

# **El delito de colusión en Chile: Propuesta analítica de la conducta prohibida a través de su interpretación como un acuerdo anticompetitivo\***

---

Artaza V., Osvaldo; Belmonte P., Matías; Acevedo M., Germán  
El delito de colusión en Chile: Propuesta analítica de la conducta prohibida a través de su interpretación  
como un acuerdo anticompetitivo\*  
Ius et Praxis, vol. 24, núm. 2, 2018  
Legal Publishing Chile  
Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=19758438015>

## Artículos de Investigación

# El delito de colusión en Chile: Propuesta analítica de la conducta prohibida a través de su interpretación como un acuerdo anticompetitivo\*

Collusion crime in Chile: Analytical proposal of the prohibited conduct through its interpretation as an anticompetitive agreement

Osvaldo Artaza V.<sup>1</sup> oartaza@utalca.cl

*Universidad de Talca, Chile*

Matías Belmonte P.<sup>2</sup> matiasbelmonteparra@gmail.com

*Fiscalía Nacional Económica, Chile*

Germán Acevedo M.<sup>3</sup> geacevedo@utalca.cl

*Universidad de Talca, Chile*

Ius et Praxis, vol. 24, núm. 2, 2018

Legal Publishing Chile

Recepción: 11 Noviembre 2017  
Aprobación: 31 Agosto 2018

Financiamiento

Fuente: Fondecyt  
Nº de contrato: 11150194

CC BY

**Resumen:** El presente artículo ofrece una propuesta interpretativa de la conducta prohibida del delito de colusión descrito en el artículo 62 del D.L. N° 211 chileno. Para esto parte de la base que el legislador chileno ha incorporado a nuestro ordenamiento lo que se conoce como un delito de peligro abstracto a través del cual se prohíbe la celebración, organización o ejecución de aquellos acuerdos anticompetitivos que han sido considerados como especialmente graves (los carteles duros). Con todo, se detecta una serie de dificultades a la hora de delimitar qué es aquello que realmente ha prohibido el legislador. Con el objeto de resolver este problema se procede al análisis de sus elementos constitutivos y la constatación de la complejidad asociada, en primer lugar, a qué es lo que debiera entenderse por un acuerdo en este ámbito y al problema posterior relativo a cuándo tal acuerdo se debe comprender como anticompetitivo.

**Palabras claves:** Derecho penal económico, delitos de peligro, colusión, carteles duros, acuerdos anticompetitivos.

**Abstract:** This article offers an interpretative proposal of the prohibited conduct of collusion crime described in article 62 of the Defense of Free Competition Chilean Law. To do so, starts with the understanding that our legislator incorporated an endangerment offense. Through this crime prohibits the celebration, organization or execution of those anticompetitive agreements considered especially dangerous (hard core cartels). Nevertheless, a series of difficulties are detected in the task of determine which conduct is truly prohibited by the legislator. With the object of resolving this problem its constitutive elements are analyzed, highlighting the complexities associated to the understanding of agreement concept in this context, and the subsequent problem of establishing when such an agreement must be regarded as anticompetitive.

**Key words:** Economic criminal law, endangerment offenses, collusion, hard core cartels, anticompetitive agreements.



## 1. Consideraciones previas: La tipificación del delito de colusión en Chile y objeto del artículo

En forma reciente el legislador chileno, a través de la dictación de la Ley 20.945, ha introducido una serie de modificaciones al sistema de protección de la libre competencia de nuestro país. Si bien es cierto durante la discusión parlamentaria se reconocieron los importantes avances que se han presentado en este ámbito, se constata la necesidad de efectuar ciertos ajustes a la institucionalidad respectiva con el objeto de prevenir y sancionar adecuadamente las prácticas anticompetitivas.

A través de tal modificación se incorpora un sistema mixto o conjunto de protección de la libre competencia<sup>1</sup>, ya que para tales efectos se recurre tanto al anterior Derecho de la libre competencia<sup>2</sup>, como regla general, y al Derecho penal, como medio de reacción adicional frente a las conductas que el legislador considera de mayor gravedad, esto es los llamados “carteles duros”<sup>3</sup>, a través de la siguiente disposición:

**Artículo 62°.** El que celebre u ordene celebrar, ejecute u organice un acuerdo que involucre a dos o más competidores entre sí, para fijar precios de venta o de compra de bienes o servicios en uno o más mercados; limitar su producción o provisión; dividir, asignar o repartir zonas o cuotas de mercado; o afectar el resultado de licitaciones realizadas por empresas públicas, privadas prestadoras de servicios públicos, u órganos públicos, será castigado con la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo<sup>4</sup>.

De esta forma, el legislador opta por introducir un tipo penal que responde perfectamente a dos características propias de lo que se conoce como Derecho penal económico. Esto es, por una parte, la protección de ciertos intereses que no dirían relación con la protección clásica de bienes jurídicos individuales, sino que se reconocería la necesidad de complejizar el sistema penal a través del resguardo de bienes jurídicos supraindividuales, es decir, sociales, colectivos o intereses de la comunidad<sup>5</sup> y, por otra parte, a la utilización de mecanismos de protección de los mismos que no exigirían la lesión de la sustancia de bienes jurídicos sino que se satisfarían con la mera puesta en peligro de los mismos<sup>6</sup>.

Como resulta obvio, la primera característica se cumple, ya que el bien jurídico protegido por el tipo penal en comento es un bien jurídico institucional, esto es, la competencia económica<sup>7</sup>. Justamente la legitimación de su protección vendría dada por los beneficios para la comunidad que traería aparejada en el marco de un sistema económico de libre mercado. Por otra parte, y como segunda característica, el legislador ha optado por establecer un sistema de protección penal que no exige en ningún caso de la lesión o puesta en peligro de intereses individualizables. Esto quiere decir que ha recurrido a lo que se conoce como delitos de peligro abstracto<sup>8</sup>.

Dos clarificaciones se deben efectuar al respecto. La primera de ellas dice relación con la vaguedad asociada, por lo general, al concepto de

delito de peligro abstracto<sup>9</sup> y la segunda, a la de clarificar si, realmente, el tipo penal en comento, responde a tales características.

Siguiendo acá a García Cárdenas, diremos que lo que caracteriza a un delito de peligro abstracto es que sancionan “comportamientos en general peligrosos sin requerir que se haya puesto en peligro o lesionado un objeto valorado positivamente<sup>10</sup>”. Estos delitos se entenderían debido a la “necesidad del legislador penal de establecer, a pesar de las distintas representaciones individuales divergentes, unas máximas iguales para todos<sup>11</sup>”, por tanto, es el Estado el que define, en ciertos casos en que podría existir disenso, que un sujeto está infringiendo expectativas sociales de relevancia penal. Como el mismo autor sostiene, es irrelevante si, por ejemplo, en el caso concreto de un manejo en estado de ebriedad, el individuo considera o no que ha puesto en peligro a alguien, ya que el legislador ha decidido, con anterioridad que tal conducta resulta reprochable<sup>12</sup>.

Habiendoclarificado qué se entenderá acá por delito de peligro abstracto, conviene ahora detenerse en las características del tipo penal en estudio que autorizarían a clasificarlo en tal categoría. Como queda en evidencia, el tipo penal solo exige que se efectúe determinada actividad encaminada a un objeto en particular, sin contemplar lesión alguna a intereses individualizables, como podría ser, por ejemplo, el de los consumidores. Pero, al mismo tiempo, tampoco se contempla, en el mismo, la generación de un resultado de peligro, como característica propia de los delitos de peligro concreto. Esto queda en evidencia si se considera lo dispuesto por el artículo 3º del D.L. N° 211 como figura genérica de prohibición de los acuerdos anticompetitivos<sup>13</sup>. Para el caso de lo que se conoce como “carteles duros”, contenidos en la primera parte de la letra a) de esta disposición, bastaría con la realización de la conducta prohibida, esto es, el acuerdo entre competidores en atención al objeto del acuerdo. No así para los casos contemplados en la parte final de la letra a) donde efectivamente el legislador exige que el acuerdo entre competidores haya creado un estado de cosas como consecuencia de la conducta del autor (resultado), esto es, les haya conferido “poder de mercado<sup>14</sup>”.

Para la constitución de un tipo penal de colusión como un delito de peligro abstracto, la comentada modificación legal se complementa, además, con una práctica jurisprudencial incluso anterior a la criminalización de tales casos de ilícitos, de acuerdo con la cual para su sanción no era necesario acreditar un resultado gravoso (es decir, una lesión) respecto de un sujeto pasivo<sup>15</sup>. En efecto, tanto el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (en adelante TDLC), como la propia Corte Suprema de nuestro país han señalado, en resumidas cuentas, lo siguiente:

“...los 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<sup>16</sup>”.

Como se puede apreciar, lo único que exigiría nuestra jurisprudencia es que el acuerdo que se haya alcanzado sea **apto para producir un efecto contrario a la libre competencia, al menos potencialmente**. Con todo, más que la mera constatación de si se trata o no de un delito de peligro y de qué clase, lo que parece más necesario es delimitar, a fin de cuentas, qué clase de conductas son aquellas que el legislador ha prohibido por presumir que se trata de conductas especialmente graves o peligrosas contra el interés protegido<sup>17</sup>.

Por lo mismo, el propósito de este artículo es contribuir a la **interpretación de este nuevo tipo penal** para lo cual nos abocaremos principalmente a la delimitación de la **conducta prohibida** por este mismo, entendiendo que una de las principales dificultades que se presentan viene dada, como se pretende demostrar, por el hecho de que no se resulta para nada evidente el contenido de la prohibición y que una comprensión adecuada del tipo penal supone analizar en detalle qué es lo que debe entenderse como un “**acuerdo anticompetitivo**”, como categoría general que englobaría todas las modalidades de la conducta contenidas en el art. 62 del D.L. N° 211.

Como se podrá apreciar, el legislador habría escogido cierta clase de conductas que, por su objeto, deben ser entendidas como peligrosas por ser anticompetitivas y, por ende, perjudiciales para la consecución de los objetivos beneficiosos que se asocian a la institución protegida. Con todo, esto obliga a un análisis correcto o detallado de a qué clase de conductas se refiere el legislador para evitar malos entendidos. Tal análisis se compondrá de dos partes: a) En primer lugar el relativo a qué debiéramos entender por un acuerdo en este contexto y; b) la constatación de los criterios para delimitar si se trata o no de un acuerdo de aquellos que deben entenderse como anticompetitivos.

## 2. El “acuerdo” como elemento esencial del tipo penal de colusión

Como ya se ha señalado, nuestra Corte Suprema ha indicado, en reiteradas ocasiones, que uno de los elementos esenciales de la colusión está constituido por la presencia de un acuerdo<sup>18</sup>. Por tanto, para poder delimitar adecuadamente el tipo penal resulta útil tener en cuenta la extensión que se le ha otorgado a tal concepto en nuestra práctica. A este respecto, por ejemplo, el TDLC sostuvo, en *Fiscalía Nacional Económica con Servicios Pullman Bus Costa Central S.A. y otros*, que un acuerdo es un “entendimiento común sobre los términos de coordinación [...] que da lugar a un resultado colusorio en el mercado<sup>19</sup>”.

Por otro lado, el TDLC ha sido especialmente cuidadoso en la caracterización de la constancia del “elemento volitivo” de un acuerdo. En *Fiscalía Nacional Económica contra Asfaltos Chilenos S.A.<sup>20</sup>*, ha determinado que éste “puede ser expreso o tácito, escrito u oral, de ejecución instantánea o diferida, formal o informal. Si bien éste puede ser implícito e incluso tácito, solamente exige que se manifieste

voluntad de los partícipes en orden a concretarlo”. Esto es especialmente importante porque, como veremos un poco más adelante, el TDLC identifica correctamente que el contenido conceptual de un acuerdo anticompetitivo es indiferente a los medios que se utilicen -tácitos o expresos, orales o escritos, formales o informales- en cuanto a lo que su materialización se refiere.

