



¿SANCIONA ECUADOR A LOS CARTELES HUB-AND-SPOKE?

Bernardo Maya A.

¿Sanciona Ecuador a los carteles *Hub-and-Spoke*?

Octubre 2022



Bernardo Maya A.

Abogado por la Universidad San Francisco de Quito, LL.M. por Leuphana University of Lüneburg y LL.M por University of Glasgow. Socio en Maya & Asociados y Of-Counsel en ECIJA GPA.

Para que una adecuada política de competencia contribuya a prevenir la existencia de cárteles, no basta con tipificar a estas conductas como infracciones, como lo hizo el legislador a través de la prohibición a los acuerdos y prácticas restrictivas contenida en el artículo 11 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (LORCPM). Es necesario también que la autoridad logre detectarlos y sancionarlos de forma efectiva; debido a la usual clandestinidad de estas conductas, no es una tarea fácil y en múltiples ocasiones su detección, prueba y sanción depende de indicios.

Por lo tanto, para una política efectiva de competencia, es importante que las autoridades puedan reconocer la forma, características y elementos estructurales de los distintos tipos de colusión. Una de las figuras más típicas, pero más difíciles de probar y sancionar, son los acuerdos colusorios llevados a cabo con intermediación de un tercero que participa en un eslabón distinto de la cadena de valor, también denominados cárteles *Hub & Spoke* o “A-B-C”, en adelante H&S. Un cártel H&S puede operar sin la necesidad de que existan reuniones o comunicaciones directas entre competidores, dejando poca (o ninguna) evidencia directa de la coordinación entre los competidores directos. Debido a su forma, este tipo de esquemas pueden pasar desapercibidos como acuerdos normales de distribución, de naturaleza vertical e inofensivos desde el punto de vista competitivo.

Ante esta situación, para poder identificar y sancionar este tipo de cárteles, es primordial conocer sus principales características, su estructura y la forma en la que estos esquemas se adaptan a la prohibición contenida en el artículo 11 de la LORCPM. Debido a que estos casos aún no han sido identificados por la autoridad nacional de competencia, el presente análisis es efectuado sobre la base de la experiencia internacional.

I. PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS

Los cárteles H&S han sido identificados por autoridades administrativas y judiciales en las principales jurisdicciones. Posiblemente el primer precedente jurisprudencial que identifica a este tipo de figuras en el Derecho de la Competencia es el del caso de *Interstate Circuit*¹, resuelto por la Corte Suprema de EE.UUU durante la década de los años 30². En dicho caso, la estructura del cártel estaba conformada por un grupo de empresas distribuidoras (actuando como “spokes” o rayos de una rueda) que otorgaban licencias para la reproducción de películas, las que fueron presionadas por las amenazas de *Interstate Circuit* (actuando como

¹ *Interstate Circuit, Inc. v. United States*, 306 U.S. 208 (1939).

² Nicolas Sahuguet & Alexis Walckiers, “Hub-and-Spoke Conspiracies: The Vertical Expression of a Horizontal Desire?” *Journal of European Competition Law & Practice* (2014) 711, p. 711.

un “hub” o eje de una rueda), uno de los principales cines. Lo anterior, con el objetivo de conseguir que este grupo de distribuidoras fijaran el precio, y así evitar que los cines competidores obtuvieran mejores precios para la reproducción de películas.

El cártel se habría estructurado de la siguiente forma³:

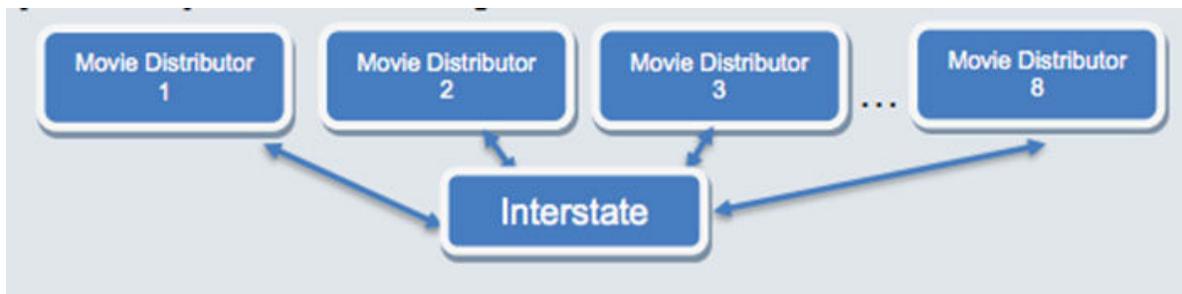


Ilustración 1 Interstate Circuit Cártel. Elaborado por OCDE (2019)

Según lo señalado en precedentes jurisprudenciales estadounidenses, una figura H&S involucra a una mente maestra central (el “hub”), que controla a sus “spokes” (conspiradores cómplices), quienes participan en el esquema a través de transacciones independientes que las relacionan con el “hub” y que de manera conjunta forman un solo esquema delictivo⁴.

Este tipo de conformaciones no son únicamente utilizadas como mecanismo de un cártel económico, sino que también caracterizan a otros esquemas, donde la organización y coordinación a través del órgano central de la organización resulta útil para la efectiva asignación de roles y la consecución de objetivos⁵.

Dentro del derecho antitrust, un cártel H&S involucra a dos o más competidores, que actúan como “spokes”, y otro operador económico que participa en un eslabón distinto de la cadena de valor, quien actúa como un “hub”⁶. Los “spokes” no necesariamente se relacionan entre sí, pero sí se relacionan con el “hub”, a través de transacciones independientes de naturaleza vertical⁷.

La relación o los acuerdos verticales que mantienen los “spokes” con el “hub” parecen inofensivos ante la competencia, cuando estos son analizados de forma individual; sin embargo, cuando se considera su contexto conforman un entendimiento horizontal entre competidores, con un objeto anticompetitivo⁸.

3 OECD. Roundtable on Hub-and-Spoke Arrangements – Background Note (2019).

4 “[...] a central mastermind, or “hub,” controls numerous “spokes,” or secondary co-conspirators. These co-conspirators participate in independent transactions with the individual or group of individuals at the “hub” that collectively further a single, illegal enterprise”. United States v. Newton, 01-2636 (2003) nota al pie N° 2.

5 Ariel Ezrachi & Maurice E. Stucke, Virtual competition (HUP 2016) p. 46. Esta estructura también ha sido utilizada para caracterizar organizaciones criminales de otra índole en la jurisprudencia estadounidense. Por ejemplo: Kotteakos v. United States, 328 U.S. 750 (1946) y United States v. Newton, 01-2636 (2003).

6 Nicolas Sahuguet & Alexis Walckiers, “Hub-and-Spoke Conspiracies: The Vertical Expression of a Horizontal Desire?”, 711.

7 Nos referimos a vertical como aquella relación que involucra a dos actores que participan en distintos niveles de la cadena de valor. Por lo tanto, una relación horizontal es la que involucra a competidores.

