).

⁷³ *Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied v. Commission*, Caso C-105/04 P, ¶ 94 (“The Court has already held that in most cases the existence of an anti-competitive practice or agreement must be inferred from a number of coincidences and indicia which, taken together, may, in the absence of another plausible explanation, constitute evidence of an infringement of the competition rules”). *Vid. también*, *Aalborg Portland A/S v. Commission*, Casos C-204, 205, 211, 213, 217, y 219/00 P, ¶ 57.

“La pregunta de si hubo una acción concertada en este caso sólo puede ser correctamente determinada si la prueba en la que la decisión recurrida se basa no es considerada en forma aislada, *sino que como un todo*, siendo tomadas en cuenta las características específicas de los productos en cuestión”⁷⁴.

En Estados Unidos, la valoración de la prueba indirecta en su conjunto, y no una a una, es un tema que no merece duda. En *Matsushita*, la Corte Suprema estableció que los tribunales deben considerar el “expediente en su totalidad” (*the record taken as a whole*)⁷⁵. Klevorick y Kohler-Hausmann resumen el estándar norteamericano establecido por la Corte Suprema en *Matsushita*:

“La prueba debe ser evaluada como un todo y el tribunal debe considerar todas las posibles inferencias razonables que puedan ser derivadas de dicha prueba. El tribunal debe sopesar en forma comparativa las inferencias propuestas por el demandante que indican colusión y las inferencias ofrecidas por los demandados que indican una conducta legal e independiente. Finalmente, el tribunal debe determinar cuál es la versión más probable”⁷⁶.

El juez Posner, en el ya citado caso *In re High Fructose Corn Syrup Antitrust Litigation*, señaló que la prueba indiciaria debe ser calificada en su conjunto⁷⁷. Más aún, se pronunció enfáticamente -calificando la posición contraria como una *trampa*- en el sentido de que es perfectamente posible concluir *holísticamente* que hay colusión cuando los indicios separadamente no son concluyentes:

⁷⁴ *Imperial Chemical Industries Ltd. v Commission of the European Communities*, Caso 48/69 [1972] ECR 619, [1972] CMLR 557, ¶ 68 (“[T]he question whether there was a concerted action in this case can only be correctly determined if the evidence upon which the contested decision is based is considered, not in isolation, *but as a whole*, account being taken of the specific features of the products in question”).

⁷⁵ *Matsushita Elec. Indus. Co. v. Zenith Radio Corp.*, 475 U.S. 574, 587 (1986). El contexto procesal es *summary judgement*. En Estados Unidos el evaluador de los hechos es el jurado. Pero el tribunal, si la evidencia no permite que personas razonables puedan concluir que hay colusión, falla el caso de plano, sin enviarlo al jurado, en favor de los demandados. Dicha evaluación del tribunal debe hacerse considerando el expediente en su totalidad. Si pasa al jurado, éste es soberano para decidir los hechos sobre los cuales se forme convicción.

⁷⁶ Alvin K. Klevorick e Issa B. Kohler-Hausmann, “The Plausibility of Twombly: Proving Horizontal Agreements After Twombly”, en Einer Elhauge (ed.), *Research Handbook on the Economics of Antitrust Law* (Edward Elgar, Norhampton 2012), p. 219 (“[T]he evidence must be evaluated as a whole, and the court must consider all possible reasonable inferences that could be drawn from such evidence. The court must comparatively weigh the competing inferences proposed by the plaintiff indicating conspiracy and the reasonable inferences offered by defendants indicating lawful, independent conduct, and the court must determine which is the more likely account”). A nivel de Cortes de Apelaciones Federales, *vid. por ejemplo, Blomkest Fertilizer, Inc. v. Potash Corp. of Sask.*, 203 F.3d 1028, 1033 (8th Cir. 2000) (“all evidence”), *Merck-Medco Managed Care, LLC v. Rite Aid Corp.*, 201 F.3d 436, 1999 U.S. App. LEXIS 21487 (4th Cir. 1999) (“[a]ll of the evidence viewed together”).

⁷⁷ *In re High Fructose Corn Syrup Antitrust Litigation*, 295 F.3d 651, 661 (7th Cir. 2002): [N]o single piece of the evidence that we’re about to summarize is sufficient in itself to prove a price-fixing conspiracy. But that is not the question. The question is simply whether this evidence, considered as a whole and in combination with the economic evidence, is sufficient to defeat summary judgment.

“La segunda trampa a ser evitada cuando se evalúa la prueba relativa a colusión al momento de resolver un incidente *cuasi-liminar* presentado por los demandados [*motion for summary judgment*] es suponer que si ninguna de las pruebas presentadas por el demandante conduce inequívocamente a una colusión, entonces la prueba en su conjunto no es susceptible para superar la etapa del incidente *cuasi-liminar* [*summary judgment*]... La pregunta para el jurado en un caso como éste es simplemente si, al ser considerada la prueba en su conjunto, resulta más probable que los demandados se hubiesen coludido para fijar precios que lo contrario”⁷⁸.

En Chile, la doctrina que hemos expuesto aparece con toda claridad en el fallo de nuestra Corte Suprema en el caso *Fiscalía Nacional Económica contra Farmacias Ahumada y otras*:

“El acuerdo de colusión en el caso de autos se encuentra acreditado de manera concluyente. En efecto, **el conjunto** de los antecedentes, elementos de juicio o circunstancias que obran en autos llevan a sentar inequívocamente que se formó y ejecutó un acuerdo de voluntades destinado a fijar precios”⁷⁹.

Por su parte, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, en el mismo caso, también se pronunció a favor de la tesis de la valoración *holística*:

“Que los indicios analizados en las consideraciones nonagésimo quinta a centésimo vigésimo séptima precedentes, **apreciados de acuerdo con las normas de la sana crítica en conjunto con el resto de la evidencia** de movimiento de precios, documental, confesional y testimonial referida, constituyen una prueba adicional de que las tres cadenas de farmacias se coordinaron para alzar el precio de venta a público de medicamentos, utilizando, mayoritariamente, el mecanismo colusivo denominado “1-2-3”, en el que Salcobrand generalmente era el primero en subir el respectivo listado de precios y luego era seguido por las otras dos requeridas, la mitad de las veces primero por CV, en la otra mitad primero por FASA, patrón que se veía reflejado en el mercado en tres o cuatro días”⁸⁰.

⁷⁸ *In re High Fructose Corn Syrup Antitrust Litigation*, 295 F.3d 651, 655-656 (7th Cir. 2002) (“The second trap to be avoided in evaluating evidence of an antitrust conspiracy for purposes of ruling on the defendants’ motion for summary judgment is to suppose that if no single item of evidence presented by the plaintiff points unequivocally to conspiracy, the evidence as a whole cannot defeat summary judgment... The question for the jury in a case such as this would simply be whether, when the evidence was considered as a whole, it was more likely that the defendants had conspired to fix prices than that they had not conspired to fix prices”). *Vid. también*, *In re Flat Glass Antitrust Litigation*, 385 F. 3d 350, 368 (3d Cir. 2004).