Lo primero que se debe tener en cuenta es que, en la actualidad, en el ámbito de la protección de la libre competencia, no resulta evidente qué debe comprenderse como un acuerdo, y esto porque podría entenderse tanto desde una perspectiva preminentemente subjetiva (como “encuentro de mentes”) o desde una objetiva, esto es, como acto comunicativo entre competidores. El propósito de este apartado es, precisamente, entender el elemento del acuerdo como un acto con contenido comunicativo entre competidores, es decir que, una práctica concertada en este ámbito requeriría, al menos, de **comunicación** entre aquellos que debieran competir<sup>21</sup>. Lo anterior resulta del todo relevante para poder distinguir a los acuerdos anticompetitivos, de ciertas prácticas que pueden tener consecuencias similares desde el punto de vista de la protección de la competencia, pero que, por ausencia de un acuerdo, no serían punibles<sup>22</sup>. En estos últimos casos podría llegar a existir una **voluntad común**, es decir, que los competidores “estén de acuerdo” sobre el precio de un producto, p. ej., pero sin que lo anterior se haya debido a que hayan llegado a un acuerdo entre los mismos. Esto quiere decir que para la configuración de un acuerdo no se podría atender exclusivamente a criterios subjetivos, por ejemplo, la mera voluntad de actuación en forma similar, sin atender a la constatación de elementos objetivos que exterioricen tal voluntad mediante comunicación entre los competidores<sup>23</sup>.

Por otra parte, y como se podrá apreciar, resulta insuficiente entender el acuerdo como una comunicación entre competidores si no se define, a continuación, qué valdrá como comunicación para tales efectos y cómo la misma puede entenderse exteriorizada.

Al respecto, resulta de suma utilidad atender a la práctica comparada, ya sea la norteamericana o la propia de la Unión Europea, en la medida en que de la misma se puede extraer información relevante para el análisis de este elemento. Así, por ejemplo, en Estados Unidos, la sección 1 del Acta Sherman criminaliza todo “contrato, combinación o conspiración que restrinja el comercio”. Con todo, tanto la jurisprudencia como la dogmática sobre protección de la competencia de este medio han utilizado el concepto de *acuerdo* en un sentido amplio para analizar tales conductas prohibidas, ya que incluiría todos los conceptos utilizados por la sección 1. Por ello, la primera cuestión que resulta de interés del contexto norteamericano es que, de hecho, bastaría *sólo* *acordar* la realización de acciones concertadas que tendrían efectos anticompetitivos para la sanción bajo los términos de la sección 1 del Acta Sherman.

En forma similar, el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea prohíbe “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 interior”<sup>24</sup>. Es por esta razón que la dogmática europea ha prestado especial atención a la tarea de analizar el contenido conceptual de los acuerdos anticompetitivos, utilizando distinciones y categorías similares a la tradición norteamericana y que, por lo demás, han sido recogidos por nuestra jurisprudencia<sup>25</sup>. Al igual como ha sucedido en el contexto norteamericano, se ha propuesto la categoría general de *acuerdos anticompetitivos* para englobar las acciones tipificadas por el artículo 101 del Tratado<sup>26</sup>.

Como ya se ha señalado, una de las principales razones por las cuales la doctrina y jurisprudencia han propuesto criterios interpretativos para comprender este elemento dice relación con la necesidad de diferenciarlo de ciertas prácticas con efectos similares, pero que no provendrían de una comunicación entre competidores. Utilizando el esquema identificado por Page<sup>27</sup>, existirían cuatro tipos de conductas que deben ser diferenciadas para clarificar lo que contaría como un acuerdo en el contexto de la protección de la competencia.

i) **Conducta independiente:** En tales casos los competidores no toman en consideración el actuar de los demás para orientar su conducta en el mercado<sup>28</sup>. Lo que los otros competidores hagan aquí es enteramente irrelevante como razón para la toma de decisiones. Es la racionalidad típica de los mercados no concentrados y que carecen de liderazgos de precios (*price leadership*)<sup>29</sup> o de predictibilidad de las acciones de los otros agentes del mercado.

ii) **Conducta interdependiente:** Se trata de conductas en las que las acciones de los competidores individualmente considerados coinciden entre sí solo porque existen expectativas de que todos actuarán del mismo modo<sup>30</sup>. Es típica de los mercados concentrados u oligopolios, en las que los competidores fijan un precio *en razón* de lo que esperan que los demás agentes hagan. En un pasaje -citado ampliamente- de una decisión de una corte del 2º circuito de Estados Unidos,

[e]l comportamiento meramente independiente, como acciones realizadas por actores del mercado que tienen conocimiento de y anticipan acciones similares de sus competidores, no cubre lo que un acuerdo tácito implica<sup>31</sup>.

Similarmetnente la Corte Suprema Norteamericana en *Monsanto Co. v. Sprite-Rite Service Corp.*,

“[e]l estándar correcto es que debe existir evidencia que tienda a excluir la posibilidad de que el productor y el distribuidor estuvieran actuando independientemente. Esto es, debe existir evidencia directa o circunstancial que razonablemente tienda a probar que el productor y otros tuvieron un compromiso consciente, con un esquema común diseñado para alcanzar un objetivo ilegal”<sup>32</sup>.

Este estándar muestra, *mutatis mutandis*, que las actividades independientes de los competidores se pueden ejercer discrecionalmente<sup>33</sup>. Hay ciertas prácticas, en este sentido, que a pesar de

mostrarse externa y públicamente como actividades efectuadas sobre la base de un entendimiento común (p. ej., precios similares en productos determinados en cadenas de supermercados; precios similares en la bencina en bencineras distintas) no hay en ellas acciones concertadas, y, por lo tanto, no hay un acuerdo. Este es el caso del así llamado “liderazgo de precios” (*price leadership*): cuando un agente que cuenta con una posición fuerte en un mercado sube los precios, el resto de ellos tenderá a imitar lo que está haciendo<sup>34</sup>. Pero también es el caso de los mercados altamente estables, en los que un alto número de competidores participa con mercancías estandarizadas: en ellos, los precios equivalentes resultan enteramente compatibles con decisiones independientes<sup>35</sup>. En este tipo de casos, se presenta lo que la jurisprudencia y doctrina norteamericana han llamado “paralelismo consciente” de los agentes, es decir, acciones equivalentes (respecto, p. ej., al precio) que son decididas conscientemente por los competidores<sup>36</sup>, pero sin acuerdo de ningún tipo<sup>37</sup>.

Similarmente, el artículo 101 del TFUE se aplica solo a conductas coordinadas y no a conductas unilaterales -aunque paralelas- que afecten la competencia<sup>38</sup>. Por lo mismo, para Wijckmans y Tuytschaever, en la Unión Europea se ha considerado que hay un espacio lícito en el cual los agentes de un mercado pueden adaptarse al mismo conforme a las acciones de sus competidores. Esta adaptación debe realizarse, de todos modos, de un modo completamente independiente, es decir, queda excluida la posibilidad de adaptación que suponga un contacto directo o indirecto con otros agentes del mercado que pueda influenciar sus decisiones, o la revelación de información sensible respecto de su propia conducta: en definitiva, se prohíbe todo **contacto con el objetivo específico de crear condiciones anormales de cooperación**<sup>39</sup>. La forma de coordinación de esa conducta no sería relevante. Lo importante es que las partes hayan expresado, de algún modo, su “intención conjunta de tomar en cuenta el interés del otro y actuar de cierta manera que tiene por objeto o efecto la restricción de la competencia”<sup>40</sup>.

iii) **Acuerdos tácitos**<sup>41</sup>. Se trata de una coordinación que puede ser explicada más allá de la interdependencia de conductas y de un paralelismo consciente, pero que no cuenta con los rasgos típicos de una “conspiración tradicional”, esto es, un acuerdo en el que “los acusados se juntaran e intercambiaron garantías respecto de la acción común”<sup>42</sup>. Según Page, un acuerdo tácito se muestra en “acciones interdependientes coordinadas previamente por comunicaciones de intenciones competitivas, en circunstancias en las que las comunicaciones no proveen ningún beneficio a otros agentes, especialmente a los consumidores”<sup>43</sup>.

Este es el caso de *United States v. Foley*. Foley era un corredor de propiedades quien, junto a otros colegas, quería extender su comisión de 6% a un 7%. Luego de fracasar en la iniciativa de hacerlo individualmente, citó a una reunión en la que realizó ciertos comentarios respecto de las condiciones económicas de su empresa, y que, más allá de lo que los otros

corredores de propiedades que atendieron a la reunión hicieran, él subiría su comisión a un 7%. Se evidenció en el caso que los acusados, de hecho, subieron varias de sus comisiones a un 7% después de la reunión<sup>44</sup>.

Como se ve, en el caso nunca existieron promesas de que se llevaría a cabo el objetivo común, o intercambio de garantías alguno respecto de la acción concertada<sup>45</sup>. Bastó, en cambio, una comunicación que ni siquiera supuso un guiño de un ojo, ni mucho menos una constancia escrita. Así Page muestra, citando el caso *Flat Glass*, que los criterios distintivos de un acuerdo tácito son: i) comunicación de una intención (de precio u otra); ii) fijación interdependiente de precios (u otro) y; iii) la base para una inferencia de una relación causal entre ambas,

“los intercambios de información están [...] vinculados fuertemente con comportamiento concertado y parecen, por lo tanto, más deliberados. Varios de los documentos claves enfatizan que los aumentos relevantes de precio no eran justificables o sostenibles económicamente, sino que requerían que los competidores no se retiraran (del acuerdo). [...] Las predicciones del comportamiento respecto de los precios fueron seguidas por un cambio efectivo de los mismos”<sup>46</sup>.

Similarmente en *Paramount Pictures v. U.S.*,

“[n]o es necesario encontrar un acuerdo expreso para encontrar una conspiración. Es suficiente que se haya contemplado una acción concertada y que los acusados se ajustaron al acuerdo”<sup>47</sup>.

**iv) Acuerdos expresos.** Teniendo en cuenta lo anterior, un acuerdo expreso es solo el caso más perspicuo de colusión. Siguiendo a Baker, un acuerdo expreso es un “proceso que la ley objeta: una negociación que concluye cuando las partes acuerdan garantías mutuas acerca de que el acuerdo al que llegaron se llevará a cabo”<sup>48</sup>.

Las distinciones recientemente efectuadas resultarían del todo relevantes para delimitar la conducta prohibida a través del tipo de colusión, ya que como se podrá apreciar, al menos en el ámbito comparado se empieza a detectar la necesidad de diferenciar ciertos casos en que los competidores actúan con cierta voluntad común, pero sin que ésta se debiera a que hubieran llegado a un acuerdo<sup>49</sup>. Así, por ejemplo, en el ámbito estadounidense, donde parecía que los casos tempranos en que se aplicó el Acta Sherman tenían una definición demasiado amplia de acuerdo<sup>50</sup>. Aunque de acuerdo a Sacharoff, esa tendencia habría sido abandonada por cortes menores<sup>51</sup> y la Corte Suprema norteamericana<sup>52</sup> en algunos casos, la definición temprana de colusión se muestra como excesivamente amplia. La fiscalía o demandantes “deben probar -dice Sacharoff- más que una mera conducta paralela... algunos factores extra que den cuenta de un acuerdo o, en palabras de una corte, compromiso”<sup>53</sup>.

Así, la comprensión de los acuerdos como una “armonía de opinión” a la que podrían llegar independientemente los agentes resultaría demasiado **ambigua**<sup>54</sup>. Sacharoff utiliza el siguiente ejemplo: tal como los médicos pueden tener la *misma opinión* sobre un tema, *v. g.*, que el cigarro causa cáncer, sin haber acordado de ningún modo el arribo mutuo a esta

conclusión, dos agentes de un mercado específico pueden fijar el mismo precio sin haberlo acordado en el sentido relevante de las conspiraciones. Están “de acuerdo” en el precio, pero no porque lo acordaran. Podría decirse, en este sentido, que existe un estado de cosas al que se puede llegar sin que dos o más mentes se encuentren en el camino; y un acuerdo punible que trata sobre acordar la realización de acciones concertadas tendientes a la fijación de un precio u otro efecto anticompetitivo<sup>55</sup>.

Por ello no resulta extraño que después de 125 años de vigencia, el concepto de acuerdo de la Sección 1 del Acta Sherman se mantenga incierto<sup>56</sup>. Pero sí hay ciertas cuestiones, como sostiene Sacharoff, sobre las que existe claridad: no basta una mera “armonía de opinión”, o inclusive, como hemos visto, una armonía en la acción. En el año 2007, la Corte Suprema norteamericana declaró en *Atlantic Corp v Twombly* que

“[a]unque probar la existencia paralela del mismo “comportamiento en los negocios es admisible como prueba circunstancial, de la cual” un acuerdo puede ser deducido, queda corto cuando se trata de “establecer conclusivamente un acuerdo o [...] por sí mismo constituir un delito contra el Acta Sherman” [...]. La falta de adecuación al mostrar una conducta paralela o interdependiente, sin más, muestra la ambigüedad del comportamiento: consistente con una conspiración, pero tanto como lo es con una estrategia de negocios racional y competitiva impulsada por percepciones comunes del mercado”<sup>57</sup>.