8 Nicolas Sahuguet & Alexis Walckiers, “Hub-and-Spoke Conspiracies: The Vertical Expression of a Horizontal Desire?”, 715.

II. LOS H&S DE TIPO 1 Y DE TIPO 2

Los esquemas H&S, por su forma, pueden ser clasificados en dos categorías, a las que nos referiremos como H&S de Tipo 1 y de Tipo 2⁹.

En los escenarios del Tipo 1, un grupo de operadores económicos que compiten en el mercado descendente o aguas abajo, típicamente “retail”, distribución o minoristas, actúan como “spokes” que conforman un cártel a través de un proveedor que actúa en el mercado aguas arriba como un “hub”, ya sea como un proveedor, mayorista o productor. Por otro lado, en los escenarios Tipo 2, los competidores operan en el mercado aguas arriba y el “hub” actúa en el mercado aguas abajo (como en el caso de *Interstate Circuit* antes señalado)¹⁰.

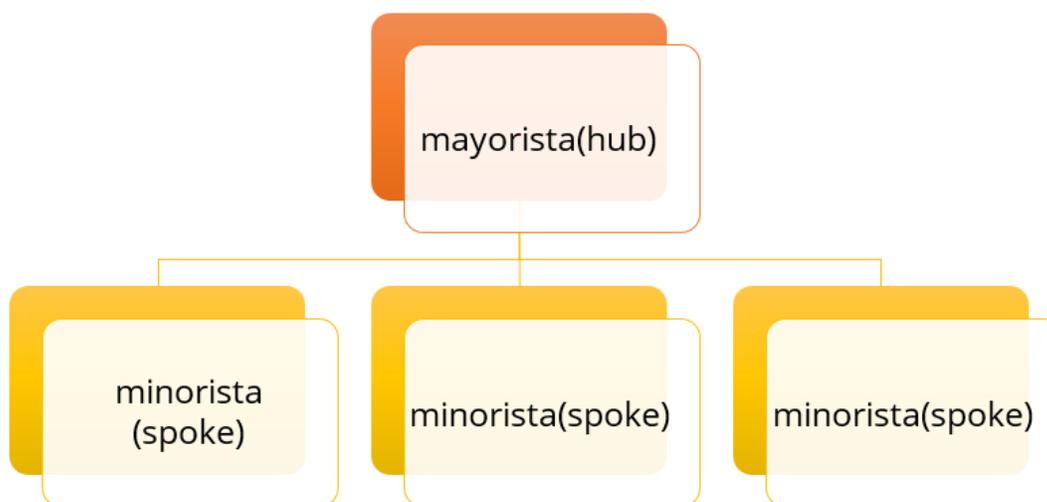


Ilustración 2 Esquema de H&S Tipo 1

Típicamente un cártel H&S Tipo 1 se instrumenta a través de la fijación de precios de reventa. En el célebre caso [Leegin](#) en Estados Unidos, que tuvo como consecuencia la promulgación de nuevas reglas para la imposición de precios de reventa, el accionante había señalado que dichos acuerdos verticales formaban parte de una fijación horizontal de precios a nivel minorista¹¹. En dicho caso, los órganos de justicia determinaron que no existía un acuerdo de voluntades entre competidores, por lo que se analizó el caso como uno de restricciones puramente verticales y no entre competidores.

En el caso [JJB SPORTS](#) en el reino Unido, se determinó que a través de la fijación de precios de reventa entre UMBRO y sus minoristas, las empresas minoristas lograron fijar los precios en la venta de camisetas de fútbol¹². En Chile, los órganos jurisdiccionales determinaron que los supermercados [fijaban precios](#)

⁹ Roberto Amore, “Three (or more) is a magic number: hub & spoke collusion as a way to reduce downstream competition” *European Competition Journal* [2016] 28, p. 31-32.

¹⁰ Ídem.

¹¹ *PSKS, INC. v. CREATIVE LEATHER PRODUCTS, INC.*, No. 09-40506 (2010).

¹² *Cargos Limited and Littlewoods Limited v Office of Fair Trading and JJB Sports Plc v Office of Fair Trading* (2006) EWCA Civ 1318 [CA], 42-45.

[en la venta de pollos a través de sus proveedores](#)¹³. Similares situaciones han sido observadas en otras jurisdicciones¹⁴.

En los casos de Tipo 1, la presencia del “hub” es aprovechada por los cartelistas para estabilizar la colusión. El “hub” facilita el intercambio de mensajes e información, lo cual incrementa las posibilidades de llegar a un entendimiento entre los miembros del cártel. También, dicha empresa puede contribuir a estabilizar el cártel “castigando” a las empresas que se desvían del plan colusorio.

Un ejemplo del papel que puede tener un “hub” en un cártel H&S de Tipo 1, es el que tuvo [AC Treuhand](#) en el “Cártel de Peróxidos Orgánicos”. Esta empresa contribuyó para facilitar que las empresas competidoras puedan llegar y mantener un acuerdo¹⁵. Para esto, entre otras cosas, la empresa organizaba reuniones, intermediaba mensajes entre los miembros del cártel, e incluso realizaba actuaciones para procurar que la conducta no sea descubierta¹⁶.

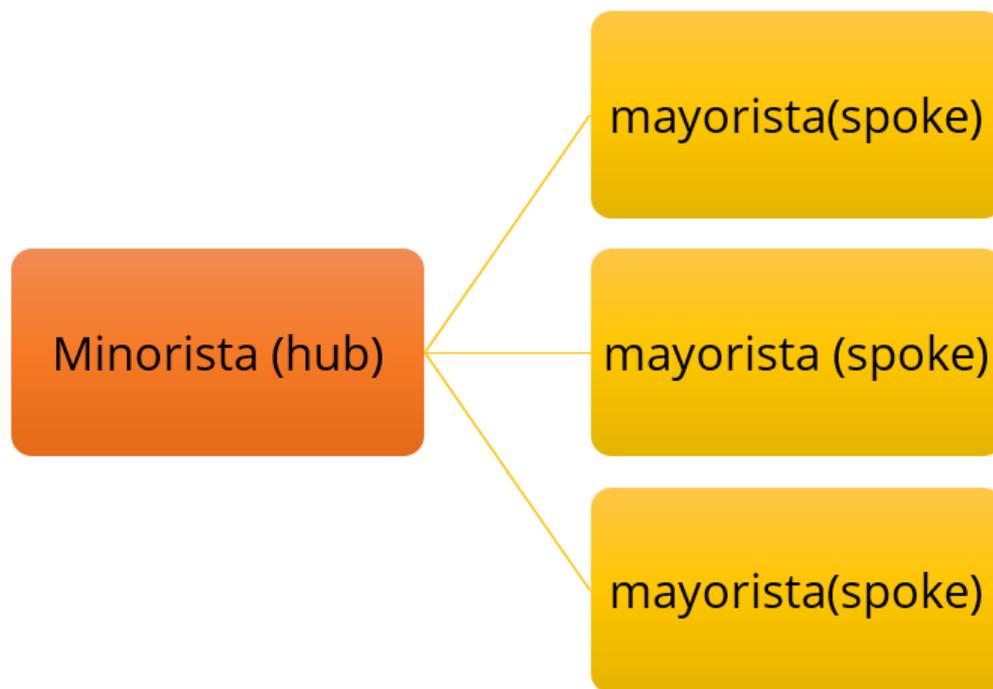


Ilustración 3 Esquema de H&S Tipo 2

13 Corte Suprema de Chile. Rol N°9361-2019. Sentencia dictada el 8 de abril de 2020. https://www.tdcl.cl/nuevo_tdlc/wp-content/uploads/2020/04/Sentencia-Corte-Suprema-causa-304-2016.pdf