⁷⁹ Corte Suprema, *FNE contra Farmacias Ahumada S.A. y otros*, Rol 2578-2012, Sentencia de 7 de septiembre de 2012, C. 80º (énfasis agregado).

⁸⁰ Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, *FNE contra Farmacias Ahumada S.A. y otros*, Rol C 184-2008, Sentencia N° 119/2012, C. 128º (énfasis agregado).

En definitiva, la prueba indirecta, incluyendo los antecedentes económicos y no-económicos existentes en el proceso, debe ser calificada en su totalidad y no conforme a la trampa del “antecedente-por-antecedente”. El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y la Corte Suprema deben evaluar colectiva y holísticamente la prueba indiciaria, y así determinar qué hipótesis es más factible conforme al estándar de prueba exigible en esta sede: si la colusión o el paralelismo consciente.

En relación con el estándar probatorio exigido en materia de libre competencia, nuestra Corte Suprema en reciente jurisprudencia expresó que para sancionar una colusión se requiere “la existencia de una prueba clara y concluyente”⁸¹. El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia ha adherido a dicho estándar señalando que “entiende que dicho estándar, para poder formar la convicción de este tribunal, exige tener más que simplemente una mayor probabilidad, pero sin exigir un nivel de certeza ‘más allá de toda duda razonable’, como se exigiría en materia penal”⁸².

Sin embargo, para los efectos de un caso de colusión, es importante destacar que la propia Corte Suprema ha aclarado que dicha prueba “debe ponderarse teniendo a la vista las evidentes dificultades probatorias que se enfrentan al momento de acreditar un ilícito de esta naturaleza que se ejecuta en la clandestinidad, procurando los agentes económicos, en la generalidad de los casos, adoptar resguardos para impedir que la conducta anticompetitiva salga a la luz”⁸³.

⁸¹ Corte Suprema, *FNE contra Farmacias Ahumada S.A. y otros*, Rol 2578-2012, Sentencia de 7 de septiembre de 2012, C. 11° ([E]l grado de convicción que ha requerido esta Corte para sancionar un caso de colusión es la existencia de una prueba clara y concluyente, lo cual deriva de la naturaleza de la sanción y su trascendencia concreta, como la que se prolongará en el mercado y que podrá determinar la conducta de los consumidores”). En el mismo sentido, Corte Suprema, *FNE contra Agrícola Agrosuper S.A. y otros*, Rol 27181-2014, Sentencia de 29 de septiembre de 2015, C. 43° (“[C]abe recordar que el grado de convicción que ha sido requerido por esta Corte para sancionar un ilícito de esta clase [de colusión] es la existencia de una prueba clara y concluyente”).

⁸² Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, *FNE contra Servicios Pullman Bus Costa Central y otros*, Rol C 234-2011, Sentencia N° 136/2014, C. 70° (“Que si bien la Excm. Corte Suprema no definió de manera categórica el estándar que ella califica como ‘de prueba clara y concluyente’, este tribunal entiende que dicho estándar, para poder formar la convicción de este tribunal, exige tener más que simplemente una mayor probabilidad, pero sin exigir un nivel de certeza ‘más allá de toda duda razonable’, como se exigiría en materia penal”). En el mismo sentido, Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, *FNE contra Asociación Gremial de Ginecólogos Obstetras de la Provincia de Ñuble y otros*, Rol C 265-2013, Sentencia N° 145/2015, C. 12° (“Que ha quedado establecida, entonces, de manera clara y concluyente, la existencia de un acuerdo en el presente caso, esto es, la presencia de una voluntad común de actuación en el mercado que ha suprimido a la toma de decisiones de manera individual”).

⁸³ Corte Suprema, *FNE contra Asfaltos Chilenos S.A. y otros*, Rol 5128-2016, Sentencia de 12 de octubre de 2016, C. 9° (“El grado de convicción que ha requerido esta Corte para sancionar un caso de colusión es la existencia de una prueba clara y concluyente, la que sin embargo debe ponderarse teniendo a la vista las evidentes dificultades probatorias que se enfrentan al momento de acreditar un ilícito de esta naturaleza que se ejecuta en la clandestinidad, procurando los agentes económicos, en la generalidad de los casos, adoptar resguardos para impedir que la conducta anticompetitiva salga a la luz”).

c) **Los factores adicionales que permiten inferir la existencia de un acuerdo o práctica concertada entre competidores directos**

Cuando no existe prueba directa del acuerdo o práctica concertada, los tribunales enfrentan la difícil tarea de inferir, a partir del conjunto de indicios existentes en el expediente, si la colusión es calificadamente más probable que el paralelismo. La sola prueba del paralelismo no es suficiente, porque dicho paralelismo es consistente tanto con la hipótesis de colusión como con la de interdependencia oligopolística o incluso de competencia “perfecta”⁸⁴.

Dado este escenario, el Derecho Comparado ha desarrollado la teoría de los factores adicionales⁸⁵. Conforme a esta teoría, los demandantes deben ofrecer factores de hecho “adicionales” al mero paralelismo, que tiendan a excluir la posibilidad de actuación no-colusiva⁸⁶.

Ahora bien, no existe un catálogo exhaustivo de los factores adicionales⁸⁷. Cada caso presentará hechos y circunstancias particulares que, tanto desde un punto de vista económico como no-económico, podrán o no ser considerados por los tribunales como factores adicionales. En los párrafos que siguen, nos referiremos a algunos de los antecedentes que han sido recurrentemente considerados como factores adicionales por los tribunales de la competencia, tanto en el extranjero como en Chile⁸⁸.

⁸⁴ *In re Insurance Brokerage Antitrust Litigation*, 2010 U.S. App. LEXIS 17107 *54-55 (2010) (“Plaintiffs relying on circumstantial evidence of an agreement must make a showing at both stages (with well-pled allegations and evidence of record, respectively) of ‘something more than merely parallel behavior’”).

⁸⁵ La teoría de los factores adicionales es un desarrollo jurisprudencial norteamericano que tiene su origen en el caso de 1952, *C-O-Two Fire Equip. Co. v. United States*, 197 F.2d 489, 493 (9th Cir. 1952).

⁸⁶ *Vid.* Klevorick y Kohler-Hausmann, n. 76, p. 227 (“[Plaintiffs] must come forward with plus factors that raise the probability of an inference of conspiracy above the likelihood implied by evidence of mere parallel behavior by defendants”). *Vid.* *Apex Oil Co. v. Di Mauro*, 822 F.2d 246, 253-254 (2d Cir. 1987) (“Since mere parallel behavior can be consistent with independent conduct, courts have held that a plaintiff must show the existence of additional circumstances, often referred to as ‘plus’ factors, which, when viewed in conjunction with the parallel acts, can serve to allow a fact-finder to infer a conspiracy”). *Vid. también*, *Keith Hylton, Antitrust Law: Economic Theory and Common Law Evolution* (Cambridge University Press, Cambridge 2003), p. 141 (“Generally, the plus factor is some set of facts or circumstances that suggests that the defendants were not acting independently”). En forma algo circular, Phillip Areeada, Louis Kaplow y Aaron Edlin, *Antitrust Analysis. Problems, Text and Cases*, (6ª ed., Aspen Publishers, New York 2004), p. 227, definen los factores adicionales en los siguientes términos: “The other facts that serve to transform parallelism into conspiracy (or that allow a jury to do so) are often characterized as «plus factors»”.