Como hemos podido observar, tanto en la discusión norteamericana como la de la Unión Europea no ha sido una verdadera preocupación la - posible- distinción entre “contrato”, “combinación” y “conspiración”, por un lado, y “acuerdo” “decisión de asociación” y “prácticas concertadas”, por otro, ya que la tendencia internacional ha optado por englobar las prácticas que caen bajo el concepto de colusión en el concepto genérico de acuerdos anticompetitivos<sup>58</sup>.

Así, existirá colusión entre las partes en aquellos casos en que se comunicarán y acordarán inequívocamente un curso de acción ilícito<sup>59</sup>, más allá de si este es un contrato, una conspiración, una práctica concertada, etc. Es por ello que un acuerdo anticompetitivo puede constar en papel, un par de correos electrónicos, o haberse realizado oralmente en una conversación informal, inclusive si en ella no se mencionaran las palabras “estoy de acuerdo” o alguna formulación similar<sup>60</sup>. No hay, así, una forma rígida que determine lo que cuenta como la producción de un acuerdo: les compete a los tribunales definir “si las palabras precisas que fueron intercambiadas en un intercambio explícito son suficientes para constituir un acuerdo”<sup>61</sup>. En todo caso, la Corte Suprema norteamericana sí se ha pronunciado sobre algunos de los elementos que debe tener un acuerdo en los términos de la Sección 1. Así, en *Interstate Circuit*, sostuvo que

“la aceptación por los competidores, sin previo acuerdo, de una invitación a participar en un plan, el que produciría como consecuencia, en caso de realizarse, una restricción del comercio interestatal, es suficiente para establecer una conspiración ilícita según el Acta Sherman”<sup>62</sup>.



Este caso muestra, según Kovacic y en conjunto con *American Tobacco Co., Paramount Pictures, Inc.* y *Theatre Enterprises*, que para la Corte hay tres puntos conceptuales de referencia en la definición de un acuerdo. En primer lugar, la jurisprudencia caracterizaría toda acción concertada como una coordinación entre agentes que se realiza no solo por intercambios de garantías; en segundo lugar, las cortes, basándose en pruebas circunstanciales, aceptarían inferir acuerdos anticompetitivos cuando sea más probable que la conducta ocurriera debido a una acción concertada; en tercer lugar, las cortes desecharían la existencia de un acuerdo en aquellos casos en que el demandante solamente probara que los acusados interdependientes copiaron decisiones de sus competidores<sup>63</sup>.

Por consiguiente, se entiende así que con la expresión acuerdo “tácito” o “expreso” solo se esté haciendo referencia, en el fondo, a dificultades probatorias y estándares para tener por acreditada la presencia de un acuerdo, pero no a tipos de acuerdos diversos. En ese sentido, por “expreso” se entiende la ausencia de vaguedad o ambigüedad. En términos funcionales, un acuerdo sería expreso cuando lo comunicado entre las partes es suficiente para determinar que existe un comportamiento interdependiente concertado con un objetivo prohibido<sup>64</sup>. De modo contrario, por lo tanto, “tácito” sería todo acuerdo que no cumple con estas características, es decir, aquellos casos en los que lo comunicado entre las partes no es suficiente, por sí solo, para dar cuenta de la existencia de acciones concertadas entre ellas.

De todos modos, según Kovacic, no se ha ofrecido aún un criterio útil para identificar qué cuenta como acciones concertadas<sup>65</sup>. Más allá de los distintos factores extra que se pueden identificar en la jurisprudencia<sup>66</sup> y la ausencia de una gradación del valor probatorio a ellos otorgados<sup>67</sup>, lo cierto es que debe existir algún tipo de comunicación entre las firmas (según lo discutido *supra*) tendiente a transmitir intenciones tanto como un compromiso con el plan de acción concertado<sup>68</sup>. De hecho, en *Theatre Enterprises*, la Corte consideró que una acción concertada entre firmas podría realizarse por medios distintos a un intercambio directo de garantías<sup>69</sup>, y que, como se sostuvo 7 años después en *Tobacco*, lo único requerido sería “una unidad de propósito, un diseño común y un entendimiento, o encuentro entre mentes”<sup>70</sup>. Pero como se ha dicho hasta ahora, esto no basta para dar cuenta de un acuerdo punible en el contexto del Acta Sherman, dado solo habría un encuentro de mentes: un camino paralelo y simétrico entre ellas respecto de un nudo competitivo como el precio, la cantidad, u otro.

Page también ha sostenido, en forma similar, que no sería posible encontrar en la regulación norteamericana de protección de la competencia criterios que permitan distinguir claramente prácticas concertadas -y por lo tanto punibles-, de paralelismo consciente -y por lo tanto de estrategias de negocios legales<sup>71</sup>. Es por ello que propone como criterio para distinguir claramente las situaciones enunciadas la *comunicación entre rivales*. En toda práctica concertada debe existir algún tipo de comunicación que permita la realización del esquema. Esto es claro

si se tiene en cuenta que el rasgo distintivo del paralelismo consciente es, precisamente, que las acciones de los agentes del mercado no requieren de comunicación para actuar del modo en que lo hacen, aun cuando este depende de las acciones de los demás.

Oliver Black, a través de una aproximación analítica al problema, sugiere que existe una gradación de la correlación entre las partes y sus acciones respectivas<sup>72</sup>, siendo la más débil la acción independiente<sup>73</sup>, donde cada parte actúa de manera completamente autónoma de lo que las otras crean o hagan, y siendo la más fuerte las prácticas concertadas<sup>74</sup>, definidas por una “dependencia mutua con un objetivo común, y con conocimiento ganado, en parte, por comunicación”<sup>75</sup>. El contenido de esa comunicación<sup>76</sup>, por tanto, está determinado por el hecho de que permita o facilite, al menos en parte, la dependencia mutua de las acciones de los agentes, un objetivo común y conocimiento de la acción concertada.

Además, conforme a lo que aquí se ha discutido, el criterio distintivo de la comunicación entre competidores no requiere que esta sea directa, expresa, ni que se trate de un acuerdo verbal o escrito completo y suficiente. El foco de la cuestión está, antes bien, en el contenido de esa comunicación que, siguiendo a Black, debería permitir el conocimiento de la práctica concertada, la definición de un objetivo común, así como que las acciones a realizar dependen de que las demás partes hagan lo mismo<sup>77</sup>. Esta aproximación permite entender más claramente la diferencia entre la definición de una práctica concertada y la prueba de la misma. De nuevo, y más allá de la forma o método de la comunicación, los **requisitos** que se deben tener en cuenta para probar que existió comunicación entre rivales debe ser el conocimiento mutuo de la práctica concertada, la dependencia mutua de las acciones de las partes, así como de que aquellas se realizaran en pos de un objetivo común.

A modo de conclusión preliminar, y en lo que respecta ahora al tipo penal chileno objeto de estudio, es importante dar cuenta de las razones por las cuales el análisis previamente presentado podría resultar de utilidad. Lo primero que se debe considerar es que el problema de la delimitación de la conducta típica no podría responderse, como resulta obvio, únicamente en atención al significado que debiera otorgarse a los verbos rectores utilizados por el legislador, esto es, celebrar (u ordenar celebrar), organizar o ejecutar un acuerdo, sin determinar previamente qué puede entenderse por un acuerdo.

Así, por ejemplo, si se considera que el paralelismo consciente es una forma de voluntad común y que ésta bastaría para configurar un “acuerdo”, ejecutar operaciones económicas en forma conscientemente paralela podría ser entendido como una conducta típica. Por el contrario, si se restringe el concepto de acuerdo a algo más que la mera actuación con una “voluntad común” y se exige entonces la acreditación de alguna **forma de comunicación**, se pueden comprender de mejor forma el sentido que debe otorgarse a los respectivos verbos rectores. Tanto celebrar como organizar expresan así una forma de comunicación (una exteriorización de voluntad que en ningún caso puede ser entendida

como comportamiento independiente) y, por su parte, ejecutar, implica la puesta en marcha de tal comunicación.

Sin embargo, también es importante señalar que el principal desafío que tendrán los tribunales a este respecto dice relación con la concreción, a través de la práctica, de qué debe entenderse como “comunicación” entre competidores en este ámbito. Para tales efectos, resulta de suma utilidad recurrir a los criterios anteriormente analizados, que demuestran que no se exige en ningún caso de una manifestación expresa de tal voluntad y que dependerá del caso concreto y del contexto en el que se desarrolla, si la conducta desplegada por los competidores debe ser entendida, y solo puede ser entendida, como un acto comunicativo para no competir<sup>78</sup>.

### 3. La anticompetitividad del acuerdo como elemento del tipo penal

Como señalábamos previamente, el artículo 62 del D.L. N° 211, que tipifica en nuestro ordenamiento el delito de colusión, sanciona penalmente aquellos acuerdos entre competidores “para fijar precios de venta o de compra de bienes o servicios en uno o más mercados; limitar su producción o provisión; dividir, asignar o repartir zonas o cuotas de mercado; o afectar el resultado de licitaciones realizadas por empresas públicas, privadas prestadoras de servicios públicos, u órganos públicos”.

Conforme el sentido literal posible de la disposición, en nuestro país se ha optado por sancionar penalmente aquellas conductas consistentes en “carteles duros”, y, en sintonía con nuestra práctica anterior a la criminalización de tales conductas, no sería necesaria la constatación de perjuicios efectivos ni la constatación de efectos anticompetitivos reales, toda vez que, dada la presencia de ciertos requisitos objetivos, la naturaleza anticompetitiva de los mismos se presumiría.

Así, por ejemplo, lo anteriormente señalado quedaría en evidencia si se considera lo señalado por el TLDC en *FNE contra Sociedad Agrícola Comercial y Ganadera Palo Santo Limitada*, de acuerdo con el cual:

“... respecto al acuerdo, y como consideración introductoria, cabe tener presente que este Tribunal ha interpretado consistentemente que la ilicitud de la práctica contenida en el artículo 3º letra a del D.L. N° 211, vigente a la época de la comisión de los hechos que motivan la presente causa, no depende de que haya producido un efecto anticompetitivo real, pero sí es necesario comprobar que el comportamiento de los coludidos ha tenido la aptitud objetiva de crear una posición de mercado que les habría permitido abusar de ella, atentando contra la competencia...<sup>79</sup>”.

En forma similar nuestra Corte Suprema ha exigido para la sanción del acuerdo que esté presente una “aptitud objetiva... para producir algún efecto contrario a la libre competencia, pudiendo éste ser concreto o sólo potencial<sup>80</sup>”.

Ahora si bien es cierto y como ya lo hemos señalado, no parece discutible la naturaleza de delito de peligro abstracto escogida por el legislador, lo que se pretende demostrar es que efectivamente el tipo penal,

nuevamente en coincidencia con la práctica jurisprudencial ya descrita, solo puede satisfacerse si el acuerdo presenta tal aptitud o idoneidad objetiva para afectar la libre competencia y esto, en definitiva, porque solo tal clase de acuerdos pueden ser catalogados como “anticompetitivos”.

Ahora, no es para nada evidente qué significa que el acuerdo deba ser objetivamente idóneo para que al menos en forma potencial se pueda producir un efecto contrario a la libre competencia. Así, por ejemplo, esto puede significar que la aptitud o idoneidad objetiva esté dada justamente y, exclusivamente, por el objeto del acuerdo, esto es, radicar la satisfacción del requisito de la aptitud, en que se trate de un caso de lo que se conoce como cartel duro (esto es, un cartel cuyo objeto sea alguno de los señalados en el artículo 62 del D.L. N° 211: a) fijar precios de venta o de compra de bienes o servicios en uno o más mercados<sup>81</sup>; b) limitar su producción o provisión<sup>82</sup>; c) dividir, asignar o repartir zonas o cuotas de mercado<sup>83</sup>; o d) afectar el resultado de licitaciones realizadas por empresas públicas, privadas prestadoras de servicios públicos, u órganos públicos<sup>84</sup>). Si bien es cierto esta sería claramente la alternativa escogida por el legislador chileno, resulta necesario tener en consideración la discusión comparada para poder tomar ciertos resguardos y evitar así eventuales excesos.

De la misma forma como se ha evidenciado a propósito del concepto de acuerdo, este elemento tampoco resulta pacífico y esto por la posibilidad de que se presenten dos alternativas diversas: a) que pese a que el acuerdo tenga por finalidad algunos de los objetos descritos en el artículo 62 éste no resulte, debido al contexto económico en el que se realiza, ni siquiera potencialmente peligroso y; b) que pese a que estemos frente a un acuerdo subsumible en el tipo penal, pueda resultar que en definitiva propenda a alcanzar los beneficios que se asocian a la competencia económica.