14 Ver: En Estados Unidos, *United States v. Parke, Davis & Co.*, 362 U.S. 29 [1960]; - En Reino Unido, *Hasbro, Argos Limited and Littlewoods Limited v Office of Fair Trading and JJB Sports Plc v Office of Fair Trading* [2006] EWCA Civ 1318 [CA]; - En Polonia, Antoni Bolecki, “Polish Antitrust Experience with Hub-and-Spoke Conspiracies” [2011] *Yearbook of Antitrust Regulatory Studies* 25. -En Alemania, Haribo, Ablnvev y Melita, la autoridad nacional de competencia encontró situaciones que podrían reflejar un cierto entendimiento entre competidores, pero que se analizaron como fijación vertical de precios de reventa. OECD. Roundtable on Hub-and-Spoke Arrangements – Background Note (2019) p. 29.

15 *Organic Peroxides (COMP/E-2/37.857) Commission Decision 349 (2005) L 110/44*, para 80, 91-106, párrafos 80, 91-106.

16 Según la Comisión, esta empresa “(...) reembolsó los gastos de desplazamiento de los participantes a fin de borrar los rastros que pudieran dejar las reuniones en las cuentas de las empresas (...) dio instrucciones a todos los participantes sobre los riesgos jurídicos que comportaban parte de las reuniones y sobre las medidas que debían adoptarse a fin de evitar el descubrimiento de estos sub acuerdos, con repercusiones en Europa”. Comisión Europea. Asunto COMP/E-2/37.857. Decisión de 10 de diciembre de 2003. *Organic Peroxides (COMP/E-2/37.857) Commission Decision 349 (2005) L 110/44*, parra 80, 91-106.

En el caso de los esquemas de Tipo 2, las restricciones verticales principalmente utilizadas son las de exclusividad y de paridad de precios¹⁷. Este tipo de acuerdos vinculan al “hub” con los “spokes” y tiene el efecto de reducir la competencia de precios o generar un cierre en el mercado en perjuicio de los competidores del “hub”.

El caso de la juguetería *Toys “R” US* (TRU), en ese entonces uno de los más importantes almacenes minoristas para dicha industria en los Estados Unidos, sirve como ejemplo de un esquema de Tipo 2 con exclusividad. Por otra parte, en el caso de *JJB Sports*, Umbro facilitó el intercambio de información entre almacenes y amenazó con detener el suministro de productos a las empresas que se desviaban del plan del cártel.¹⁸ Asimismo, en el caso de *JTC Petroleum*, la empresa que actuaba como “hub” había adoptado el rol de castigar a las empresas que adoptaban un comportamiento distinto al del cártel, deteniendo el suministro de productos¹⁹. De acuerdo con lo señalado anteriormente, el apoyo brindado por los “hub” en los H&S de Tipo 1, son un elemento estratégico para brindar estabilización interna en el cártel, castigando a quienes se desvíen del plan común²⁰.

En dicho caso, el negocio de TRU estaba bajo la amenaza de competidores de bajo costo, por lo que TRU, actuando como “hub”, consiguió que sus proveedores de forma coordinada detuvieran la provisión de productos a sus competidores, generando un cierre en el mercado para dichas empresas²¹. Es decir, coordinó un cártel que habría boicoteado los intereses de los negocios que ejercían presión competitiva sobre TRU.

En este tipo de casos, la colusión de las empresas principalmente beneficia al “hub”, quien busca excluir a sus competidores a través de la exclusividad²². De este modo, es necesario que exista coordinación entre los “spokes” para que estos accedan a la exclusividad; pues, para que estos acepten (la exclusividad), deben asegurarse de que sus competidores actuarán de forma similar, de lo contrario dicha estrategia sería económicamente inviable²³.

En otros casos de Tipo 2, el “hub” utiliza cláusulas de paridad de precios o similares, de forma paralela, facilitando la coordinación entre sus proveedores, los “spokes”, y reduciendo la competencia en el mercado descendente, donde actúa el “hub”²⁴. Es decir, la empresa que actúa en el mercado aguas abajo incita la coordinación en el mercado aguas arriba, con la finalidad principal de reducir la competencia en el mercado aguas abajo.

En el caso de *Interstate Circuit*, señalado anteriormente, la empresa en cuestión habría logrado, a través del H&S, la cooperación entre los distribuidores respecto a los precios de licencia de derechos de películas. Este acuerdo entre los distribuidores redujo la competencia en el mercado de los cines donde participaba *Interstate Circuit*, pues sus competidores (otros cines) ya no accederían a precios menores de los acordados por los distribuidores. Más recientemente, en el caso conocido de los *E-books* (libros electrónicos), se determinó que un grupo

17 Clausulas de “Most Favoured Nation” o nación más favorecidas”. Roberto Amore, “Three (or more) is a magic number: hub & spoke collusion as a way to reduce downstream competition” [2016] *European Competition Journal* 28, p. 36.

18 *Argos Limited and Littlewoods Limited v Office of Fair Trading; JJB Sports Plc v Office of Fair Trading* (2006) EWCA Civ 1318 [CA], párrafo 43, 92-101.

19 Seventh Circuit. *JTC Petroleum Co. v. Piasa Motor Fuels, Inc.*, 190 F.3d 775, 778 (1999).

20 La capacidad de llegar a un entendimiento y estabilizarlo es fundamental para la “prosperidad” del acuerdo colusorio. Margaret C. Levenstein & Valerie Y. Suslow, “What Determines Cártel Success?” [2006] *Journal of Economic Literature* 43 p. 85.

21 *TOYS “R” US, Inc. v. Federal Trade Commission*, 221 F.3d 928 (2000).