⁸⁷ Como afirma el tribunal en *Williamson Oil Company Inc v. Philip Morris Usa Rj*, 346 F.3d 1287, 1301 (11th Cir. 2003) (“Although our case law has identified some specific factors... any showing by appellants that ‘tend[s] to exclude the possibility of independent action’ can qualify as a ‘plus factor’”).

⁸⁸ Existen diversas formas de clasificar o enumerar los factores adicionales. Seguimos aquí la lista y orden propuesto por American Bar Association, *Proof of Conspiracy under Federal Antitrust Laws* (ABA, Chicago 2010), pp. 69-91. Otros autores, como Darryl Snider e Irving Scher, “Conscious Parallelism or Conspiracy?”, American Bar Association, *Issues in Competition Law and Policy* (ABA, Chicago 2008), T. II, p. 1155, clasifican los “plus factors” en sólo tres grupos: actions by the defendant contrary to its individual economic interests; (2) meetings or exchanges of information concerning the challenged conduct in advance of, and sufficiently close in time to, the parallel behavior; and (3) evidence that the defendant had a motive to enter into a conspiracy.

i. *Acciones en contra del interés propio independiente del demandado*

Cuando los agentes económicos compiten en mercados perfectos o casi perfectos, toman sus decisiones y llevan a cabo sus acciones en forma independiente y en beneficio de intereses que también son independientes. Los sujetos económicos son racionales y sus acciones pretenden ser eficientes, por lo que puede asumirse judicialmente, con plena confianza, que en situación de competencia sus acciones favorecen sus intereses y no se autoperjudican⁸⁹.

Por ello, como señalan Snider y Scher, “una conducta que sería irracional si fuera realizada por un actor individual no cartelizado, y que únicamente haría sentido económico si fuera adoptada en el caso de existir un acuerdo, puede constituir un factor adicional”⁹⁰. O, como explica una Corte de Apelaciones Federal estadounidense:

“Prueba de que el demandado actuó en forma contraria a sus intereses significa prueba de una conducta que sería irracional asumiendo que el demandado operaba en un mercado competitivo. En una industria competitiva, por ejemplo, una firma bajaría su precio con la expectativa de aumentar su participación de mercado si sus competidores hubieran establecido sus precios por sobre los costos marginales”⁹¹.

Este tipo de evidencia —particularmente cuando va más allá de la mera interdependencia oligopolística⁹²— es, de hecho, uno de los factores adicionales más persuasivos⁹³.

Un ejemplo típico de este factor adicional en la jurisprudencia estadounidense ha sido el caso en que el demandado ha fallado en responder racionalmente a un cambio en las condiciones de la demanda, llevando a cabo un alza en los precios

⁸⁹ Este supuesto dio lugar a la famosa “mano invisible” planteada por Adam Smith.

⁹⁰ Snider y Scher, n. 88, p. 1156 (“Courts have declared that conduct that would be irrational if engaged in by a nonconspiring individual actor, and that would make economic sense only if engaged in on a joint basis, can constitute a plus factor”).

⁹¹ *In re Flat Glass Antitrust Litigation*, 385 F.3d 350, 360-361 (3d Cir.2004) (“Evidence that the defendant acted contrary to its interests means evidence of conduct that would be irrational assuming that the defendant operated in a competitive market. In a competitive industry, for example, a firm would cut its price with the hope of increasing its market share if its competitors were setting prices above marginal costs”).

⁹² Muchas veces no pasa de ese nivel. Así lo reconoció la Corte en *In re Flat Glass Antitrust Litigation*, 385 F.3d 350, 360 (3d Cir.2004) (“In the context of parallel pricing, the first two factors [(1) evidence that the defendant had a motive to enter into a price fixing conspiracy; evidence that the defendant acted contrary to its interests] largely restate the phenomenon of interdependence”).

⁹³ *Vid.* American Bar Association, n. 88, p. 70 (“Such evidence has been described as perhaps the «strongest plus factor indicative of a conspiracy»”).

frente a una demanda lenta o a la baja⁹⁴. Otro ejemplo destacado ocurrió en un caso en el que, en una industria con capacidad ociosa, productores-competidores se compraban el producto entre ellos con el objeto de proveer a sus respectivos clientes en lugar de aumentar su propia producción (y adquirir el producto a un costo comparativamente inferior)⁹⁵.

ii. *La existencia de un motivo racional para coludirse*

Bajo el mismo supuesto de que los agentes actúan en los mercados favoreciendo su propio interés, puede ocurrir que les resulte beneficioso actuar en forma coordinada. Dicha coordinación puede ser tanto en la forma de interdependencia oligopolística como de colusión.

Tratándose de un mercado con pocos actores, siempre hay un motivo racional para coludirse: obtener rentas supracompetitivas. Este requisito suele contribuir al proceso de adjudicación en el caso de esquemas colusorios *hub-and-spoke* o que incluyen elementos verticales, al modo en que lo describió la Corte Suprema de EE.UU. en su fallo *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.*:

“Las restricciones verticales de precios también pueden ser usadas para organizar carteles en el ámbito del retail. Un grupo de retailers puede coludirse para fijar precios a los consumidores y luego obligar a un proveedor a ayudar en el acuerdo ilegal. En esa instancia el proveedor no establece la práctica para estimular servicios o para promover su marca, sino que para regalar utilidades más altas a los retailers ineficientes. Aquellos retailers con mejores sistemas de distribución y

⁹⁴ *Vid. American Tobacco Co. v. United States*, 328 U.S. 781, 804-805 (1946): The following record of price changes is circumstantial evidence of the existence of a conspiracy and of a power and intent to exclude competition coming from cheaper grade cigarettes. During the two years preceding June, 1931, the petitioners produced 90% of the total cigarette production in the United States. In that month tobacco farmers were receiving the lowest prices for their crops since 1905. The costs to the petitioners for tobacco leaf, therefore, were lower than usual during the past 25 years, and their manufacturing costs had been declining. It was one of the worst years of financial and economic depression in the history of the country. On June 23, 1931, Reynolds, without previous notification or warning to the trade or public, raised the list price of Camel cigarettes, constituting its leading cigarette brand, from \$6.40 to \$6.85 a thousand. The same day, American increased the list price for Lucky Strike cigarettes, its leading brand, and Liggett the price for Chesterfield cigarettes, its leading brand, to the identical price of \$6.85 a thousand. No economic justification for this raise was demonstrated.

⁹⁵ *Vid. In re High Fructose Corn Syrup Antitrust Litigation*, 295 F.3d 650, 659 (7th Cir. 2002): There is evidence that defendants bought HFCS [high fructose corn syrup] from one another even when the defendant doing the buying could have produced the amount bought at a lower cost than the purchase price. There is nothing suspicious about a firm's occasionally buying from a competitor to supply a customer whom the firm for one reason or another can't at the moment supply. The firm would rather buy from a competitor to supply its customer than tell the customer to buy from the competitor, lest the customer never return. But if the firm could supply its customer (remember there was a lot of excess capacity in the HFCS industry during the period of the alleged conspiracy) and at a lower cost than its competitor would charge, why would it buy from the competitor rather than expanding its own production?

estructuras de costo más bajas estarían impedidos de cobrar precios más bajos por el acuerdo”⁹⁶.