Como se tratará de demostrar, resulta correcto sostener que el tipo penal sanciona determinados acuerdos sin atender a si en el caso concreto se han producido perjuicios efectivos ni si, en definitiva, los competidores alcanzaron un poder de mercado, por lo que la anticompetitividad del acuerdo deberá determinarse conforme a parámetros distintos al de la constatación de cualquier clase de resultado (de lesión o de peligro). La pregunta que se plantea inmediatamente es cuál es la clase de criterios que permiten predicar tal característica o elemento del tipo penal.

La respuesta no es obvia, ya que la misma dependerá de cómo se interprete el que el acuerdo sea *para* alcanzar determinados efectos (fijar precios de compra o venta, repartir cuotas de mercado, etc.). Tal enunciado podría ser entendido como una mera referencia a la intención, finalidad o voluntad del agente o como algo más que esto<sup>85</sup>. Como se pretende demostrar acá, la definición de si un acuerdo resulta o no anticompetitivo no puede depender nunca de la mera intención o finalidad del agente. Tal conclusión se vería respaldada por cierta tendencia comparada reciente que a la hora de delimitar la “anticompetitividad” del acuerdo, aun para el caso de los carteles duros, miraría ciertos datos del contexto económico del mismo, con el propósito de excluir aquellos absolutamente inidóneos para afectar el interés tutelado, así como para reconocer la posibilidad de que los



investigados se defiendan, o respondan a la acusación, demostrando que el acuerdo debe ser considerado como beneficioso.

Con todo, tal aseveración requiere de varias precisiones que suponen comprender el contexto en el que se ha desarrollado esta discusión. Por lo mismo resulta imprescindible abordar brevemente el problema de la determinación de la anticompetitividad de los acuerdos en el ámbito comparado.

Así, por ejemplo, y en primer lugar, el Acta Sherman de 1890 establece en términos sencillos que todo contrato, combinación o conspiración que restrinja el comercio será illegal (*“every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal”*). Por lo mismo, se entiende que una norma de esta amplitud y generalidad haya requerido de definiciones institucionales y doctrinarias que precisen de manera más exacta qué debe entenderse por un ilícito anticompetitivo y de qué manera debiera ser apreciado.

Una de las más importantes materias que el derecho norteamericano ha brindado al derecho universal de la libre competencia dice relación con el modo de aproximación de la institucionalidad económica a las conductas atentatorias contra la libre competencia. Este modo ha encontrado dos grandes posiciones jurisprudenciales construidas por la Corte Suprema norteamericana: la aplicación de la “*per se rule*” (regla *per se*) y la “*rule of reason*” (regla de razonabilidad).

Una buena exposición relativa al desarrollo jurisprudencial de esta distinción se encuentra en Kovacic<sup>86</sup>, quien expone el surgimiento y las consecuencias de ambas posiciones. Así, la aproximación basada en la “regla *per se*” tendría como consecuencia que no sería necesaria la demostración de los efectos, verificándose el acaecimiento de una determinada conducta (caso en el que se encontrarían los “acuerdos desnudos” -*naked agreements*- sobre fijación de precios o reparto de zonas y cuotas de mercado). En efecto, conforme señala Jones<sup>87</sup>, esta regla se aplica cuando la conducta es entendida como anticompetitiva “casi siempre”, por lo que se erige como una infracción automática, respecto de la cual no son permitidas justificaciones ni defensas<sup>88</sup>.

Al contrario, la “regla de razonabilidad” es una aproximación que exige la acreditación de efectos anticompetitivos y, además, permite a las defensas justificar su conducta con base en argumentos procompetitivos y de eficiencia. La idea general que subyace a esta aproximación es que es preciso realizar un análisis de contexto para efectos de concluir si una determinada conducta es anticompetitiva o no.

Sin perjuicio de que tales posiciones se erigen como polos opuestos, conforme señala Kovacic, en la actualidad la aproximación jurisprudencial norteamericana consideraría la realidad de ilícitos anticompetitivos como un continuo, cuyos límites extremos estarían dados por la “regla *per se*” y “regla de razonabilidad”, respectivamente. Sin embargo, en medio de ambas, habría mucho espacio para el desarrollo de otros conceptos como, por ejemplo, la doctrina “*quick look*” que, tal como se desprende de su etiqueta, es menos radical que la aplicación de una

“regla *per se*”, pero no requiere exhaustividad en la actividad probatoria e indagatoria.

Cabe hacer presente que, en todo caso, existen autores escépticos acerca de la efectividad de una real dicotomía entre la “regla *per se*” y la “regla de razonabilidad”, sosteniendo que todo se debe fundamentalmente a la evidencia empírica. Es decir, la existencia de una “regla *per se*” aplicada, por ejemplo, a la sanción de un cartel de fijación de precios, no sería más que una consecuencia de observación acumulada tras años de empirismo que dan cuenta de que los carteles de fijación de precios son ineficientes y anticompetitivos<sup>89</sup>.

Por esta razón, se entiende la tendencia de la jurisprudencia norteamericana, consistente en la reducción de las conductas que deben ser consideradas ilegales “*per se*”. La limitación ha sido dada por la exigencia de que la admisión de una determinada conducta al alero de la aproximación de la “regla *per se*” debe estar basada en “efectos económicos demostrables”<sup>90</sup>.

Pero además, se ha sostenido recientemente que la determinación de qué deba entenderse por un efecto anticompetitivo (incluso potencial) no puede efectuarse sin considerar las razones por las cuales se protege la institución en particular. Es decir, la anticompetitividad de un acuerdo no estaría dada exclusivamente por que esta anule o restringe la competencia sin atender a la posibilidad de incidir en que los beneficios asociados a la misma no terminen alcanzándose. Con todo, esta labor no es nada sencilla, porque a ella precede la determinación original de qué es lo que se protege por la libre competencia.

En términos sencillos tal discusión puede resumirse de la siguiente forma<sup>91</sup>: en la actualidad se reconoce que la protección de la competencia está asociada a la consecución de múltiples objetivos, algunos de los cuales incluso serían incompatibles entre sí<sup>92</sup>. De acuerdo a lo sostenido por Waked en forma reciente, tales objetivos podrían ser agrupados fácilmente en dos grandes categorías: por una parte, aquellos que tenderían a la consecución de la eficiencia económica y aquellos que no estarían asociados a tal objetivo<sup>93</sup>. Al respecto, conviene considerar inmediatamente que en la actualidad prima la posición que sostiene que esta institución debe ser protegida en razones de su vínculo con la eficiencia económica<sup>94</sup>.

Sin embargo, no resulta sencillo clarificar cuál es el verdadero sentido y alcance de tal aseveración, es decir, que promover la eficiencia económica debiera ser considerado como el objetivo prioritario de la legislación antimonopólica<sup>95</sup>. Esta dificultad estaría dada, principalmente, porque cuando se habla de eficiencia se está dando cuenta de un concepto complejo y que presentaría énfasis muy diversos. Colocar el acento en cada uno de éstos también traería consecuencias relativas a su función y a las expectativas que surgirían de la misma y, por tanto, a las razones para su protección o fomento.

Así, y solo a modo de ejemplo, Whish y Bailey señalan que los beneficios asociados a la competencia serían: a) precios más bajos, b) mejores

productos, c) aumento de las opciones para elegir, y d) aumento de la eficiencia en comparación a la que se podría obtener bajos condiciones de monopolio<sup>96</sup>. Pero también el concepto de eficiencia puede ser abordado desde diversos niveles, ya que éste se compone, al menos, de **tres elementos económicos diversos**: a) un componente distributivo (*allocative efficiency*), centrado en los efectos en los consumidores; b) productivo (*productive efficiency*) relativo al aumento de las ganancias por parte de productores y distribuidores, y; c) el dinámico (*dynamic efficiency*), representada por los efectos de estimulación de la innovación en razón de los esfuerzos de los competidores por producir nuevos y mejores productos para los consumidores<sup>97</sup>. No resulta fácil definir cuál es la función u objetivos asociados a la competencia económica que debieran resultar prioritarios, y por ello, potenciarse<sup>98</sup>. Simplificando en exceso este problema, se podrían identificar al menos tres tendencias claras<sup>99</sup>. Así, en primer lugar, la de quienes sostienen que se debiera potenciar el bienestar total<sup>100</sup>, ya que el efecto combinado entre la eficacia distributiva y la productiva maximizarían la riqueza de la sociedad<sup>101</sup>. En segundo lugar, la de quienes consideran que se debiera potenciar principalmente el bienestar del consumidor<sup>102</sup>, porque así se potenciaría el consumo y, por ende, también la producción y, en tercer lugar, la de quienes creen que se debiera potenciar la eficiencia dinámica, especialmente por los beneficios a largo plazo que tal decisión acarrearía.

Ahora, conforme a lo señalado por Kovacic<sup>103</sup>, por una parte y Cudahy y Devlin<sup>104</sup>, por otra, resultaría dominante la tendencia que reconoce que en EE.UU. el énfasis ha estado puesto principalmente en el aumento del bienestar del consumidor, por lo que todo lo que afecte al destinatario final del bien o servicio debiera considerarse como “anticompetitivo”. Sin embargo, tal aproximación ha sido puesta en duda por quienes sostienen que el énfasis no debería estar puesto solamente en el consumidor, sino que en un “bienestar agregado” (o total), por lo que el efecto anticompetitivo no debería ser cualquier aumento de precios, sino uno apto para ser durable<sup>105</sup>. Pero además, y sobre la base de que “falta de competencia” no es sinónimo de “anti-competencia” y de que debieran apreciarse efectos que tiendan a afectar realmente al bienestar total, se ha erigido cierta doctrina que llama a la interpretación del Acta Sherman más allá de su tenor literal. Conforme a Kimmel, incluso conductas que *literalmente* cumplirían con los requisitos para ser consideradas como infracciones “*per se*”, como acuerdos de fijación de precios, no lo son si no eliminan la competencia en el respectivo mercado<sup>106</sup>.

Es precisamente en esta línea en que se encuentra la posición jurisprudencial que creó la doctrina de las “*ancillarity restraints*” (restricciones auxiliares o secundarias). En efecto, planteándose como contraria a una lectura literal del Acta Sherman, esta posición sostiene que es preciso realizar un análisis específico de contexto sobre las conductas que se acusan como anticompetitivas. De acuerdo a esta doctrina, aun acuerdos que habitualmente podrían ser tratados como infracciones “*per se*”, merecen un análisis mayor antes de ser sancionados, porque pueden

tener, por ejemplo, justificaciones de eficiencia en razón de ser auxiliares a transacciones legítimas<sup>107</sup>.

En segundo lugar, conviene detenerse en la discusión desarrollada en el ámbito europeo. Como se ha señalado, los acuerdos anticompetitivos se encuentran sancionados en la Unión Europea, en el artículo 101 del TFUE<sup>108</sup>. Conforme a esta norma, el análisis de una conducta consta de dos fases: primero, se evalúa conforme al artículo 101(1) si la misma tiene efectos reales o potenciales contrarios a la competencia; y, en segundo lugar, en virtud del artículo 101(3) se evalúa si una conducta, que afecta la competencia, tiene efectos beneficiosos que compensen la restricción competitiva.

Por lo anterior, Kovacic señala que en la Unión Europea no existirían reglas de ilegalidad absoluta (o infracciones “*per se*”), toda vez que siempre se podrían acreditar en el marco de una investigación, los efectos beneficiosos de una conducta anticompetitiva conforme al artículo 101(3). Sin perjuicio de lo anterior, ciertas conductas serían fuertemente presumidas como infractoras. Éstas son las restricciones “*by object*” (por objeto)<sup>109</sup>.

En efecto, como se desprende de la redacción del artículo 101(1), las restricciones a la competencia pueden darse “por objeto” o “por efecto”. Según las Directrices de la Comisión Europea sobre la aplicación del artículo 101 a los acuerdos de cooperación horizontal, las restricciones “por objeto” son aquellas que por su propia naturaleza poseen el potencial de restringir la competencia. Una vez que se ha demostrado que la conducta tiene un objeto contrario a la competencia, no sería necesario examinar sus efectos, contrario a lo que ocurre con las restricciones “por efecto”<sup>110</sup>. Las restricciones “por objeto”, conforme señalan Nze<sup>111</sup> y Posada/Freitas<sup>112</sup>, tienen, principalmente, dos ventajas: ahorro de recursos y tiempo; así como el mayor efecto de disuasión general que produciría la certeza legal de contar con un catálogo de conductas que por su propia naturaleza se considerarían como anticompetitivas.