22 Comisión Europea. Directrices relativas a las restricciones verticales (2010/C 130/01). C130/1 párrafo 194.

23 OECD. Roundtable on Hub-and-Spoke Arrangements – Background Note (2019), p. 28.

24 Roberto Amore, “Three (or more) is a magic number: hub & spoke collusion as a way to reduce downstream competition” *European Competition Journal* (2016) 28, p. 28, 39-40.

importante de editoriales (cinco de los denominados “Big Six”) fijaron precios en un esquema colusorio que fue facilitado por Apple Inc., quien actuó como “hub”²⁵. En este esquema colusorio existió una situación bastante particular que alertó a las autoridades de defensa de la competencia, pues la entrada de un nuevo competidor al mercado de venta de libros electrónicos, Apple, tuvo como consecuencia el incremento significativo en el precio de venta de dichos productos, lo que constituía un resultado anómalo²⁶.

Previo a la entrada de Apple, el mercado estaba dominado por Amazon. Esta empresa, en uso de su poder de mercado, había implementado un sistema de precios por el cual imponía tanto los precios de venta al por mayor (con el que compraba a los editoriales) como los precios de venta minorista (con el que se vendía al consumidor final). En consecuencia, estas empresas recibían un margen reducido y no tenían control sobre los precios en la distribución de sus productos.

Apple, al entrar al mercado, aprovechó la situación y organizó a las editoriales, otorgándoles ideas y coordinando sus actuaciones para permitirles incrementar de forma coordinada los precios²⁷. Bajo el modelo propuesto por Apple, las editoriales podrían determinar el precio de venta final en su sistema de distribución²⁸. A través de cláusulas de paridad de precios impuestas por Apple, las editoriales pudieron alinear los incentivos de las distintas editoriales y lograron finalmente tener la capacidad para actuar de forma colectiva y renegociar la política de precios con Amazon; pues, individualmente, como lo venían haciendo, carecían de poder de negociación²⁹. De esta forma, Apple consiguió alinear el comportamiento de estas empresas, quienes se beneficiaron del incremento en los precios. A su vez, Apple redujo la competencia que podía existir en el mercado de libros electrónicos.

En los escenarios de Tipo 2, a diferencia de los de Tipo 1, las intenciones de reducir la competencia normalmente parten de la empresa que actúa como “hub”, la cual se beneficia del cártel de sus proveedores, ya sea reduciendo la competencia (*Interstate Circuit* y Apple), o bien, generando un cierre de mercado a sus competidores (como en el caso de *Toys R US*)³⁰. En ambos casos, Tipo 1 y Tipo 2, la consecuencia o el objetivo final de estos esquemas es afectar a la competencia en los eslabones del mercado más cercanos al consumidor final³¹.

III. ¿POR QUÉ SE INVOLUCRAN LOS PROVEEDORES O MAYORISTAS EN ESQUEMAS H&S?

En los casos Tipo 1, el incentivo que tienen las empresas que actúan como “spokes” en el mercado “aguas abajo” es evidente: incrementar los precios. Por el contrario, considerando la situación de la empresa que actúa como “hub”, la respuesta no es tan obvia.

25 United States v. Apple Inc. et al. 12 Civ (2015) - También ver, Comisión Europea “Antitrust: Commission accepts legally binding commitments from Simon & Schuster, Harper Collins, Hachette, Holtzbrinck and Apple for sale of e-books.” (Press release, 13 December 2012) <http://europa.eu/rapid/press-release_IP-12-1367_en.htm>.

26 States v. Apple Inc. et al. 12 Civ (2015).

27 Ibid

28 Ibid

29 Ibid

30 Roberto Amore, “Three (or more) is a magic number: hub & spoke collusion as a way to reduce downstream competition” European Competition Journal (2016) 28, p. 41.

31 Ibid

De forma análoga, en los casos Tipo 2, la empresa que actúa en el mercado aguas abajo es clara: reducir la competencia en su mercado o generar un cierre en perjuicio de sus competidores. Pero tampoco son evidentes los motivos por los cuales sus proveedores (los “spokes”) aceptarían formar parte de un esquema colusorio para boicotear a la competencia del “hub”.

En otras palabras, no son claros los incentivos que pueden motivar a un proveedor o mayorista a participar un cártel H&S junto con sus distribuidores.

Ordinariamente, un mayorista o productor se beneficia de la competencia entre sus distribuidores³². Conforme con lo señalado por la Escuela de Chicago, los productores normalmente deberían evitar que exista un cártel que restrinja la venta de los productos de su marca³³. Robert Bork señaló que toda restricción vertical beneficiaría a los consumidores y, por lo tanto, debería ser legal, pues un productor no tendría incentivos para restringir por este medio la oferta de su producto³⁴.

Sin perjuicio de aquello, la colusión a través de esquemas H&S ha sido identificada en varias ocasiones. Productores y mayoristas a través de acuerdos verticales han aceptado formar parte de este tipo de esquemas, debido a que existen ciertas condiciones estructurales que hacen que un esquema H&S sea probable.

En ciertos casos, la colusión podría ser rentable para todos los miembros del cártel. En otros, la colusión puede ser el resultado de la presión por parte de él o de los operadores económicos que más se benefician del esquema. En todo caso, ya sea por beneficio propio o por presión de sus distribuidores, existen situaciones en las cuales el productor o mayorista puede aceptar cooperar en un esquema H&S.

Para que sea rentable para los miembros de un cártel la colusión en un escenario de Tipo 1 (esquema que reduce la competencia intra-marca), la marca debe tener una cuota importante de mercado. O, en su lugar, deben realizarse suficientes esquemas H&S, involucrando a más proveedores, como para que el incremento del precio sea rentable³⁵. En el caso chileno, por ejemplo, el esquema H&S implementado por los supermercados involucraba a más de un proveedor de pollo³⁶. A falta de poder de mercado de la o las marcas consideradas de forma conjunta, el incremento en el precio no sería rentable, y tampoco la colusión.

Generalmente las empresas que operan en el mercado aguas abajo, como “spokes” en los casos de Tipo 1, o como “hub” en los casos de Tipo 2, son las que impulsan o más se benefician del esquema anticompetitivo. Para que estas firmas consigan dichos fines necesitan poder de negociación frente a los operadores económicos que actúan en el mercado ascendente, especialmente en los casos de Tipo 2, donde una firma debe tener suficiente influencia para facilitar e incentivar la colusión de sus proveedores.

Por ejemplo, en el caso de TRU, la *Federal Trade Commission* estimó que la colusión de sus proveedores respondía a las presiones de dicha juguetería, pues los acuerdos verticales a los que los proveedores habrían llegado con TRU, vistos de forma individual, podrían afectar los intereses de los proveedores³⁷.

32 Nicolas Sahuguet & Alexis Walckiers, “A theory of hub-and-spoke collusion” [2017] *International Journal of Industrial Organization* 353, p. 355.

33 Nicolas Sahuguet & Alexis Walckiers, “A theory of hub-and-spoke collusion” [2017] *International Journal of Industrial Organization* 353, p. 354.