Se ha señalado que la existencia de un motivo racional para actuar coordinada o colusivamente en general no es suficiente para ser un factor adicional que por sí solo sirva para dar por acreditado un acuerdo colusorio. En realidad, el rol que cumpliría este factor es el servir de un elemento para testear la plausibilidad de la alegación de colusión⁹⁷.

Cabe señalar que en la jurisprudencia nacional la Corte Suprema consideró esta situación como un factor adicional en el caso *FNE contra Farmacias Ahumada S.A. y otros*, en el cual el motivo racional para coludirse consistió en recuperar las pérdidas que tuvieron lugar para las empresas farmacéuticas con motivo de una anterior guerra de precios:

“Es así como se concordó por las empresas investigadas obtener beneficios, con motivo de un alza concertada de precios, en perjuicio de los consumidores, pretendiendo con ello recuperar las pérdidas sufridas con motivo de la guerra de precios que había precedido a estos hechos”⁹⁸.

Asimismo, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia consideró esta situación como un factor adicional en el caso *Oxígeno Medicinal* (posteriormente revocado por la Corte Suprema):

“Que, en síntesis, dado lo expuesto y habiéndose acreditado que el éxito de la licitación de Cenabast implicaba transparentar un mercado sumamente opaco, como en definitiva ocurrió, los incentivos reales de Indura, y también los de AGA y Air Liquide, eran que la licitación fallara (...). En consecuencia, si bien es cierto que la licitación abarcaba un pequeño porcentaje del mercado, una licitación exitosa amenazaba la política de precios para una parte importante del mercado del oxígeno, lo que constituye otro indicio apto para establecer la

⁹⁶ Corte Suprema de EE.UU., *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.* 551 U. S. 877, 893 (2007): “Vertical price restraints also might be used to organize cartels at the retailer level. A group of retailers might collude to fix prices to consumers and then compel a manufacturer to aid the unlawful arrangement with resale price maintenance. In that instance the manufacturer does not establish the practice to stimulate services or to promote its brand but to give inefficient retailers higher profits. Retailers with better distribution systems and lower cost structures would be prevented from charging lower prices by the agreement”.

⁹⁷ *Vid.* William E. Kovacic, “The Identification and Proof of Horizontal Agreements Under the Antitrust Laws”, 38 *Antitrust Bull.* 5, 37 (1993) (“The combination of parallel behavior and a motive to conspire ordinarily is insufficient, without more, to support an inference of agreement. The motive-to-conspire chiefly has served an important screening function”). En el mismo sentido, *vid.* American Bar Association, n. 88, p. 74 (“This factor is another way of testing the plausibility of the plaintiffs’ conspiracy allegations and is rarely the sole plus factor supporting a finding of conspiracy”).

⁹⁸ Corte Suprema, *FNE contra Farmacias Ahumada S.A. y otros*, Rol 2578-2012, Sentencia de 7 de septiembre de 2012, C. 76°.

existencia de una práctica concertada entre las requeridas”⁹⁹.

iii. La oportunidad para coludirse

Otro elemento que usualmente es planteado como un factor adicional por los demandantes en casos de colusión es la oportunidad para coludirse, lo cual, normalmente, se traduce en reuniones o conversaciones entre los competidores.

No cualquier reunión o conversación que tenga lugar entre competidores o sus representantes es considerada un factor adicional idóneo. Un criterio que ha sido considerado como relevante en la jurisprudencia estadounidense es que en las reuniones o conversaciones intervengan personas con autoridad para negociar precios¹⁰⁰.

En todo caso, es importante aclarar que, como lo ha sostenido el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, “el D.L. N° 211 no requiere que quien celebre acuerdos anticompetitivos en representación de una empresa cuente con algún poder o facultad especial para realizar tales actos, pues basta que quien actúe por la empresa en los hechos comprometa el actuar anticompetitivo de ésta, tenga o no facultades específicas para ello”¹⁰¹.

En este punto resulta relevante hacer referencia a las reuniones y conversaciones que tienen lugar con motivo de la participación de competidores en asociaciones gremiales, las cuales frecuentemente son planteadas como el contexto en el cual ocurre la colusión. En principio, las asociaciones gremiales persiguen fines lícitos que pueden generar beneficios procompetitivos para la industria respectiva. Sin embargo, como señalan Scherer y Ross:

“Las asociaciones gremiales frecuentemente han cumplido funciones que contravienen las leyes de competencia. Sus reuniones constituyen espléndidos vehículos para juntarse y acordar precios, producciones, participaciones de mercado y otras condiciones por el estilo”¹⁰².

⁹⁹ *FNE contra Air Liquide Chile S.A. y otros*, Sentencia N° 43, Rol C 74-2005, de 7 de septiembre de 2006, C. 86 y C. 87°. En el C. 76°, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia señaló correctamente que “es pertinente dilucidar entonces las razones que motivaron el actuar de las empresas durante la licitación en análisis, para después evaluar estos comportamientos a la luz del Derecho de la Competencia”.

¹⁰⁰ *Id.* American Bar Association, n. 88, p. 85 (“Courts have been reluctant to find that exchanges among sales representatives and employees without authority to make pricing decisions constitute evidence tending to exclude independent pricing decisions. [...] On the other hand, where exchanges of information occur at higher levels in a defendant’s organization, they may constitute sufficient evidence of a plus factor, particularly if there is other evidence tending to show conspiracy”). En este sentido, *vid. In re Baby Food Antitrust Litigation*, 166 F. 3d 112, 133 (3d Cir. 1999).

¹⁰¹ Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, *FNE contra Servicios Pullman Bus Costa Central y otros*, Rol C 234-2011, Sentencia N° 136/2014, C. 17°.

¹⁰² Frederic M. Scherer y David Ross, *Industrial Market Structure and Economic Performance* (3a ed., Houghton-Mifflin, Boston 1990), p. 347 (“Trade associations have often performed functions that run afoul of the antitrust laws. Their meetings are superb vehicles for getting together and agreeing on prices, outputs, market shares, and the like”).

Para que las reuniones y conversaciones sostenidas en el marco de una asociación gremial puedan ser constitutivas de un factor adicional, será determinante contar con evidencia concreta de que a través de ellas se llevaron a cabo acuerdos colusivos¹⁰³. La ausencia de actas u otra prueba que explique el contenido de las reuniones puede, en ciertos casos, constituir un factor adicional.

En el derecho europeo, se ha señalado que “si todas (o una vasta mayoría de) las empresas investigadas son miembros de una asociación de empresas, este puede ser un elemento que fundamente una acusación de colusión por una autoridad de competencia”¹⁰⁴. Especialmente determinante será el caso en que los competidores se reúnan para discutir precios. De ahí el consejo tajante de Whish: “El mensaje difícilmente puede ser más claro: no permanezca en una reunión en la cual los competidores discuten precios”¹⁰⁵.