Sin embargo, para los efectos del estudio de la figura típica del presente artículo, tiene mayor interés referirse a la aproximación que se tiene en el derecho europeo respecto de las conductas anticompetitivas “por objeto”. En este sentido, de acuerdo a King<sup>113</sup>, de la revisión de la jurisprudencia europea, puede concluirse que existen tres formas de aproximarse a las restricciones por objeto: la aproximación ortodoxa; la aproximación más analítica (o “MAAP” que abrevia “*more analytical approach*”); y la aproximación híbrida.

La aproximación ortodoxa se basaría en la existencia de un catálogo de conductas que siempre serían, por su naturaleza, restrictivas de la competencia (“*object box*”). Por lo anterior, en el caso de éstas, no sería necesario probar efectos anticompetitivos. Contrario a esta posición, la aproximación MAAP se basaría en la aplicación de un test que toma una serie de consideraciones, entre las cuales el contexto y las circunstancias particulares tienen una relevante posición<sup>114</sup>. La aproximación híbrida se erige como una posición intermedia entre las posiciones precedentemente



señaladas, no claramente delimitada en virtud de la existencia de diversos matices que toda propuesta ecléctica ofrece, pero cuyo lugar común es la idea de que, si bien no existiría un catálogo fijo de conductas restrictivas de la competencia en términos absolutos, sí se verifica una fuerte presunción de la anticompetitividad de ciertas conductas, recayendo, en aquellos casos, la carga de la prueba en los defendidos; mientras que para el resto de los ilícitos anticompetitivos retoma todo vigor la aproximación MAAP.

Si bien la aproximación ortodoxa sería la posición de la Comisión Europea, ésta, contrario a lo establecido clásicamente por cierta parte de la doctrina, no sería mayoritaria en los pronunciamientos de la jurisprudencia. En efecto, el objetivo de King es evidenciar cómo la aproximación MAAP es la realmente predominante. Para este autor es claro que en tales restricciones no deben ser demostrados los efectos reales o concretos (*"actual effects"*) de las mismas. Sin embargo, esta regla habría sido malinterpretada en el sentido de señalarse que ningún efecto es necesario para efectos de la evaluación, en circunstancias de que aquello no es correcto. Ciertamente, el hecho de que no deban acreditarse efectos concretos no es lo mismo a decir que no deba acreditarse efecto alguno. Según King, en general, casi toda determinación de un acuerdo “por objeto” restrictivo de la competencia requerirá **evaluar los potenciales efectos de una conducta**, lo que es coherente con la aproximación MAAP<sup>115</sup>.

Es así como parte de la doctrina, por ejemplo, Kovacic, Posada/Freitas y Olsson<sup>116</sup> compartirían el llamado a apreciar el contexto económico de la conducta (y, con ello, evaluar potenciales efectos de la misma). En el caso de este último autor, parte de la base de que siempre sería necesario analizar la participación en el mercado de los agentes económicos involucrados y otros antecedentes de contexto. Sobre esta base, existen acuerdos que, aun cumpliendo con el tenor literal de una conducta “por objeto”, no debieran tener cabida en la prohibición del artículo 101. En esta categoría estarían no solamente las restricciones auxiliares o secundarias a las que se hizo alusión en el tratamiento del Derecho norteamericano, sino que, también, ciertas conductas que no serían idóneas para generar efectos anticompetitivos<sup>117</sup>.

En este sentido, resulta especialmente relevante considerar la posición que en Europa ha sido denominada como “*de minimis doctrine*”, y que encontraría su primer antecedente en un caso fallado el año 1969<sup>118</sup>. En términos muy sencillos, esta doctrina exige tener presente que un acuerdo no puede ser sancionado si tiene un efecto insignificante en el mercado. La referida doctrina ha sido reconocida por la Comisión Europea, quien ha dictado directrices acerca de cómo debe entenderse esta insignificancia<sup>119</sup>. En tales Directrices se establecen límites cuantitativos que se erigen como una base de seguridad (*“safe harbour”*) para los diversos agentes económicos<sup>120</sup>, así como límites cualitativos<sup>121</sup>. Con todo, es importante considerar que las Directrices de la Comisión Europea han señalado que tales límites no se aplicarían a casos de acuerdos anticompetitivos “por objeto”<sup>122</sup>, lo que ha sido criticado por cierta doctrina, así, por ejemplo,

por King, quien sostiene que tal tendencia contradiría el principio de que cualquier restricción a la competencia debe tener un efecto apreciable en el mercado<sup>123</sup>. En efecto, si se considera que inevitablemente deben evaluarse los efectos potenciales y reales para la libre competencia, parecería que es lógico que éstos deban ser, además, significativos<sup>124</sup>.

#### 4. Conclusiones

Se puede sostener que las consideraciones recientemente expuestas resultarían del todo relevantes para efectos de interpretación del tipo penal contenido en el art. 62 del D.L. N° 211. Como ya se ha señalado, el tipo penal no exige resultado lesivo alguno, así como tampoco que el acuerdo en definitiva produzca un efecto anticompetitivo real, aunque este solo sea la producción de un estado de cosas como pueda ser alcanzar un poder de mercado por parte de los competidores que deciden anular la competencia.

Con todo, de la descripción efectuada de la discusión comparada surgen ciertas dudas relativas a la delimitación de la conducta típica que deben ser consideradas. Si bien es cierto no puede ponerse en duda que se ha adoptado un criterio para predicar la anticompetitividad del acuerdo más cercano al de su determinación por el objeto, se podría discutir si, en definitiva, y utilizando la nomenclatura acuñada por la doctrina comparada ya examinada, se debe entender esta aproximación desde una perspectiva ortodoxa o una más analítica, es decir, si no deben ser tomados datos del contexto económico en el que se desarrolla el acuerdo o, por el contrario, estos resultan relevantes al menos a la hora de dar una respuesta frente a la imputación, de manera que se acredice la inidoneidad del acuerdo para ser entendido como anticompetitivo, debido que no alcanza niveles mínimos de suficiencia (potencial) para afectar el interés tutelado, o, incluso, el demostrar que el acuerdo, a largo plazo, podría terminar siendo beneficioso de cara, por ejemplo, a los consumidores, debido a que, en definitiva, repercutió en una mejora en los procesos de producción que redundó en un mejor producto<sup>125</sup>.

En resumidas cuentas las situaciones problemáticas que se podrían plantear serían dos:

a) Que el acuerdo en definitiva no sea considerado como objetivamente apto para afectar la institución protegida, pese a la finalidad de los sujetos partícipes del mismo. Tal constatación dependerá de parámetros objetivos relativos al contexto en el que se celebre u organice el mismo. Se reconoce, eso sí, que el problema es bastante complejo y requiere de un desarrollo ulterior en la medida en que los casos que podrían ponerse en duda no serán, en la práctica, fáciles de resolver<sup>126</sup>. Con todo, se debe tener en cuenta que el legislador ha dado señales referentes a que la relevancia jurídico penal de tales conductas dependería, en todo caso, de su eventual incidencia en la libre competencia, como lo refleja el hecho de que el inc. 2º del art. 64 del D.L. N° 211 se remita expresamente a que la querella



debiera ser interpuesta frente a casos que “comprometieren gravemente a la libre competencia en los mercados”.

Una buena forma de abordar este problema podría estar dada por la consideración de que la competencia como institución protegida presenta ciertas particularidades relativas a la forma como puede ser afectada. Si bien es cierto los sistemas de protección de la libre competencia han optado por establecer fuertes presunciones contra cierta clase de conductas (los carteles duros), no es menos cierto que lo anterior se ha debido a criterios vinculados a la experiencia y a la capacidad estadística de tales acuerdos para ser potencialmente peligrosos para los efectos beneficiosos asociados a la competencia económica.

Por lo mismo, se entiende que el tipo penal pretenda prohibir conductas que, en definitiva, y utilizando la terminología de nuestros tribunales, presenten al menos una aptitud o idoneidad objetiva para producir, al siquiera potencialmente, determinados efectos. Esto quiere decir que, si bien es cierto se reconoce tal potencialidad justamente en la clase de acuerdos que prohíbe el art. 62, tal aseveración no es incompatible con sostener que, por el contrario, ciertos acuerdos no podrían ser considerados como anticompetitivos debido a que, debido al contexto en el que se desarrollan, no son objetivamente idóneos para fijar precios de venta o de compra, o para repartir cuotas de mercado, etc. En resumen, se trata de reconocer que el legislador ha adoptado un sistema que determina la anticompetitividad del acuerdo atendiendo a su objeto, pero que esto no implica como consecuencia que la determinación de si se trata de un acuerdo para cierto objeto se defina exclusivamente atendiendo a la finalidad de los partícipes del mismo.

b) Que el acuerdo, en resumidas cuentas, sea de aquellos que, si bien es cierto traen como consecuencia la fijación de precios de compra o de venta (entre otros), no se hayan celebrado con tal propósito, sino que con uno diverso y que pueda tener explicación desde la perspectiva de su eficiencia económica. El caso paradigmático que se puede tener a la vista es el del aumento del precio para poder enfrentar una mejora ostensible en la tecnológica productiva que a mediano plazo pueda redundar en beneficio del consumidor o incluso de otros intereses, como puede ser el cuidado del medio ambiente (esto es, aumenten lo que se conoce como eficiencia dinámica). No parece razonable negar la posibilidad de defensa en tales consideraciones tomando en cuenta que, incluso, tales acuerdos no tendrían como objeto, entonces, ninguna de las circunstancias descritas en el art. 62 en comento<sup>127</sup>.

Todo lo anteriormente dicho no implica desconocer la naturaleza de peligro abstracto del delito en comento, ya que se reconoce que éste no requiere, en ningún caso comprobar efecto alguno o incluso que se ha alcanzado un poder de mercado. Se trataría, más bien, de ofrecer criterios interpretativos del tipo penal que entiendan que en este contexto la norma prohibitiva se restringe a aquello que pueda ser entendido objetivamente como un acuerdo anticompetitivo, lo que puede ser respaldado por el hecho de que el vocablo “para” utilizado por el

legislador no se entienda exclusivamente como un mero propósito sin conexión a criterios objetivos<sup>128</sup>.

## Bibliografía

- Artaza Varela, Osvaldo (2017): “La colusión como forma de agresión a intereses dignos de protección por el Derecho Penal. Primera aproximación”, en *Revista de Derecho Universidad Austral* (vol. XXX, N° 2), pp. 339-366.
- Ashworth, Andrew y Horder, Jeremy (2006): *Principles of criminal law* (Oxford, Oxford University Press).
- Baker, Jonathan (1993): “Two Sherman Act Section 1 dilemmas: parallel pricing, the oligopoly problem, and contemporary economic theory” en: *Antitrust Bull* (vol. 38), pp. 143-219.
- Baker, Jonathan (2013): “Economics and Politics: Perspectives on the Goals and Future of Antitrust”, en: *Fordham Law Review* (vol. 81), pp. 2175-2196.
- Black, Oliver (2005): *Conceptual foundations of antitrust* (Cambridge University Press, Nueva York).
- Comisión Europea (2011): “Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal”. Disponible en Disponible en [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011XC0114\(04\)&from=ES](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011XC0114(04)&from=ES) [última visita: 7.10.2017].
- Comisión Europea (2014 a): “Comunicación relativa a los acuerdos de menor importancia que no restringen la competencia de forma sensible en el sentido del artículo 101, apartado 1, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (“Comunicación *de minimis*”). Disponible en: Disponible en: [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52014XC0830\(01\)&from=ES](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52014XC0830(01)&from=ES) [última visita: 29.09.2017].
- Comisión Europea (2014 b): “Guidance on restrictions of competition by object for the purpose of defining which agreements may benefit from the De Minimis Notice”. Disponible en: Disponible en: [http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/de\\_minimis\\_notice\\_annex.pdf](http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/de_minimis_notice_annex.pdf) [última visita: 29.09.2017].
- Cseres, Kati (2006): “The controversies of the Consumer Welfare Standard”, en *The Competition Law Review*, (vol. 3), pp. 121-173.
- Cucu, Cristina (2013) ““Agreements”, “decisions” and “concerted practices”: key concepts in the analysis of anticompetitive agreements” en: *Lex et Scientia*, (vol. 20, no 1), pp. 24-39.
- Cudahy, Richard; Devlin, Alan (2010): “Anticompetitive Effect”, en: *Minnesota Law Review*, (vol. 95), pp. 59-109.
- Dabbah, Maher (2010): *International and Comparative Competition Law*, (Cambridge, Cambridge University Press).
- Daskalova, Victoria (2015), “Consumer Welfare in EU Competition Law: What Is It (Not) About?”, en: *The Competition Law Review*, (vol. 11, Issue 1), pp. 131-160.
- De Deygere, Marlies, (2011): “The interface between Competition Law and other EU public policies and their objectives”. En *Universidad de Lovaina, año académico 2010-2011*. Disponible en: <http://www.scriptiebank.be/sites/default/files/4271960c27d9c26f8fe08e904b6cb115.pdf>.