34 Robert Bork, *The Antitrust Paradox* (Free Press 1993) p. 297. “[...] all vertical restraints are beneficial to consumers and should for that reason be completely lawful. [...] the manufacturer cannot intend to restrict output and must intend [...] to create efficiency”.

35 Herbert Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy* (Fifth Edition, Hornbook 2016) p. 604.

36 OECD. Roundtable on Hub-and-Spoke Arrangements – Background Note (2019).

37 TOYS “R” US (n 19).

Además de la presión que pueden ejercer determinadas empresas, la doctrina ha identificado que en los cárteles H&S es posible que las empresas involucradas en distintos eslabones acuerden distribuir sus ganancias³⁸. La estructura triangular de estos esquemas facilita el intercambio de información entre las empresas actuando en distintos eslabones de la cadena de valor, permitiéndoles a los miembros del cártel actuar de manera más eficiente, incrementando sus ganancias³⁹. A través de estos mecanismos, el acuerdo colusorio puede dar ventajas económicas a minoristas y mayoristas⁴⁰.

Otra razón por la cual un proveedor puede beneficiarse al fomentar la colusión de sus minoristas es para contrarrestar los problemas que se pueden generar como consecuencia de la competencia entre los minoristas⁴¹. Al facilitar la colusión entre los minoristas, el mayorista puede asegurar a las empresas que sus principales competidores no obtendrán una mejor oferta y, de esta manera, detener una agresiva negociación de precios por parte de sus clientes, donde busquen obtener ventajas sobre sus competidores⁴². En el caso de *Double Glazing* en el Reino Unido, la autoridad de competencia de dicho país encontró que existían quejas por parte de los distribuidores debido a la competencia agresiva en precios entre éstos, y que su proveedor solucionó el conflicto intermediando entre ellos precisamente para frenar la guerra de precios⁴³.

De forma similar, en el caso de *Hasbro* se determinó que esta compañía, actuando como un “hub”, había promovido una conspiración entre sus minoristas para atender a las preocupaciones que manifestaban estas empresas con respecto a sus márgenes de ganancia en productos de la marca y la agresividad en la competencia por precios entre ellos⁴⁴.

Adicionalmente, existiendo poder de mercado colectivo o colusión preexistente en el mercado aguas abajo, un proveedor que actúe como “hub” obtendría réditos económicos si decide formar parte del cártel. Esto pues dicha situación podría generar una doble marginalización reduciendo las ventas totales del “hub”⁴⁵. De tal manera, y en línea con lo señalado anteriormente, al participar en el cártel el “hub” podría coadyuvar a coludir (a los agentes aguas abajo) de una forma más eficiente y que suponga menos pérdidas para el “hub”⁴⁶.

38 Amore (n 9) p. 52.

39 Sahuguet and Walckiers (n 32) p. 355.

40 *ibid.* p. 715.

41 Roberto Amore, “Three (or more) is a magic number: hub & spoke collusion as a way to reduce downstream competition” [2016] *European Competition Journal* 28, p. 52.

42 Roberto Amore, “Three (or more) is a magic number: hub & spoke collusion as a way to reduce downstream competition” [2016] *European Competition Journal* 28, p. 35.

43 OECD, “Information Exchanges Between Competitors under Competition Law” (Policy Roundtables, Directorate for Financial and Enterprise Affairs Competition Committee, 2010) p. 31.

44 *Limited and Littlewoods Limited v Office of Fair Trading and JJB Sports Plc v Office of Fair Trading* [2006] EWCA Civ 1318 [CA], párrafos. 114 and 117.

45 Herbert Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy* (Fifth Edition, Hornbook 2016) p. 605.

46 Sahuguet and Walckiers (n 4) p. 715.

Finalmente, existen casos en los que la participación del “hub” tiene una retribución financiera directa. Esto se evidenció en el Cártel de Peróxidos Orgánicos con la participación de AC Treuhand, donde la Comisión Europea encontró que esta empresa era pagada por su rol en el cártel⁴⁷. De manera similar, en el caso de *JTC Petroleum*, la Corte señaló que los miembros del cártel habrían pagado a los productores para que supervisaran y aplicaran las reglas del acuerdo anticompetitivo⁴⁸.

De acuerdo con lo señalado en las líneas anteriores, existen varias razones o circunstancias que pueden motivar la participación de empresas que operan como proveedores o productores en estos esquemas. Las afirmaciones de autores como Bork subestimaban la relevancia de las firmas minoristas y su poder dentro de la cadena de valor⁴⁹. Cabe recalcar que en los últimos años se ha incrementado la concentración en los mercados minoristas o de retail⁵⁰. Por tanto, los acuerdos verticales entre estas empresas y sus proveedores deben examinarse con cierta atención, pues podrían formar parte de acuerdos H&S.

IV. PODER DE MERCADO Y ESQUEMAS H&S

Para que sea probable que las restricciones verticales sean parte de un esquema colusorio H&S, hay que tomar en cuenta el origen de dichas restricciones⁵¹. Los esquemas H&S normalmente se originan de el o los operadores que actúan en el mercado aguas abajo. Al contrario, cuando las restricciones son impuestas de manera unilateral por el proveedor o fabricante, lo más probable es que efectivamente constituyan [restricciones verticales](#), sin un componente horizontal, y que puedan generar eficiencias. En ese sentido, la doctrina reconoce que los acuerdos verticales antes señalados tienen un alto potencial pro competitivo y que pueden promover el incremento de la eficiencia en los mercados⁵². De esta manera, cuando el poder de negociación sea mayor por parte del proveedor o productor, es improbable que se trate de un esquema H&S⁵³. La falta de poder de mercado por parte de las firmas que operan en el mercado descendente ha sido en ocasiones suficiente para que los órganos de justicia desestimen la existencia de un esquema H&S⁵⁴.

El tipo de poder de mercado que deben tener estas empresas no necesariamente debe ser igual a la posición dominante. En el caso de los *E-books*, la Corte determinó que no es necesario demostrar la existencia de posición dominante por parte de él o de las empresas que actúan en el mercado descendente⁵⁵.

47 AC Treuhand payments stopped as the illegal enterprise ended, Organic Peroxides (n 16) párrafo 102.

48 “[...] the cartelists may have been paying the producers to perform the policing function, rather than coercing them, by threats, to do so.”. *JTC Petroleum* (n 15).

49 *Ibid.* p. 698.

50 Paul W. Dobson and Michael Waterson, “The competition effects of industry-wide vertical price fixing in bilateral oligopoly” [2007] *International Journal of Industrial Organization* 935, p. 955.

51 Simon Bishop & Mike Walker *The economics of EC competition law* (3rd Ed., Thomson Reuters 2010), p. 203.

52 Roberto Amore, “Three (or more) is a magic number: hub & spoke collusion as a way to reduce downstream competition”, p. 36.