En la jurisprudencia chilena encontramos algunos casos en que los competidores se reunían en asociaciones gremiales, lo cual fue considerado por los órganos encargados de velar por la competencia como un factor adicional para inferir la existencia de una colusión¹⁰⁶.

iv. *Concentración y estructura del mercado*

Según el grado de concentración que exista en un determinado mercado¹⁰⁷ y dada la presencia o ausencia de ciertos elementos estructurales, tales como barreras a la en-

¹⁰³ *Vid.* American Bar Association, n. 88, p. 77 (“Courts are generally skeptical of plaintiffs’ claims that industry participants engaged in collusion at trade association meetings in the absence of concrete evidence that collusion actually occurred”).

¹⁰⁴ Rafael Allendesalazar, Paloma Martínez-Lage y Roberto Vallina, “Oligopolies, Conscious Parallelism and Concertation”, en Claus-Dieter Ehlermann y Isabela Atanasiu, *European Competition Law Annual: 2006. Enforcement of Prohibition of Cartels* (Hart, Oxford 2007), p. 129 (“If all (or a vast majority) of the undertakings investigated are members of an association of enterprises, this can be an element supporting an accusation of concertation by a competition authority”).

¹⁰⁵ Richard Whish, *Competition Law* (6ª ed., Oxford University Press, Nueva York 2009), p. 525 (“The message could hardly be clearer: do not remain at a meeting at which competitors discuss prices”).

¹⁰⁶ *Vid.* Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, FNE contra Isapre ING S.A. y otros, Sentencia N° 57, Rol C-77-05, de 12 de julio de 2007, voto de minoría, C. 16°: [E]ntre las requeridas existen intercambios de información frecuentes y formalizados por medio de la asociación gremial que las reúne y en la que adoptan con regularidad decisiones acerca de componentes de la oferta de las isapres que, en un contexto de competencia, deberían ser tomadas en forma individual por cada una de ellas. *Vid.* también, Comisión Resolutiva, Resolución N° 67 de 1979; y, Comisión Preventiva Central, Dictamen N° 807/401 de 1992.

¹⁰⁷ *Vid.* Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, FNE contra Nestlé Chile S.A. y otros, Sentencia N° 7, Rol C 01-2004, de 5 de agosto de 2004, C 46°: Que, no obstante lo anterior, como ya se dijo, si bien en el mercado de la leche no hay barreras de entrada o salida, la escasez de oferta compradora, representada por solo cuatro o cinco empresas procesadoras, obliga a precaver que estas empresas -que en conjunto tienen una posición dominante en el mercado- celebren convenios expresos o tácitos para coordinar sus políticas de precios.

trada¹⁰⁸, bienes homogéneos¹⁰⁹, bienes con demanda inelástica¹¹⁰, estabilidad en las participaciones de mercado de los competidores¹¹¹ o capacidad ociosa¹¹², es posible afirmar que un mercado será más o menos propenso a la celebración de colusiones.

El grado de concentración existente en un mercado y sus características estructurales no han sido considerados en principio aptos para constituir por sí mismos factores adicionales idóneos para probar una colusión. Sin embargo, en conjunto con otros factores adicionales, pueden constituir evidencia útil para probar una colusión¹¹³. Como dice el juez Posner, la concentración en una industria puede involucrar “una estructura que es auspiciosa para fijar precios”¹¹⁴.

v. *Explicaciones artificiosas de conductas anticompetitivas*

Otro factor que aparece considerado en una gran variedad de casos es el hecho consistente en que los demandados formulen explicaciones artificiosas en relación con las alzas de precios o restricciones en la producción materia de la acusación.

Como señalan Areeda y Hovenkamp:

“El carácter falso o incompleto en la explicación que acompaña al acto arriesga dos inferencias adversas. Primero, puede sugerir que una razón “in-

¹⁰⁸ *Vid. id.*, C. 35°: La otra hipótesis, esto es que las plantas se coludieron para mantener las rentas monopsonías que tenían con anterioridad al ingreso de Parmalat, al no haberse acreditado directamente, debería verse respaldada desde una perspectiva económica, al menos con evidencia de la existencia de barreras a la entrada de nuevos competidores y de la obtención de altas rentabilidades en las empresas dueñas de plantas procesadoras, antecedentes éstos que podrían ser un indicio de colusión. La existencia de barreras a la entrada de nuevos competidores, unida a la colusión, habría permitido a las empresas establecidas tener utilidades anormalmente altas.

¹⁰⁹ En Estados Unidos, *vid. In re High Fructose Corn Syrup Antitrust Litigation*, 295 F.3d 650, 656 (7th Cir. 2002); cert denied 123 S Ct 1251 (2003) (“[T]he product, HFCS, is highly standardized... So colluding sellers would not have to agree not only on price but also on quality, design, post-sale services, and the like. This is another reason why a successful conspiracy would not require such frequent communications as to make prompt detection likely”). En Europa, *vid. Whish*, n. 105, p. 527 (“The greater the degree of product differentiation and the more atomistic the structure of competition, the more difficult and expensive it will be to align prices and to prevent other firms from cheating”).

¹¹⁰ *Vid. Todd v. Exxon Corp.*, 275 F.3d 191, 208 (2d Cir. 2001) (“Susceptible markets tend to be highly concentrated - that is, oligopolistic - and to have fungible products subject to inelastic demand”).

¹¹¹ *Vid. Richard A. Posner, Antitrust Law* (2ª ed., University of Chicago Press, Chicago 2001), p. 79 (“If the major firms in a market have maintained identical or nearly identical market shares relative to each other for a substantial period of time, this is a clue that they have divided the market (whether by fixing geographical zones or sales quotas or by an assignment of customers), and thereby eliminated competition among themselves”).

¹¹² *Vid. In re High Fructose Corn Syrup Antitrust Litigation*, 295 F.3d 650, 657 (7th Cir. 2002) (“[T]he defendants had a lot of excess capacity, a condition that makes price competition more than usually risky and collusion more than usually attractive”).

¹¹³ Esta es la aproximación que han seguido los tribunales en EE.UU. *Vid. American Bar Association*, n. 88, p. 78 (“Courts are unlikely to find that market structure, by itself, is a sufficient plus factor to prove conspiracy. In combination with evidence of other plus factors, however, market structure can constitute probative evidence of conspiracy”).

¹¹⁴ *Vid. In re High Fructose Corn Syrup Antitrust Litigation*, 295 F.3d 650, 661 (7th Cir. 2002).

dependiente” o no colusiva fue una fabricación tardía o una motivación verdadera pero insignificante del acto reprochado. Segundo, puede sugerir que el imputado deseó ocultar su verdadera motivación: tal vez una colusión”¹¹⁵.