- Dressler, Joshua (1992): *Understanding criminal law* (Legal text series, Estados Unidos).
- Feijoo Sánchez, Bernardo (2005): "Seguridad colectiva y peligro abstracto. Sobre la normativización del peligro, en: (Bajo Fernández, M.; Jorge Barreiro, A.; Suárez González, C. edits.) *Homenaje al prof. Gonzalo Rodríguez Mourullo* (Civitas, Madrid), pp. 307-342.
- Feijoo Sánchez, Bernardo (2009): *Cuestiones actuales de Derecho penal económico*, (B de F, Buenos Aires).
- Frister, Helmut (2011): *Derecho penal. Parte general*, 4<sup>a</sup> edición (trad. Marcelo Sancinetti, Buenos Aires, Hammurabi).
- García Cavero, Percy (2012): *Derecho Penal, Parte General*, 2<sup>a</sup> ed. (Perú, Jurista Editores).
- García Cavero, Percy (2004): *Los delitos contra la competencia* (Lima, ARA editores).
- García Cavero, Percy (2015): *Derecho penal económico, Parte Especial*, 2<sup>a</sup> edición, (Lima, Instituto Pacífico), Volumen I.
- González, Aldo (2011): "Prácticas colusivas", en *La libre competencia en el Chile del Bicentenario*, (Thomson Reuters, Santiago), pp. 143-160.
- Goodman, Shaun (2012): "Application of Article 101 Tfeu", en Siragusa, Mario; Rizza, Cesare (Ed.), *EU Competition Law. Cartels & Collusive Behaviour. Restrictive Agreements and Practices between Competitors*, 2<sup>a</sup> edición (Claeys & Castels).
- Hannay, William (2014): *Designing an Effective Antitrust Compliance Program* (Holanda, Thomson Reuters).
- Hay, George (2006): "Horizontal agreements: Concept and proof", en: *The Antitrust Bulletin*, (vol. 51, nº 4), pp. 877-914.
- Hay, George (2013): "Anti-competitive Agreements: The Meaning of "Agreement", en: *Cornell Law Faculty Working Papers* (paper nº 105). Disponible en: [http://scholarship.law.cornell.edu/clsops\\_papers/105/](http://scholarship.law.cornell.edu/clsops_papers/105/) [última visita 11.10.2017].
- Hernández Montecinos, Héctor (2011): "Artículo 1º", en: Couso Salas, Javier y Hernández Montecinos, Héctor (dir.) (2011): *Código Penal Comentado, Parte general. Doctrina y Jurisprudencia* (AbeledoPerrot, Santiago), pp. 7-105.
- Hernández, Héctor (2016): "Sobre la legitimidad de los delitos de peligro abstracto, a propósito de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno", en: Cárdenas Aravena, Claudia; Ferdman Niedmann, Jorge (coord.): *El Derecho Penal como Teoría y como Práctica* (Santiago, LegalPublishing), pp. 149-188.
- Hovenkamp, Herbert (2011): *Federal Antitrust Policy, The Law of Competition and its practice*, 4<sup>a</sup> edición (Estados Unidos, Thomson Reuters).
- Jones, Alison; Kovacic, William (2017): "Identifying Anticompetitive Agreements in the United States and the European Union: Developing a Coherent Antitrust Analytical Framework", *Antitrust Bulletin*, Forthcoming; TLI Think! Paper 57/2017; GWU Law School Public Law Research Paper No. 2017-12; GWU Legal Studies Research Paper No. 2017-12; King's College London Law School Research Paper No. 2017-17. Disponible en SSRN:<https://ssrn.com/abstract=2919312> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2919312>.

- Jones, Bryce (2010): "The fall of the per se vertical Price fixing rule", en: *Journal of Legal, Ethical and Regulatory Issues*, (vol. 13, nº. 2), pp. 83-113.
- Kaplow, Louis (2011 a): "On the meaning of horizontal agreements in competition law", en: *California Law Review* (vol. 99, issue 3), pp. 683-818.
- Kaplow, Louis (2011 b): "On the Choice of Welfare Standards in Competition Law", en: *Harvard Law School (Discussion Paper nº 693)*. Disponible en: Disponible en: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1873432](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1873432) [última visita en 11.10.2017].
- Kerber, Wolfgang (2007): "Should Competition Law Promote Efficiency? Some Reflections of an Economist on the Normative Foundations of Competition Law", en: *Marburg Papers on Economics* (nº 09-2007), disponible en web: Kerber, Wolfgang (2007): "Should Competition Law Promote Efficiency? Some Reflections of an Economist on the Normative Foundations of Competition Law", en: Marburg Papers on Economics (nº 09-2007), disponible en web: [https://www.uni-marburg.de/fb02/makro/forschung/gelbereihe/artikel/2007-09\\_kerber.pdf](https://www.uni-marburg.de/fb02/makro/forschung/gelbereihe/artikel/2007-09_kerber.pdf) [última visita en 11.10.2017].
- Kimmel, Sheldon (2011): "How and Why the Per Se Rule Against Price-Fixing Went Wrong", en: *Supreme Court Economic Review* (vol. 19, nº 1), p. 245-270.
- Kindhäuser, Urs (1995): "Acerca de la legitimidad de los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho penal económico", en (Klaus Tiedemann; Luis Arroyo Zapatero), *Hacia un Derecho penal económico europeo. Jornadas en honor del Prof. Klaus Tiedemann* (trad. Fernando Molina Fernández), (Madrid, Boletín Oficial del Estado), pp. 441-452.
- Kindhäuser, Urs (2009): "Estructura y legitimación de los delitos de peligro del derecho penal", en *InDret* (Vol. 1). Disponible en: Disponible en: [http://www.alfonsozambrano.com/doctrina\\_penal/25112012/dp-estructura\\_delitos\\_dpenal.pdf](http://www.alfonsozambrano.com/doctrina_penal/25112012/dp-estructura_delitos_dpenal.pdf) [última visita 11.10.2017].
- King, Saskia (2015): "Agreements that restrict competition by object under Article 101(1) TFEU: past, present and future", en: *The London School of Economics and Political Science*, Department of Law of the London School of Economics for the degree of Doctor of Philosophy. Disponible en: Disponible en: [http://etheses.lse.ac.uk/3068/1/King\\_Agreements\\_that\\_restrict\\_competition\\_by\\_object\\_under\\_Article\\_101.pdf](http://etheses.lse.ac.uk/3068/1/King_Agreements_that_restrict_competition_by_object_under_Article_101.pdf) [última visita: 29.09.2017].
- Kikwood, John; Lande, Robert (2008): "The Fundamental Goal of Antitrust: Protecting Consumers, Not Increasing Efficiency", en: *Notre Dame Law Review* (vol. 84, issue 1), pp. 191-243.
- Kovacic, William (1996): "Antitrust Policy and Horizontal Collusion in the 21st Century", en: *Loyola Consumer Law Review* (vol. 9, issue 2), pp. 97-110.
- Kovacic, William; Marshall, Robert; Marx, Leslie; White, Halbert (2011): "Plus factors and agreements in antitrust law", en: *Michigan Law Review* (vol. 110), pp. 393-436.
- Lao, Marina (2014): "Ideology Matters in the Antitrust Debate", en: *Antitrust Law Journal* (vol. 79), pp. 649-685.
- Maier-Rigaud, Frank (2012): "On the normative foundations of competition law -efficiency, political freedom and the freedom to compete", en:



- Zimmer, Daniel (ed.), *The Goals of Competition Law*, (Cheltenham, Edward Elgar Publishing), pp. 132-168.
- Maldonado Fuentes, Francisco (2006): "Reflexiones sobre las técnicas de tipificación de los llamados "delitos de peligro" en el moderno derecho penal", en: *Revista de Estudios de la Justicia* (Nº 7), pp. 23-63.
- Mañalich Raffo, Juan (2004) "La tentativa y el desistimiento en el derecho penal. Algunas consideraciones conceptuales", en: *Revista de Estudios de la Justicia* (Nº 4), pp. 137-175.
- Martínez-Buján Pérez, Carlos (2016): *Derecho Penal Económico y de la Empresa*, Parte General, 5<sup>a</sup> edición (Valencia, Tirant Lo Blanch).
- Motta, Massimo (2004): *Competition Policy. Theory and Practice* (Cambridge, Cambridge University Press).
- Nze, Nonny (2015): "The gulf between hardcore restrictions in Regulation 330/2010 and "object" in article 101(1) TFEU", en *ICC Global Antitrust Review* (vol. 8). Disponible en Disponible en <http://www.icc.qmul.ac.uk/docs/2015/170755.pdf> [última visita: 29.09.2017].
- Olsson, Max (2013): "Is the Safe Harbour Open for Restrictions of Competition by Object?, An Examination of the Condition "To an Appreciable Extent" in Light of EU Competition Law", en: *Faculty of Law, Lund University*. Disponible en: Disponible en: <http://lup.lub.lu.se/luur/download?func=downloadFile&recordId=3800281&fileId=3955444> [última visita: 29.09.2017].
- Page, William (2007): "Communication and Concerted Action", *Loyola University Chicago Law Journal* (vol. 38), pp. 405-460.
- Page, William (2012): "A Neo-Chicago Approach to Concerted Action", en: *Antitrust Law Journal* (vol. 78), pp. 174-200.
- Page, William (2013): "Objective and Subjective Theories of Concerted Action", en: *Antitrust Law Journal* (vol. 79), pp. 215-251.
- Page, William (2017): "Tacit Agreement Under Section 1 of the Sherman Act", en: *Antitrust Law Journal* (Paper nº 16-45), pp. 1-58.
- Paredes Castañón, José (2013): "Los delitos de peligro como técnica de incriminación en el Derecho Penal económico: bases político-criminales", en: *Revista de derecho penal y criminología* (nº 11), pp. 95-164.
- Posada, Pedro; Freitas, Antonio (2015): "The Object of my Effect: The Role of Economics in Restrictions "By Object" in the European Union", en: *Nera Economic Consulting*. Disponible en: Disponible en: [http://www.nera.com/content/dam/nera/publications/2015/PUB\\_Restrictions\\_By\\_Object\\_0915.pdf](http://www.nera.com/content/dam/nera/publications/2015/PUB_Restrictions_By_Object_0915.pdf) [última visita: 29.09.2017].
- Stucke, Maurice (2012): "What is competition?", en: Zimmer, Daniel (ed.), *The Goals of Competition Law*, (Cheltenham, Edward Elgar Publishing ), pp. 27-52.
- Tiedemann, Klaus (2010): *Manual de Derecho penal económico. Parte general y especial* (trad. Héctor Hernández) (Valencia, Tirant Lo Blanch ).
- Turner, Donald (1962): "The definition of agreement under the Sherman Act: Conscious parallelism and refusals to deal", en: *Harvard Law Review* (vol. 75, nº 4), pp. 655-706.
- Vanger, Viktor (2009): "Consumer Welfare, Total Welfare and Economic Freedom- On the normative Foundations of Competition Policy", en: *Freiburg Discussion Papers on Constitutional Economic*, 09/3,

- Institut für Allgemeine Wirtschaftsforschung. Disponible en: Disponible en: [http://www.eucken.de/fileadmin/bilder/Dokumente/Diskussionspapiere/09\\_03bw.pdf](http://www.eucken.de/fileadmin/bilder/Dokumente/Diskussionspapiere/09_03bw.pdf) [última visita: 9.10.2017].
- Wijckmans, Frank; Tuytschaever, Filip (ed.) (2015): "Horizontal Agreements and Cartels" in *EU Competition Law*, (Oxford, Oxford University Press ).
- Sacharoff, Laurent (2016): "Conspiracy as Contract", en: *University of California Law Review* (vol. 50), pp. 405-461.
- Waked, Dina (2014): "Antitrust Goals in Developing Countries: Policy Alternatives and Normative Choices", en: *Seattle University Law Review* (vol. 38), pp. 945-1006.
- Whelan, Peter (2014): *The criminalization of european cartel enforcement. Theoretical, legal, and practical challenges*, (Cambridge, Oxford University Press).
- Whish, Richard; Bailey, David (2012): *Competition Law*, 7<sup>a</sup> edición, (Oxford, Oxford University Press .
- Wright, Joshua; Ginsburg, Douglas (2013): "The Goals of Antitrust: Welfare Trumps Choice", en: *Fordham Law Review* (vol. 81), pp. 2405-2423.