53 *Ibid.*

54 Este requerimiento es fundamental en los esquemas H&S de Tipo 2, donde la empresa debe promover la conformación de un cártel entre productores o proveedores. Roberto Amore, “Three (or more) is a magic number: hub & spoke collusion as a way to reduce downstream competition” [2016] *European Competition Journal* 28, p. 42. En el caso de OTA, este fue el argumento de una Corte en Estados Unidos, la cual descartó la existencia de un esquema H&S, de la siguiente forma: “[...] OTA Defendants held the sort of market power or influence over Hotel Defendants seen in cases like Toys “R” Us and Interstate Circuit”. *Division Online Travel Company (OTC) Hotel Booking Antitrust Litigation*, Consol. Civil Action No. 3:12-cv-3515-B (2014)

55 “[...] the fact that Apple was not a dominant player in the relevant market in no way diminishes the instructive value [...]. Courts have never found that the vertical actor must be a dominant purchaser or supplier in order to be considered a traditional “hub,” only that this is “generally” the case”. *US v. Apple* (n 24).

Más que la cuota de mercado que pueda tener la firma que actúe en el mercado minorista o aguas abajo, es importante que su posición en el mercado le permita tener suficiente poder de negociación con el o los proveedores, para poder incitar su participación en el cártel⁵⁶. Un ejemplo de esta capacidad es la que tenía *JJB Sports* (un minorista) con respecto a UMBRO, pese a la influencia de esta marca en el mercado. En efecto, según lo señalado en el fallo respectivo, la amenaza de que este minorista cambiase de proveedor era lo suficientemente fuerte como para influir en su comportamiento⁵⁷.

Vale recalcar que la prueba del poder de negociación o posición dominante de las empresas que actúan en el mercado descendente resulta trascendental cuando el caso se apoya en prueba indiciaria o circunstancial, a menos que se trate de un ilícito *per se o por objeto*.

De acuerdo con lo señalado en los párrafos precedentes, los esquemas H&S generalmente tienen las siguientes características:

- Apalancamiento de el o los minoristas/distribuidores con respecto a sus proveedores.
- El uso de este poder para involucrar a la empresa o las empresas en el mercado aguas arriba en el esquema colusorio H&S, ya sea de Tipo 1 o Tipo 2.
- La o las firmas que actúan en el mercado aguas arriba necesitan tener suficiente poder de mercado para que la colusión sea rentable⁵⁸.

V. REQUISITOS PARA SANCIONAR UN H&S

Una vez explicada la naturaleza de estos esquemas, corresponde analizar cuáles son los elementos necesarios para demostrar la existencia de un cártel H&S en un procedimiento. La práctica decisonal internacional en Estados Unidos y la Unión Europea, ha identificado que para sancionar a un esquema H&S, como un acuerdo o práctica restrictiva de la competencia, es necesario demostrar lo siguiente⁵⁹:

- Que existe un grupo de competidores que actúan como “spokes”;
- Que en un eslabón distinto de la cadena de valor actúa una compañía como “hub” facilitando la colusión;
- La existencia de acuerdos verticales que unen a los “spokes”, con el “hub”; y
- La existencia de un entendimiento indirecto que une a los “spokes”.

56 Aun teniendo una cuota monopólica, es posible que la empresa minorista no tenga suficiente apalancamiento con respecto a su proveedor. Por ejemplo, normalmente los proveedores podrían decidir extender su participación al mercado minorista o de distribución. Dependiendo de las características que tengan sus minoristas o distribuidores, esto podría complicarse. Por ejemplo, cuando el mercado aguas abajo se caracterice por ser un mercado multi-producto, como ocurre con los supermercados. Herbert Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy* (Fifth Edition, Hornbook 2016) p. 606-607.

57 En este caso, el órgano judicial señaló lo siguiente: “[...] could have caused Umbro real difficulties by switching some or all of its branded product purchases to a rival such as Nike.” Caso Nos 2005/1071, 1074 and 1623 *Argos Limited and Littlewoods Limited v Office of Fair Trading and JJB Sports Plc v Office of Fair Trading* [2006] EWCA Civ 1318 [CA], párrafo 49.

58 Roberto Amore, “Three (or more) is a magic number: hub & spoke collusion as a way to reduce downstream competition” *European Competition Journal* (2016) 28, p. 42-43.

59 Barak Orbach, “Hub-and-Spoke Conspiracies” [2016] Vol. 15 *The Antitrust Source* <https://www.americanbar.org/content/dam/aba/pub-lishing/antitrust_source/apr16_full_source.authcheckdam.pdf> accessed 20 June 2018, p. 14.

Al momento de demostrar una conducta de esta naturaleza, el desafío más grande es demostrar que el esquema une a los “spokes”, pese a la falta de comunicación entre estos. A falta de un elemento que demuestre la horizontalidad de la conducta, corresponde a la corte o autoridad de competencia analizar una serie de acuerdos verticales⁶⁰.

La prueba de contacto directo entre los competidores podría ser suficiente para demostrar que el esquema es un resultado de la concertación u acuerdo entre estas empresas. Sin embargo, en los esquemas H&S es probable que exista un entendimiento entre competidores sin que exista contacto directo, o sin evidencia de este contacto⁶¹. Para tales casos, donde la prueba puede ser particularmente complicada, las autoridades y jueces respectivos se han apoyado en prueba circunstancial para demostrar el concierto de voluntades entre los “spokes”. Este análisis parte de la premisa de que existe un paralelismo en el comportamiento de los “spokes”, como en los demás cárteles. Junto con el comportamiento paralelo, los acuerdos verticales que unen a estas empresas con el “hub” sirven también como indicios adicionales.

Respecto a las comunicaciones que existen entre el “hub” y los “spokes”, se ha determinado que, si existe suficiente conciencia entre competidores con respecto al flujo de la información por intermedio del “hub”, puede inferirse una concertación entre estos.

Ciertas características en el intercambio de información pueden indicar la existencia de un cártel: (1) puede ser bidireccional, es decir, los “spokes” entregan información, pero también la reciben; (2) puede tener una temporalidad atípica con relación al contacto que ordinariamente debe existir para el negocio; y (3) comúnmente puede incluir quejas de un “spoke” en relación con el comportamiento de otro⁶².