Ahora bien, la jurisprudencia estadounidense ha señalado que este factor no es usualmente apto para inferir por sí solo un acuerdo colusorio, pero que en conjunto con otra evidencia, tal como conductas paralelas o comunicaciones inapropiadas, puede constituir un factor adicional relevante¹¹⁶.

vi. *Intercambio de información relativa a precios o a otras condiciones de competencia relevantes*

El estatus del intercambio de información entre competidores ha sido un factor ampliamente considerado por los tribunales encargados de aplicar el Derecho de la Competencia. Si bien el intercambio de información no es *per se* anticompetitivo, sí puede dar lugar fácilmente a una práctica facilitadora que haga posible o mejore el funcionamiento de un cartel¹¹⁷. En palabras de la Corte Suprema de los Estados Unidos:

“El intercambio entre competidores de información relativa a precios y de otro tipo de información no tiene invariablemente efectos anticompetitivos; en verdad, tales prácticas pueden en ciertas circunstancias aumentar la eficiencia económica y hacer que los mercados sean más competitivos. Por esta razón, hemos sostenido que dichos intercambios de información no constituyen una violación *per se* de la Sherman Act (...). Un número de factores, incluyendo de manera más destacada la estructura de la industria involucrada y la naturaleza de la información intercambiada, son generalmente considerados para dilucidar los efectos procompetitivos o anticompetitivos de este tipo de comunicación entre vendedores... Los intercambios de información de precios actuales, por supuesto, tienen el mayor potencial de generar efectos anticompetitivos y, aun cuando no sean *per se* ilegales, han sido consistentemente señala-

¹¹⁵ Phillip Areeda y Herbert Hovenkamp, *Antitrust Law. An Analysis of Antitrust Principles and Their Application* (3ª ed., Aspen Publishers, New York 2010), Vol. VI, p. 126 (“Falsity or incompleteness in the explanation accompanying an act risks two adverse inferences. First, it may suggest that a different ‘independent’ and nonconspiratorial reason was either a later fabrication or a true but insignificant motivation for the challenged act. Second, it may suggest that the actor wished to conceal his true motivation - perhaps a conspiracy”).

¹¹⁶ *Id.* *In re Linerboard Antitrust Litigation*, 504 F. Supp. 2d 38 (E.D. Pa. 2007), *Dimidovich v. Bell & Howell*, 803 F.2d 1473 (9th Cir. 1986) y American Bar Association, n. 88, pp. 81-82.

¹¹⁷ Sobre el problema del intercambio de información, *vid.* Per Baltzer Overgaard y H. Peter Møllgaard, “Information exchange, market transparency, and dynamic oligopoly”, en American Bar Association, *Issues in Competition Law and Policy* (ABA, Chicago 2008), T. II, p. 1241, Kai-Uwe Kühn, “Fighting collusion by regulating communication between firms”, 32 *Economic Policy* 169 (2001), Paolo Buccirossi, “Facilitating Practices”, en Paolo Buccirossi, *Handbook of Antitrust Economics* (MIT Press, Cambridge 2008), pp. 305, 317-329, y Matthew Bennett y Philip Collins, “The Law and Economics of Information Sharing: The Good, the Bad, and the Ugly”, 6 *European Competition Journal* 311 (2010).

dos como infracciones de la Sherman Act¹¹⁸.

Conforme a lo señalado, en Estados Unidos el intercambio de información entre competidores relativo a precios de los bienes y servicios o a otras condiciones de competencia puede ser considerado como un factor adicional, constitutivo de prueba circunstancial de una colusión para fijar precios¹¹⁹. En el análisis, los tribunales de dicho país también consideran si hubo o no una legítima y genuina razón de negocios en el intercambio de información¹²⁰.

En Europa, en tanto, la toma de contacto entre competidores parece ser reprochada en forma más categórica que en los Estados Unidos. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea en un fallo señero en la materia expresó:

“Aun cuando sea correcto decir que este requisito de independencia no priva a los operadores económicos del derecho de adaptarse inteligentemente a la conducta existente y prevista de sus competidores, sí excluye en forma estricta cualquier contacto directo o indirecto entre dichos operadores, cuyo objeto o efecto sea influenciar la conducta en el mercado de un competidor real o potencial, o revelar a tal competidor el curso de la conducta que ellos mismos han decidido adoptar o contemplan adoptar en el mercado¹²¹”.

Cuando el intercambio de información se refiere a precios de bienes o servicios, los tribunales europeos han sido especialmente claros en cuanto a la altísima

¹¹⁸ *United States v. United States Gypsum Co.*, 438 U.S. 422, 441 n. 16 (1978) (“The exchange of price data and other information among competitors does not invariably have anticompetitive effects; indeed such practices can in certain circumstances increase economic efficiency and render markets more, rather than less, competitive. For this reason, we have held that such exchanges of information do not constitute a per se violation of the Sherman Act. [...] A number of factors, including most prominently the structure of the industry involved and the nature of the information exchanged, are generally considered in divining the procompetitive or anticompetitive effects of this type of interseller communication. [...] Exchanges of current price information, of course, have the greatest potential for generating anticompetitive effects and, although not per se unlawful, have consistently been held to violate the Sherman Act”).

¹¹⁹ *Vid.* American Bar Association, n. 88, p. 83. *Vid. Todd v. Exxon Corp.*, 275 F.3d 191, 198 2d Cir. 2001 (“Information exchange is an example of a facilitating practice that can help support an inference of a price-fixing agreement”).

¹²⁰ *Vid.* American Bar Association, n. 88, p. 85.

¹²¹ *Vid.* Casos 40-8, 50, 54-6, 111 y 113-4/73, *Cooperatieve Vereniging ‘Suiker Unie’ UA v. Commission*, [1975] ECR 1663, ¶ 174 (“Although it is correct to say that this requirement of independence does not deprive economic operators of the right to adapt themselves intelligently to the existing and anticipated conduct of their competitors, it does however strictly preclude any direct or indirect contact between such operators, the object or effect whereof is either to influence the conduct on the market of an actual or potential competitor or to disclose to such a competitor the course of conduct which they themselves have decided to adopt or contemplate adopting on the market”). En el mismo sentido, *vid.* Caso 49/92, *Commission v. Anic Participazioni SpA*, ¶ 117 (“According to that case-law, although that requirement of independence does not deprive economic operators of the right to adapt themselves intelligently to the existing and anticipated conduct of their competitors, it does however strictly preclude any direct or indirect contact between such operators, the object or effect whereof is either to influence the conduct on the market of an actual or potential competitor or to disclose to such a competitor the course of conduct which they themselves have decided to adopt or contemplate adopting on the market, where the object or effect of such contact is to create conditions of competition which do not correspond to the normal conditions of the market in question”).

probabilidad de inferir una colusión de precios. Como expresa Whish:

“La jurisprudencia de los Tribunales Comunitarios ha establecido que cualquier discusión entre competidores acerca de sus precios actuales o futuros es probable que sea considerada para dar lugar a un acuerdo anticompetitivo de fijación de precios, cuyo objeto es restringir la competencia. No es necesario que A y B hayan explícitamente acordado que ellos incrementarán sus precios: el mero hecho de proveerse información recíprocamente el uno al otro acerca de su comportamiento relativo a los precios -o aún el proveer sólo uno a otro de dicha información- es probable que sea suficiente para acreditar un acuerdo de precios”¹²².