## **Normas/Chile**

- Ley N° 20.945, Perfecciona el sistema de defensa de la libre competencia. Diario Oficial, 30 de agosto de 2016.
- Ley N° 18.742, Código Penal. Ministerio de Justicia, 12 de noviembre de 1874.
- Decreto Ley N° 211, Fija las normas para la defensa de la libre competencia en Chile. Diario Oficial, 22 de diciembre de 1973.

## **Perú**

- Decreto Legislativo N° 635, Código Penal. Promulgado el 3 de abril de 1991.
- Decreto Legislativo N° 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas. Diario Oficial "El Peruano", 25 de junio de 2008.

## **Normas/Estados Unidos**

Acta Sherman, 2 de julio de 1980.

## **Normas/Unión Europea**

Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, 12 de junio de 1985.

## **Jurisprudencia/Chile**

FNE contra Corporación de Radio Valparaíso Limitada, Reansco S.A., Sociedad de Inversiones Santa Ignacia Limitada, Radio Corporación S.A., Inversiones San José Limitada, Altronix Comunicaciones Limitaciones, Bío Bío Comunicaciones S.A. y otros (2011): Tribunal de Defensa de la Libre Competencia 22 de junio de 2011 (Requerimiento por Prácticas Anticompetitivas). Disponible en:

Disponible en: <http://www.tdlc.cl/tdlc/c-194-09-requerimiento-de-la-fn-e-contra-radio-valparaiso-ltda-y-otros/> [última visita 12.10.2017].

FNE contra Sociedad Agrícola Comercial y Ganadera Palo Santo Limitada (2011): Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de 20 de diciembre de 2011 (Requerimiento por Prácticas Anticompetitivas). Disponible en: Disponible en: <http://www.tdlc.cl/tdlc/c-217-11-requerimiento-de-la-fne-contra-sociedad-agricola-comercial-y-ganadera-palo-santo-ltda-y-otros/> [última visita 12.10.2017].

FNE contra Radio Valparaíso y otros (2011): Corte Suprema 11 de enero de 2012 (Recurso de Reclamación). Disponible en: Disponible en: <http://suprema.poderjudicial.cl/> [última visita: 12.10.2017].

FNE contra Farmacias Ahumada S.A., Farmacias Cruz Verde S.A., Farmacias Salcobrand S.A. (2012) Tribunal de Defensa de la Libre Competencia 31 de enero de 2012 (Requerimiento por Prácticas Anticompetitivas). Disponible en: Disponible en: <http://www.fne.gob.cl/2012/09/07/corte-suprema-confirma-sentencia-del-tdlc-y-aplica-multa-maxima-a-farmacias-cruz-verde-s-a-y-salcobra> nd-s-a-por-caso-colusion/ [última visita 12.10.2017].

FNE contra Farmacias Cruz Verde S.A., Farmacias Salcobrand S.A. (2012): Corte Suprema 7 de septiembre de 2012 (Recurso de Reclamación). Disponible en: <http://www.fne.gob.cl/2012/09/07/corte-suprema-confirma-sentencia-del-tdlc-y-aplica-multa-maxima-a-farmacias-cruz-verde-s-a-y-salcobra> nd-s-a-por-caso-colusion/[última visita 12.10.2017].

Servicios Pullman Bus Costa Central S.A. y otros con Fiscalía Nacional Económica (2014): Tribunal de Defensa de la Libre Competencia 15 de enero del 2014 (Requerimiento por Prácticas Anticompetitivas), rol: C N° 224-11. Disponible en: Disponible en: <http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2014/01/Sentencia-133-2014.pdf> [última visita 12.10.2017].

FNE contra Pullman Bus Costa Central S.A., Autobuses Melipilla Santiago A.G.P. y otros (2014): Tribunal de Defensa de la Libre Competencia 8 de mayo de 2014 (Requerimiento por Prácticas Anticompetitivas). Disponible en: Disponible en: <http://www.tdlc.cl/tdlc/c-234-11-requerimiento-de-la-fne-contra-servicios-pullman-bus-costa-central-s-a-y-otros/> [última visita 12.10.2017].

FNE con Empresa de Transportes Caldera Sociedad Anónima y otros (2014): Tribunal de Defensa de la Libre Competencia 19 de junio de 2014 (Requerimiento por Prácticas Anticompetitivas) Disponible en: Disponible en: <http://www.fne.gob.cl/2014/06/20/tdlc-acoge-requerimiento-de-fn-e-y-condena-a-tres-empresas-de-buses-por-colusion-en-la-ruta-copiao-caldera/> [última visita 12.10.2017].

FNE contra Ariztía S.A., Agrícola Agrosúper S.A. y Agrícola Don Pollo Limitada (2014): Tribunal de Defensa de la Libre Competencia 25 de septiembre de 2014 (Requerimiento por Prácticas Anticompetitivas). Disponible en: Disponible en: <http://www.tdlc.cl/tdlc/c-236-11-requerimiento-de-la-fne-contra-agricola-agrosuper-s-a-y-otros/> [última visita 12.10.2017].

FNE contra Ariztía S.A., Agrícola Agrosúper S.A. y Agrícola Don Pollo Limitada (2014): Corte Suprema, 29 de octubre

de 2014 (Recurso de Reclamación). Disponible en: Disponible en: <http://www.tdlc.cl/tdlc/c-236-11-requerimiento-de-la-fne-contra-agricola-agrosuper-s-a-y-otros/> [última visita 12.10.2017].

FNE contra Sociedad de Transportes Línea 1 Collico S.A., Transportes Comercial Laurel Sur y otros (2014): Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de 4 de noviembre de 2014 (Requerimiento por Prácticas Anticompetitivas). Disponible en: Disponible en: <http://www.tdlc.cl/tdlc/c-244-12-requerimiento-de-la-fne-contra-sociedad-de-transportes-linea-uno-collico-s-a-y-otros-2/> [última visita 12.10.2017].

FNE contra Empresa de Transportes Caldera Sociedad Anónima, Cristián Valdés Cabrera y otros (2015): Corte Suprema de 20 de enero de 2015 (Recurso de Reclamación). Disponible en: Disponible en: <http://www.fne.gob.cl/2015/01/20/corte-suprema-acoge-reclamacion-de-la-fne-contra-sentencia-del-tdlc-por-cartel-y-eleva-multas-a-las-empresas-cartelizadas/> [última visita 12.10.2017].

FNE contra Casther y otros (2015): Corte Suprema 20 de enero de 2015 (Recurso de Reclamación). Disponible en: Disponible en: <http://www.tdlc.cl/tdlc/c-248-13-requerimiento-de-la-fne-contra-caster-y-otros/> [última visita: 12.10.2017].

FNE contra Pullman Bus Costa Central S.A. y otros (2015): Corte Suprema 29 de enero de 2015 (Recurso de Reclamación). Disponible en: Disponible en: <http://www.tdlc.cl/tdlc/c-234-11-requerimiento-de-la-fne-contra-servicios-pullman-bus-costa-central-s-a-y-otros/> [última visita 12.10.2017].

FNE contra Asociación Gremial de Ginecólogos Obstetras de la Provincia de Ñuble y otros (2015): Tribunal de Defensa de la Libre Competencia 1 de abril de 2015 (Requerimiento por Prácticas Anticompetitivas). Disponible en: Disponible en: <http://www.tdlc.cl/tdlc/c-265-13-requerimiento-de-la-fne-contra-la-asociacion-gremial-de-ginecologos-obstetras-de-la-provincia-de-nuble-y-otros/> [última visita: 12.10.2017].

FNE contra Asfaltos Chilenos S.A., Dynal Industrial S.A., Empresa Nacional de Energía Enex S.A. y Química Latinoamericana S.A. (2015): Tribunal de Defensa de la Libre Competencia 23 de diciembre de 2015 (Requerimiento por Prácticas Anticompetitivas). Disponible en: Disponible en: <http://www.tdlc.cl/tdlc/tdlc-acoge-parcialmente-requerimiento-de-la-fne-en-contra-de-asfaltos-chilenos-s-a-dynal-industrial-s-a-empresa-national-de-energia-enex-s-a-y-quimica-latinoamericana-s-a/> [última visita 12.10.2017].

FNE contra Sociedad de Transportes Línea Uno Collico S.A., Transportes Comercial Laurel Sur S.A. y otros (2015): Corte Suprema 29 de diciembre de 2015 (Recurso de Reclamación). Disponible en: Disponible en: <http://www.tdlc.cl/tdlc/c-244-12-requerimiento-de-la-fne-contra-sociedad-de-transportes-linea-uno-collico-s-a-y-otros-2/> [última visita 12.10.2017].

FNE contra Asociación Gremial de Ginecólogos Obstetras de la Provincia de Ñuble (2016): Corte Suprema 7 de enero de 2016 (Recurso de Reclamación). Disponible en: Disponible en: <http://www.tdlc.cl/tdlc/c-265-13-requerimiento-de-la-fne-contra-la-asociacion-gremial-de-ginecologos-obstetras-de-la-provincia-de-nuble-y-otros/> [última visita 12.10.2017].

-asociacion-gremial-de-ginecologos-obstetras-de-la-provincia-de-nuble-y-otros/ [última visita 12.10.2017].

FNE contra Asfaltos Chilenos S.A., Dynal Industrial S.A., Empresa Nacional de Energía ENEX S.A. y otros (2016): Corte Suprema 12 de octubre de 2016 (Recurso de Reclamación). Disponible en: Disponible en: <http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2016/10/5128-2016.pdf> [última visita 12.10.2017].

## Jurisprudencia/Estados Unidos

- United States v. Colgate & Co., 250 U. S. 300 (1919).
- United States v. Trenton Potteries Co., 273 U.S. 392 (1927).
- Interstate Circuit, Inc. v. United States, P. 306 U.S. 225 (1939).
- United States v. Socony-Vacuum Oil Co., Inc., 310 U.S. 150 (1940).
- United States v. Paramount Pictures, Inc., 334 U.S. 131 (1948).
- Theatre Enterprises v. Paramount Distributing 346 U.S. 537 (1954).
- United States v. Foley, 598 F.2d 1323 (4th Cir. 1979).
- United States v. Thomas J. Gillen, 599 F.2d 541 (1979).
- Monsanto co. v. Sprite-Rite Service Corp., 465 U.S. 752 (1984).
- Apex Oil Co. v. DiMauro, 822 F.2d 246, 254 (2d Cir. 1987).
- Flat Glass Antitrust Litig., 385 F.3d 350, 369 (3d Cir. 2004).
- Bell Atlantic Corp. v. Twombly, 550 U.S. 544 (2007).
- United States v. Apple, Inc., 791 F.3d 290, 318 (2d Cir. 2015).

\*

Este artículo se realizó en el marco del Fondecyt de Iniciación N° 11150194 “Desafíos para la protección penal de la competencia en Chile. Criterios de legitimación y propuesta regulatoria”.

- 1 Véase García (2015), pp. 35 y ss. El autor describe que su nación, Perú, habría escogido el modelo de protección conjunta, pero basada en una diferenciación absoluta de ilícitos, en que sólo queda entregada a la sanción penal el delito de manipulación de licitaciones, en el artículo 241 del Código Penal peruanano. El resto de ilícitos contra la libre competencia queda entregado a la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, lo que excluye el tratamiento conjunto de una misma situación de hecho. Ver al respecto, García (2004), pp. 10 y ss.
- 2 Al referirnos a Chile, preferimos utilizar la nomenclatura de “derecho de la libre competencia” antes que al de “derecho administrativo sancionador”, que es el que se utiliza por la doctrina extranjera cuando se refiere al sistema de protección conjunta o mixta, así, por ejemplo, García (2004), pp. 10 y ss., toda vez que es polémico si en nuestro ordenamiento de libre competencia estamos ante un proceso administrativo sancionador o jurisdiccional contencioso. Esto dada la existencia de un órgano persecutor, la Fiscalía Nacional Económica, pero también la de un tribunal imparcial, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, cuyas decisiones son, además, revisadas por el máximo Tribunal del país, la Excelentísima Corte Suprema.
- 3 Nuestro ordenamiento habría optado por la protección conjunta del derecho de la libre competencia. Además, parece haberse concebido a la colusión como una identidad de ilícito, como queda de manifiesto si se observa a la redacción actual del art. 3º del D.L. N° 211 y el art. 62 del mismo cuerpo legal. Esto



se evidencia ya en el Mensaje de la Presidenta de la República que dio origen a la tramitación del proyecto de ley, que terminó siendo la Ley N° 20.945 que, entre otras cosas, tipificó el delito de colusión. De la lectura del Mensaje queda claro que el legislador, al tipificar el delito de colusión, no pretendió establecer una diferencia cualitativa entre la regulación de libre competencia y la penal, sino que, solamente, agregar una sanción de carácter penal a un determinado tipo de ilícitos anticompetitivos, esto es, los carteles duros. En efecto, ante los ojos del legislador, las razones que permitirían la doble sanción del ilícito colusorio son, básicamente, cuestiones relacionadas con la gravedad del atentado, proporcionalidad, coherencia normativa y necesidad disuasoria. A ellas, en el mismo Mensaje, se suman argumentos de consenso internacional e interno. Sin embargo, no se plantea una distinción cualitativa clara que permita distinguir la sanción de libre competencia de la penal.