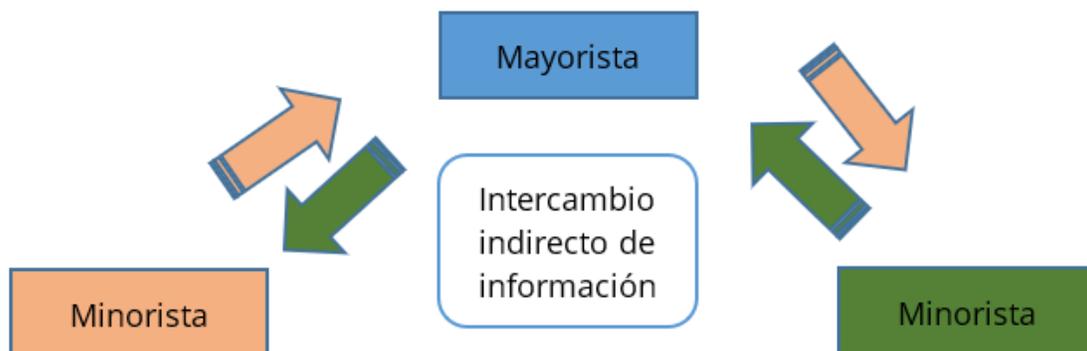


Ilustración 4 Intercambio de información

60 Así lo reconoció una Corte de Apelaciones en Estados Unidos, que señaló: “[...] the [US] Supreme Court made clear that a rimless wheel conspiracy is not a single, general conspiracy but instead amounts to multiple conspiracies between the common defendant and each of the other defendants.” *Dickson v. Microsoft Corporation*. 01-2458. (2002).

61 En el caso de *Hasbro* de Reino Unido, los órganos jurisdiccionales encontraron que era posible que exista una concertación sin la existencia directa de contacto. Este tipo de concertaciones funcionarían con un esquema triangular que explican así: “(i) retailer A discloses to supplier B its future pricing intentions in circumstances where A may be taken to intend that B will make use of that information to influence market conditions by passing that information to other retailers (of whom C is or may be one), (ii) B does, in fact, pass that information to C in circumstances where C may be taken to know the circumstances in which the information was disclosed by A to B and (iii) C does, in fact, use the information in determining its own future pricing intentions [...]” *Argos Limited and Littlewoods Limited v Office of Fair Trading and JJB Sports Plc v Office of Fair Trading* [2006] EWCA Civ 1318 [CA], párrafos 116, 127 y 141

62 Okeoghene Odudu “Indirect Information Exchange: The Constituent Elements of Hub and Spoke Collusion” [2011] *European Competition Journal* 205, p. 234-235.

Las circunstancias que preceden a la aceptación de las restricciones verticales que unen a los “spokes” con el “hub” son también determinantes para inferir la existencia de un acuerdo o concertación. Pues, cuando la aceptación del acuerdo vertical tiene solamente sentido si los demás “spokes” lo aceptan, existiría un indicio importante de que la aceptación es condicional y parte de una concertación⁶³. También puede ser relevante identificar los incentivos económicos que tenían los presuntos miembros del cártel previo a la suscripción de los acuerdos verticales⁶⁴.

Finalmente, cabe recalcar que, pese a que los arreglos H&S se componen de arreglos verticales, su resultado final es un acuerdo anticompetitivo de carácter horizontal. Por esta razón, cuando se logra demostrar que los acuerdos verticales en cuestión son parte de un esquema colusorio, las autoridades respectivas sancionan estas conductas bajo la regla per se, en los Estados Unidos, y como conductas sancionables por su objeto, en la Unión Europea⁶⁵.

VI. H&S EN LA LORCPM ECUATORIANA

Por último, una vez que se han señalado las principales características de los esquemas H&S, cabe analizar si dichas conductas son punibles al tenor de la prohibición de acuerdos y prácticas restrictivas de la LORCPM. Hasta el momento de la redacción de este artículo, no existen casos en los que se haya analizado y castigado una conducta haciendo uso de la teoría de los H&S, y tampoco existen suficientes casos que sancionen acuerdos y prácticas restrictivas que permitan identificar la forma en la que la Superintendencia de Control del Poder de Mercado (SCPM) y los jueces aplicarían la norma correspondiente.

Atendiendo a la literalidad del artículo 11 de la LORCPM, estas conductas son sancionables al tratarse de un acuerdo o concertación prohibida. De acuerdo con lo mencionado arriba, a través de este esquema pueden formularse acuerdos entre competidores que se canalizan a través de un tercero. Aun en los casos donde no exista formalmente un acuerdo, a través del intercambio bidireccional de información, los competidores sustituyen los riesgos de la competencia por una forma de cooperación, lo que debería comprenderse como una práctica concertada⁶⁶.

63 En el caso de Toys “R” US, la Corte concluyó que los proveedores de la juguetería no tenían el interés individual de aceptar una exclusividad con la juguetería. De manera puntual, la corte señaló: “[...] evidence showed that the companies wanted to diversify from TRU, not to become more dependent upon it; it showed that each manufacturer was afraid to curb its sales to the warehouse clubs alone, [...]”; TOYS “R” US (n 19). En el caso de PepsiCo Inc. v CocaCola, en cambio, la Corte de Apelaciones descartó la existencia de un esquema H&S por cuanto no había indicios de condicionalidad para los acuerdos verticales en cuestión que demuestren la existencia de un acuerdo o concertación, Inc. v. the Coca-Cola Company 315 F.3d 101 (2002). En el caso de los *E-books*, existía evidencia de que Apple aseguraba a las Editoriales que sus competidores suscribirían acuerdos similares. *US v. Apple*. En el Reino Unido, con relación a los casos JJB y Hasbro, los tribunales también se apoyaron en la condicionalidad para inferir el concierto de voluntades; *Odudu* (n 75) p. 239. See also *Caso Nos 2005/1071, 1074 and 1623 Argos Limited and Littlewoods Limited v Office of Fair Trading and JJB Sports Plc v Office of Fair Trading* [2006] EWCA Civ 1318 [CA], párrafo 98.

64 En el caso de los *E-books*, la red de acuerdos suscritos con Apple beneficiaba a todas las editoriales, otorgándoles una posición conjunta para negociar con Amazon. Los acuerdos verticales no beneficiaban individualmente a las editoriales si sus competidores no suscribían acuerdos similares; por el contrario, podrían haberse visto afectadas. Una vez suscritos los acuerdos se identificó un cambio de comportamiento colectivo, lo que sirvió también como indicio de la existencia del cártel. *US v. Apple*.

65 En Estados Unidos, *US v. Apple, TOYS “R” US* (n 19) US. En la Unión Europea el caso de *Organic Peroxides*, párrafo 354. En el Reino Unido, *Caso Nos 2005/1071, 1074 and 1623 Argos Limited and Littlewoods Limited v Office of Fair Trading and JJB Sports Plc v Office of Fair Trading* [2006] EWCA Civ 1318 [CA], párrafo 141.

66 Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. asunto C-8/08 (*T-mobile*)

Si bien no existe un numeral específico que mencione a este tipo de esquemas, esto no significa que no estén prohibidas. Dependiendo de la finalidad y el alcance del esquema colusorio, podría adaptarse a varios numerales. Por ejemplo, si el cártel incrementa los precios, podría adaptarse a la descripción del numeral 1⁶⁷. Además, en el supuesto de que se considere que los esquemas H&S no se adaptan a los numerales, la tipificación del artículo 11 prohíbe todo tipo de prácticas descritas en el primer inciso. En efecto, el legislador fue bastante claro al utilizar las palabras “en particular”, previo a la enumeración de conductas, manifestando que la descripción de conductas en los numerales tiene un sentido meramente ejemplificativo.