En nuestro país, el intercambio de información entre competidores jugó un rol relevante para acreditar un acuerdo colusorio entre tres cadenas farmacéuticas¹²³. También se trató de un elemento crucial que permitió a la Corte Suprema confirmar la convicción de colusión en el caso *Guerra del Plasma*¹²⁴.

Por último, cabe anotar que el intercambio de información no debe necesariamente producirse directamente entre competidores, sino que puede involucrar a terceros, incluyendo proveedores o distribuidores, como es el caso de las colusiones *hub-and-spoke* analizadas en este Informe.

¹²² Whish, n. 105, pp. 524-525 (“[T]he case law of the Community Courts has established that any discussion among competitors about their current and future prices is likely to be regarded as giving rise to an anti-competitive price-fixing agreement, the object of which is to restrict competition. It is not necessary for A and B to have explicitly *agreed* that they will increase their prices: the mere fact of providing information to one another about pricing behaviour—or even for one to provide such information to the other—is likely to be sufficient for a finding of an agreement on prices”). *Vid. también*, Allendesalazar et al, n. 104, p. 128: In its landmark *Sugar* case, the ECJ held that Article 81 [101] EC strictly precludes any direct or indirect contact between operators that can influence the conduct on the market of an actual or potential competitor. In such a case, the defendants cannot explain the existence of the parallel conduct by the fact that they have adapted intelligently to the existing and anticipated conduct of their competitors. Such contacts remove in advance the uncertainty as to the future conduct of the competitors, and thus protect the undertakings from the risks of competition.

¹²³ *Vid.* Comisión Resolutiva, Resolución N° 432 de 1995, C 13°: A todos estos antecedentes, que por sí solos bastarían, debe agregarse para formar la convicción del tribunal, la plena prueba que constituyen las listas de precios a que debían someterse las farmacias en cumplimiento del acuerdo, acompañadas a los autos, a las que se han referido, también, los testigos.

¹²⁴ *Vid.* Corte Suprema, *FNE contra Falabella y otro*, Rol 2339-2008, Sentencia de 13 de agosto de 2008, C. 22°: Que sobre la base de estos hechos -ya asentados de alguna manera en los fundamentos nonagésimo séptimo y centésimo séptimo- y de considerar como indicios relevantes el hecho de que el tráfico y duración de las llamadas en los días 3 y 4 de abril de 2006 era claramente superior al promedio de llamadas entre Falabella, Paris y estos proveedores en los meses previos; que el señor Fernando Casado, gerente de Línea Electrohogar de Falabella; el señor Héctor Rodríguez, gerente de División Comercial de Paris, y el señor Pablo Méndez, gerente de División Electro-Tecno de Paris, quienes no se comunican habitualmente con los ejecutivos de estos proveedores, según se acreditó con los registros telefónicos respectivos, lo hayan hecho de manera tan intensa a partir del mediodía del lunes 3 de abril de 2006, esto es, inmediatamente después de registrarse llamados recíprocos entre Paris y Falabella, y que el referido señor Fernando Casado se comunicara telefónicamente con el gerente de División Electro-hogar de Ripley, don Javier Pérez Rodríguez, con la ya señalada finalidad, los sentenciadores llegaron a presumir que las comunicaciones entre los ejecutivos de Falabella y Paris tuvieron por objeto acordar la forma como reaccionarían ante el anuncio de la Feria, coludiéndose en definitiva para llamar a sus proveedores y hacerlos desistir de concurrir a la misma (motivo centésimo vigésimo tercero del fallo reclamado).

vii. *Comunicación por medio de señales*

Otro factor usualmente invocado en casos de colusión es la comunicación por medio de señales, también conocida como “*signaling*”. Esta se refiere a la transmisión por parte de los agentes económicos de información relativa a precios o a otras condiciones de competencia a través de los medios de comunicación o de terceras personas¹²⁵.

En la jurisprudencia estadounidense, una legítima razón de negocios para comunicar precios ha sido considerada como una defensa efectiva frente a una alegación de “*signaling*”¹²⁶. Siguiendo esta línea, en nuestro país, en un caso en el que el presidente de la Federación Gremial Chilena de Industriales Panaderos vaticinó reiteradamente, a través de diversos medios de comunicación social, alzas en el precio del pan, la Comisión Resolutiva consideró inocuas tales declaraciones, por cuanto las alzas en el precio del pan tuvieron como causa objetiva el alza en el precio de la harina; a mayor abundamiento, la Comisión Resolutiva señaló que el mercado era competitivo¹²⁷.

viii. *Participación en otros carteles*

La participación de los demandados en otros carteles, anteriores o contemporáneos, ha sido objeto de discusión en varios casos en cuanto a su consideración como factor adicional¹²⁸. En Estados Unidos, los tribunales han sido más bien escépticos cuando la colusión adicional que se invoca se refiere a un mercado no conexo al que se investiga en el caso concreto¹²⁹.

Algunos de los criterios que emanan de la jurisprudencia estadounidense parecieran indicar que los tribunales exigen los siguientes elementos en los casos anteriores o contemporáneos para efectos de poder considerarlos como un factor relevante: que la violación anterior o contemporánea sea indicativa de la actual¹³⁰; que en el otro caso exista evidencia de conductas anticompetitivas y no se trate de una mera

¹²⁵ *Vid.* American Bar Association, n. 88, p. 87 (“«Signaling» refers to the transmission by coconspirators of pricing or other competitive intentions via the media or third parties”).

¹²⁶ *Vid.* *Wallace v. Bank of Bartlett*, 55 F. 3d 1166, 1169 (6th Cir. 1995).

¹²⁷ *Vid.* Comisión Resolutiva, Resolución N° 362 de 1991.

¹²⁸ Esto es sin perjuicio de que, en nuestro país, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 26 del DL 211, la reincidencia debe ser considerada por el TDLC como una circunstancia relevante para determinar el monto de la multa. Para una aplicación de la reincidencia en casos de colusión en Chile, véase Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, *FNE contra Falabella y otro*, Sentencia N° 63, Rol C-103-2006, de 10 de abril de 2008, C. 157° y 158°, confirmada en Corte Suprema, *FNE contra Falabella y otro*, Rol 2339-2008, Sentencia de 13 de agosto de 2008. Asimismo, véase Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, *FNE contra Farmacias Ahumada S.A. y otros*, Rol C 184-2008, Sentencia N° 119/2012, C. 202°, 203° y 204°, confirmada en Corte Suprema, *FNE contra Farmacias Ahumada S.A. y otros*, Rol 2578-2012, Sentencia de 7 de septiembre de 2012.

¹²⁹ *Vid.* American Bar Association, n. 88, p. 89.

¹³⁰ *Vid.* *Williamson Oil Company Inc v. Philip Morris Usa Rj*, 346 F.3d 1287, 1318 (11th Cir. 2003).

investigación¹³¹, y que exista un nexo suficiente entre los respectivos mercados¹³².

Dos casos de tribunales federales norteamericanos de distrito (primera instancia) demuestran que la colusión previa o anterior puede constituir un factor adicional: *In re Flash Memory Antitrust Litigation*¹³³ y *In re Static Random Access memory Antitrust Litigation*¹³⁴.

Conforme a lo señalado, consideramos que la existencia de una colusión anterior *entre las mismas partes y en el mismo mercado relevante* sí constituye un factor adicional a ser considerado por el tribunal. Su valor probatorio específico estará ciertamente determinado por los hechos concretos del caso¹³⁵.

ix. Indicios no-económicos de cartelización

Por último, cabe mencionar los indicios “tradicionales” o no-económicos de cartelización. Como indica una corte de apelaciones federal norteamericana, esta prueba indirecta sigue siendo una de las más relevantes para que el tribunal pueda formarse convicción:

La prueba más importante será generalmente la prueba no-económica de que había un acuerdo real, manifiesto de no competir. Esa prueba puede involucrar indicios tradicionales de colusión típica, o prueba de que los demandados se reunieron e intercambiaron garantías recíprocas de acción conjunta o que de otra manera adoptaron un plan común, aun cuando no pueda mostrarse la existencia de reuniones, conversa-

¹³¹ *Vid. In re Digital Music Antitrust Litigation*, 592 F. Supp2d 435, 444 (S.D.N.Y. 2008), *rev'd sub nom. Starr v. Sony BMG Music Entm't*, No. 08-5637-cv, 2010 WL 99346 (2d Cir. 2010)

¹³² *Vid. In re Hawaiian & Guamanian Cabotage Antitrust Litigation*, 647 F. Supp. 2d 1250, 1258- 1259 (W.D. Wash 2009).

¹³³ 643 F. Supp. 2d 1133 (N.D. Cal. 2009).

¹³⁴ 580 F. Supp. 2d 896 (N.D. Cal. 2008).

¹³⁵ Aunque la redacción no es concluyente, el TDLC parece haber considerado como factor adicional la colusión previa entre los demandados en *FNE con Air Liquide Chile S.A. y otros*, Sentencia N° 43, Rol C 74-2005, de 7 de septiembre de 2006, C. 69°: Lo anterior, como se verá, es un elemento de juicio importante para el análisis del segundo grupo de conductas imputadas a las requeridas, esto es, la circunstancia de haberse coludido con el propósito de hacer fracasar, en su propio beneficio, la licitación convocada por Cenabast para, precisamente, poner término a las asimetrías de información que afectaban a los hospitales. Adicionalmente, debe tenerse también en cuenta que, tal como consta de los documentos que rolan a fs. 188 y 189 del cuaderno de documentos que contiene los antecedentes remitido a este tribunal por la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia de la República Argentina, existen indicios de contactos e intercambios de información entre las empresas oferentes en estos mercados, orientados a aprovechar, con algún grado de coordinación, las ventajas que el referido contexto de opacidad les proporcionaba. Esta modalidad de coordinación, por lo demás, presenta cierto arraigo en la industria, tal como se evidencia de la jurisprudencia europea de defensa de la competencia, que ha fallado en el pasado casos similares, sancionando conductas coordinadas de empresas relacionadas con las requeridas de autos. En TDLC, *FNE con Asociación Gremial de Dueños de Mini Buses Agmital*, Sentencia N° 102, Rol C-191-2009, de 11 de agosto de 2010, C. 49°, el tribunal también afirmó que ilicitudes pasadas constituyen elementos que pueden ser considerados en la valoración de los hechos: “Es dable inferir una intención exclusoria por parte de los asociados de Agmital si se atiende a sus conductas pasadas y a los efectos de las mismas”.

ciones o intercambio de documentos¹³⁶.

Un indicio no-económico de alto valor probatorio es la explicación racional insuficiente por parte de los acusados de colusión relativa a la mecánica del proceso de paralelismo consciente. Si los acusados no son coherentes respecto a quién es el líder y quién es el seguidor, y si la logística invocada por los acusados en respaldo de su proceso de seguimiento no es consistente con los tiempos de respuesta que muestran los datos, el sentenciador podrá realizar importantes inferencias tendientes a dar por probada la colusión.

V. CONCLUSIONES

En este Informe se ha intentado dar una visión conceptual acerca de dos cuestiones fundamentales en materia del ilícito de colusión. En primer lugar, se han abordado los conceptos de acuerdo y de práctica concertada, que son aquellos que la legislación chilena ha establecido como medios o mecanismos para cometer una colusión.

En segundo lugar, se ha desarrollado el esquema colusivo conocido como *hub-and-spoke* desde un punto de vista conceptual, consignándose diversas aristas relevantes que surgen fundamentalmente del análisis jurisprudencial y doctrinario proveniente tanto del derecho estadounidense como del derecho europeo.

En definitiva, para un adecuado análisis y resolución de casos de colusión *hub-and-spoke*, se considera relevante que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y la Corte Suprema tomen en cuenta los siguientes aspectos expuestos en el presente Informe:

- Para sancionar una colusión, el derecho chileno ha establecido que la supresión de la competencia puede concretarse tanto a través de un acuerdo como de una práctica concertada. Si bien a esta fecha la jurisprudencia nacional aún no ha diferenciado entre ambos conceptos, el Derecho Europeo de la Competencia demuestra que existe una diferencia de grado entre ellos. Si bien en ambos casos los competidores neutralizan la independencia con que deben adoptarse las decisiones en materia de competencia en los mercados, en un acuerdo ello se verifica a través de la fiel expresión de la voluntad de los competidores, mientras que en una práctica concertada ello se concreta de forma menos definida en contactos directos o indirectos que reflejan la existencia de un consenso entre los competidores en torno a cooperar en

¹³⁶ *In re Flat Glass Antitrust Litigation*, 385 F.3d 350, 361 (3d Cir. 2004) (“The most important evidence will generally be non-economic evidence ‘that there was an actual, manifest agreement not to compete.’ That evidence may involve ‘customary indications of traditional conspiracy,’ or ‘proof that the defendants got together and exchanged assurances of common action or otherwise adopted a common plan even though no meetings, conversations, or exchanged documents are shown’”) (citas internas omitidas).

lugar de competir.

- Las colusiones *hub-and-spoke* pueden cometerse tanto por la vía de acuerdos como de prácticas concertadas, y consisten en esquemas complejos que reúnen interacciones tanto en el ámbito vertical como en el horizontal de la cadena de producción y comercialización. Para sancionar una colusión de este tipo, el derecho estadounidense demuestra que lo determinante es que al menos se acredite la existencia de una colusión horizontal, es decir, entre competidores directos.
- Los acuerdos o prácticas concertadas constitutivas de colusiones *hub-and-spoke* pueden acreditarse tanto mediante prueba directa como indirecta. Ante falta de prueba directa, el tribunal debe evaluar holísticamente todos los antecedentes y la prueba indiciaria a fin de formar su convicción. El análisis no debe hacerse antecedente por antecedente. Una vez que el tribunal haya considerado toda la prueba rendida, deberá determinar si logra convicción acerca de la existencia de la colusión bajo un estándar que, conforme lo han sostenido la Corte Suprema y el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, exige prueba clara y concluyente.