Asimismo, habiendo adoptado la prohibición establecida en el sistema comunitario europeo a nuestro país, la línea jurisprudencial de esa jurisdicción sirve como referencia para la aplicación de la LORCPM. El artículo 11 de la LORCPM tipifica la prohibición a los acuerdos restrictivos a la competencia, a través de una estructura tripartita: (1) prohibición, (2) excepción y (3) sanción, que se asemeja a la estructura de la prohibición contenida en el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). Al respecto, el Superintendente de Control del Poder de Mercado señaló: *“Es evidente entonces como la normativa ecuatoriana en materia de competencia no solo replica la división entre conductas sancionables por su objeto y efecto del modelo europeo, sino que también recoge su estructura tripartita”*⁶⁸. En dicho régimen, los esquemas H&S son interpretados como formas de acuerdos o concertaciones de carácter horizontal y sancionados por ser anticompetitivas en su objeto.

Bajo nuestra normativa, atendiendo a la experiencia internacional y lo establecido en el artículo 8 del Reglamento a la LORCPM, corresponde sancionar a estas conductas por tener un objeto anticompetitivo. De esta forma, estas conductas deberían ser evaluadas como prácticas prohibidas por su objeto.

Para la detección de este tipo de conductas la autoridad debería observar elementos estructurales y de comportamiento que puedan indicar la posible existencia de un H&S. De acuerdo con lo anotado anteriormente, este tipo de esquemas se desarrollan principalmente cuando existe un alto grado de concentración o dominancia en el mercado minorista o descendente, y estos tienen un alto grado de poder de negociación frente a sus proveedores. Dicha estructura, junto con el comportamiento paralelo en el mercado y restricciones verticales, podrían indicar un esquema de este tipo.

Respecto a su prueba, la SCPM ha hecho uso de pruebas indiciarias para la sanción de cárteles. En un reciente caso de sanción de un esquema colusorio, la Comisión de Resolución de Primera Instancia enfatizó en la necesidad de utilizar indicios para la detección y prueba de estos cárteles⁶⁹.

Respecto a la responsabilidad del “hub”, aun cuando este no compita en el mercado relevante, nada obsta para que sea considerado como un sujeto infractor, al haber aceptado participar en un acuerdo colusorio, ejecutando la conducta tipificada en el artículo 11 de la LORCPM⁷⁰.

67 El primer numeral del artículo 11 de la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder del Mercado prescribe como acuerdos y prácticas prohibidas todas las conductas dirigidas a fijar de manera concertada o manipular precios, tasas de interés, tarifas, descuentos, u otras condiciones comerciales o de transacción, o intercambiar información con el mismo objeto o efecto.

68 Resolución dictada en el expediente No. SCPM-CRPI-2015-019 (*“Recapt 2”*).

69 La sanción se impuso sobre la base de indicios en la presentación de ofertas, indicios en el comportamiento fuera de compras públicas e indicios sobre el comportamiento transaccional de las empresas. Incluso se tomó en cuenta la existencia de vínculos familiares entre los miembros del esquema colusorio. EXPEDIENTE No. SCPM-CRPI-004-2022. De igual manera, el caso de Recapt-Solnet, se hizo uso de prueba indiciaria para concluir la existencia de un esquema colusorio, tales como coincidencias en las posturas presentadas en contratación pública por dichas empresas.

70 De acuerdo con el Art. 77 de la LPM toda persona natural o jurídica que realice un acto prohibido es un sujeto infractor. Sin embargo, es cuestionable si puede sancionarse a una entidad o persona que no califique como operador económico y que opere como un “hub” en este esquema.

VII. CONCLUSIÓN

Los esquemas H&S son formas de colusión con características únicas. Se conforman con un grupo de competidores que instrumentan el acuerdo anticompetitivo con la ayuda o presión de una empresa que opera en un eslabón distinto. Los competidores, “spokes”, mantienen acuerdos verticales con dicha empresa, “hub”, a través de los cuales implementan o estabilizan al cártel.

Normalmente el objetivo o resultado de estos esquemas es afectar a la competencia en el mercado aguas abajo donde participa una empresa, actuando como “hub”, o un grupo de empresas, actuando como “spokes”, según el tipo de H&S. La o las empresas mencionadas, actúan sobre la base de su poder de negociación, incentivando o forzando al o los proveedores a los que involucra el esquema.

Al demostrar la existencia de un esquema H&S, es fundamental descartar que los acuerdos sean puramente verticales. Por la naturaleza triangular de los esquemas H&S, es probable que en muchos casos no exista evidencia del contacto directo entre competidores, dificultando la comprobación y sanción del caso.

En tales circunstancias, la autoridad de competencia o el demandante podrán apoyarse en elementos indiciarios que permitan inferir la existencia del esquema. Entre otros elementos, debe analizarse la naturaleza y características de las comunicaciones que existan entre el “hub” y los “spokes”, pues podría inferirse una concertación cuando estos intercambios tengan las características antes anotadas. Asimismo, debe examinarse si el comportamiento de los “spokes” tiene lógica desde su perspectiva individual, o bien, si se evidencia alguna condicionalidad que demuestre que los acuerdos verticales solamente resultan rentables en el caso de que también sean aceptados por sus competidores. De igual manera, deberá identificarse si existió intercambio de información y cuáles son las características de este intercambio. En otras palabras, a falta de evidencia directa de la concertación, es fundamental que los indicios permitan probar que el comportamiento es conjunto y no independiente.

Por último, aun cuando no exista contacto o acuerdo directo entre competidores, la LORCPM prohíbe los esquemas H&S en su artículo 11. Esta norma prohíbe todo tipo de acuerdo o concertación que sea anticompetitivo por su objeto o efecto. Sin perjuicio de que se considere que los esquemas H&S puedan adaptarse a algún numeral del artículo señalado, estos son meramente ejemplificativos, por lo que basta que la conducta se adapte a la prohibición general establecida en el primer inciso, para que esté prohibida y deba ser sancionada. Conforme con las decisiones adoptadas por la SCPM, la prueba indiciaria y estructural ha sido suficiente para demostrar la existencia de un cártel, de modo que es razonable pensar que podrían aplicarse estos mismos estándares para sancionar un esquema H&S.



Este documento se encuentra sujeto a los términos y condiciones de uso disponibles en nuestro sitio web:
<http://www.centrocompetencia.com/terminos-y-condiciones/>

Cómo citar este artículo:

Bernardo Maya, "¿Sanciona Ecuador a los carteles Hub-and-Spoke?", *Investigaciones CeCo* (octubre, 2022),
<http://www.centrocompetencia.com/category/investigaciones>

Envíanos tus comentarios y sugerencias a info@centrocompetencia.com
CentroCompetencia UAI – Av. Presidente Errázuriz 3485, Las Condes, Santiago de Chile