- 4 La identidad de ilícitos queda en evidencia si se tiene en cuenta que el art. 3º del D.L. N° 211 incluye también, en su letra a) los casos de “carteles duros”: “**Artículo 3º.** El que ejecute 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, será sancionado con las medidas señaladas en el artículo 26 de la presente ley, sin perjuicio de las medidas preventivas, correctivas o prohibitivas que respecto de dichos hechos, actos o convenciones puedan disponerse en cada caso. 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”.
- 5 Tiedemann (2010), p. 58. Para una justificación de tal forma de protección, García (2012), p. 150. Ver, al respecto, Martínez-Buján (2016), pp. 153 y ss. En forma diversa, pero que es compatible con este punto de partida, Kindhäuser (1995), pp. 444 y ss.
- 6 Kindhäuser (2009), pp. 7 y ss. Ver también, Paredes (2003), p. 130. También, Feijoo (2009), p. 206.
- 7 No es lugar para abordar en detalle el problema de la competencia como bien jurídico. Al respecto, Artaza (2017), en publicación. Baste señalar acá, de acuerdo a lo sostenido por Kindhäuser (2009), p. 16, que “hay bienes que no existen como tales en una sustancia, sino que son generados institucionalmente de forma permanente”.
- 8 Debido a que el propósito de este artículo es proponer criterios interpretativos de la conducta típica no podemos detenernos en los problemas de legitimidad que han estado vinculados a tal técnica legislativa. Basta señalar acá, siguiendo otra vez a Kindhäuser (2009), p. 15, que estos delitos resultan imprescindibles para proteger bienes jurídicos institucionales en la medida que lo relevante aquí es propender a la protección de las “condiciones de seguridad necesarias para una disposición racional sobre un bien”. Junto con lo anterior, sostiene en p. 16, que esta clase de bienes jurídicos “han de ser protegidos ante todo asegurando suficientemente las condiciones bajo las cuales son creados. Con otras palabras, se ha de evitar que la creación de estos bienes mediante el hecho fracase o sea vea dificultada”. En Chile, Hernández (2016), especialmente claro en p. 174.
- 9 Es imposible abordar acá la magnitud del problema asociado a qué debe entenderse por un delito de peligro abstracto. Solo basta señalar que se utiliza el vocablo “peligro” en contraposición a los delitos de “lesión” y el vocablo “abstracto” para diferenciarlo de los delitos de peligro “concreto”, Así, por ejemplo, Frister (2011), p. 83, para quien los delitos de peligro concreto se



caracterizarían por que la “puesta en peligro del bien jurídico protegido está contenida en la descripción del delito y, de este modo, es un presupuesto de la punibilidad a ser demostrado en el caso particular”. A diferencia de los de peligro “abstracto” en donde la “puesta en peligro del bien jurídico no aparecen en la descripción del delito”, por lo que no resulta un “presupuesto a ser demostrado en el caso en particular...”. Dan cuenta de tal clasificación y de que en estricto rigor no daría cuenta de su complejidad, Hernández (2016), p. 179, de acuerdo al cual en la discusión actual se han adoptado “nuevas tipologías” donde destacan las de delitos de idoneidad o aptitud, delitos de acumulación, delitos de preparación..., también, Maldonado (2006), pp. 23-24. Con todo, nuevamente acá resulta clarificador lo indicado por Kindhäuser (2009), p. 3, en la medida que todas estas distinciones, de acuerdo a su opinión, lo relevante acá a la hora de determinar la clase de peligro prohibida por el legislador vendría dada por la clase de bien jurídico afectado y sus particularidades. Esto es, la forma como este mismo podría verse afectado.

- 10 García (2012), p. 129.
- 11 García (2012), p. 133.
- 12 García (2012), p. 133.
- 13 Se puede recurrir a tal ejemplo debido a que la conducta prohibida, salvo el último caso, que no respondería a lo que se conoce como “cartel duro”, se corresponde exactamente las mismas modalidades contenidas posteriormente en el art. 62 del D.L. N° 211.
- 14 El poder de mercado, siguiendo a Motta (2004), pp. 40-41, debe ser entendido como “la habilidad de una empresa para elevar los precios por encima del nivel competitivo”. Por lo mismo es evidente que debe ser considerado como algo más que la conducta de los competidores, en la medida en que se exige la producción de un estado de cosas, esto es, justamente la posibilidad de fijar los precios prescindiendo de las reglas del mercado (oferta y demanda).
- 15 Recientemente, Corte Suprema (CS), rol N° 5609-2015, de 7 de enero de 2016. En el mismo sentido CS, rol N° 5128-2016, de 12 de octubre de 2016.
- 16 En este sentido, Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC), rol C N° 217-11, de 20 de diciembre de 2011.
- 17 Mañalich (2004), p. 152, de acuerdo con el cual: “Para la consumación de los delitos de peligro abstracto, en cambio, basta la peligrosidad genérica o estadística de la acción emprendida, sin que sea necesario un resultado de puesta en peligro verificable *ex post*”.
- 18 CS, rol N° 5128-2016, 12 de octubre de 2016: “**Séptimo:** Que sobre la base de la norma antes transcrita cabe consignar que, según se ha expresado en fallos anteriores sobre la materia, los elementos del tipo de colusión son los siguientes: 1. El acuerdo. El elemento volitivo puede ser expreso o tácito, escrito u oral, de ejecución instantánea o diferida, formal o informal. Si bien éste puede ser implícito e incluso tácito, solamente exige que se manifieste voluntad de los partícipes en orden a concretarlo...”. **Octavo:** Que el elemento volitivo es esencial en la colusión y con arreglo a la ley puede ser expreso o tácito. “Por acuerdos expresos comprendemos a aquellos pactados en términos explícitos y directos, acordados tanto por vía escrita como oral. En tanto que por acuerdos tácitos entendemos a los inferidos a través de antecedentes, indicios o circunstancias que inequívocamente nos conducen a concluir que se está en presencia de un acuerdo de voluntades destinado a poner en peligro o lesionar la libre competencia” (Cristóbal Eyzaguirre B. y Jorge Grunberg P., “Colusión Monopólica, Prueba de la Colusión, Paralelismo de Conductas y Factores Añadidos”, en “Revista Anales Derecho UC Temas de Libre Competencia 2, Legis S.A. página 60”).
- 19 TDLC, rol C N° 224-11, 15 de enero de 2014, considerando Centésimo cuadragésimo tercero.
- 20 CS, rol N° 5128-2016, 12 de octubre de 2016, considerando séptimo. En el mismo sentido: CS, rol N° 21536, de 20 de enero de 2015, considerando séptimo.

- 21 Véase Page (2007), p. 426.
- 22 Page (2007), p. 408.
- 23 Fundamental, Page (2013), p. 218. Es importante considerar que, para este autor, la existencia de comunicación no supone, al mismo tiempo, la presencia de garantías expresadas en intercambios verbales. Como se podrá apreciar en este apartado, qué se deba entender por “comunicación” resulta fundamental.
- 24 En la Unión Europea, a propósito de las prácticas concertadas, se ha comentado que no es necesario probar una forma específica de actuación conjunta, ni que ese plan se haya ejecutado, o que de él se hayan derivado efectos en la competencia, véase Goodman (2012), p. 24. Esto mostraría que los criterios relevantes para la determinación de la configuración del delito de colusión están dados, precisamente, por lo que cuente como un acuerdo (anticompetitivo), y no, necesariamente, por la puesta en marcha o la realización del plan común. El catálogo de prácticas “en particular” prohibidas por el Art. 101 del Tratado son: 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; y subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones supplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos.
- 25 Así, p. ej., en TDLC, rol C N° 224-11, 25 de enero de 2014, considerando 143º y considerando 43º.
- 26 CUCU (2013), p. 214. Similarmente en Goodman (2012), p. 15. Antes que nada, es importante aclarar que tanto la discusión norteamericana como la de la Unión Europea no están preocupadas sobre la – posible – distinción entre “contrato”, “combinación” y “conspiración”, por un lado, y “acuerdo” “decisión de asociación” y “prácticas concertadas”, por otro. Como hemos visto, la tendencia internacional ha optado por englobar las prácticas que caen bajo el concepto de colusión en el concepto genérico de acuerdos anticompetitivos. Así, por ejemplo. Hay (2006), p. 879. De todos modos, se ha sostenido por la doctrina (véase Kaplow (2011 a), p. 727), que por contrato se debe entender un “acuerdo vinculante legalmente”, ya sea adoptado formal o informalmente; por combinación, se refiere a “una acción conjunta, que podría ir desde una fusión formal, hasta cualquier tipo de acto en conjunto” (lo que permite comprender el concepto laxamente, sobre todo si se tiene en cuenta, como Kaplow, que la Sección 1 agrega la frase “o de otro modo”); y conspiración, que es el término más usado por la jurisprudencia según el mismo autor, en “términos amplios refiere a actuar en armonía hacia un objetivo común”. (En cada caso la traducción es propia).
- 27 Page (2017), p. 11.
- 28 Page (2017), p. 11.
- 29 Para el concepto de *price leadership* véase Hannay (2014), pp. 58-59.
- 30 Page (2017), p. 11. Como en el caso Twombly (*Bell Atl. Corp. v. Twombly*, 550 U.S. 544, 2007) se declara, la fijación de precios de manera consciente y paralela resulta normal en un mercado concentrado. Así, el mero paralelismo consciente, y la interdependencia de precios, no cuentan como un acuerdo.
- 31 *Apex Oil Co. v. DiMauro*, 822 F.2d 246, 254 (2d Cir. 1987).
- 32 *Monsanto co. v. Sprite-Rite Service Corp.*, 465 U.S. 752 (1984).
- 33 *United States v. Colgate & Co.*, 250 U. S. 300 (1919).
- 34 Hannay (2014), p. 58-59. Véase, al respecto, la diferencia entre juegos cooperativos y no cooperativos en la teoría de juegos en Kaplow (2011 a), pp. 778 y ss., quien despeja los equívocos que podrían generarse al utilizar el lenguaje de esa teoría en el contexto del Acta Sherman.
- 35 Turner (1962), p. 659. Desde este punto de vista, que los competidores tengan precisamente el mismo precio es enteramente irrelevante ante la ausencia



de pruebas que permitan deducir que los precios serían distintos si hubiera acciones “realmente independientes”. A la misma conclusión ha llegado la Corte Europea de Justicia, véase al respecto Hay (2013), p. 16.

- 36 Como se verá más adelante, en casos de mercados concentrados, los agentes toman decisiones paralelas de modo consciente y estratégicamente dependientes de que el resto de los competidores tome, de hecho, la misma decisión –siguiendo el ejemplo– respecto del precio.
- 37 Así, p. ej. En *Theatre Enterprises v. Paramount Distributing* 346 U.S. 537 (1954): “esta corte nunca ha sostenido que la prueba de conductas comerciales paralelas establezca conclusivamente un acuerdo, o, dicho de otro modo, que ese tipo de comportamiento constituya por sí mismo una ofensa a la Acta Sherman” (traducción propia).
- 38 Goodman (2012), p. 15.
- 39 Wijckmans y Tuytschaever (2015), p. 8.
- 40 Goodman (2012), p. 17 (traducción propia).
- 41 En nuestro país, ha abordado esta categoría, González (2011), pp. 146-147, “Desde el punto de vista económico existen dos tipos de colusión: la explícita y la tácita. En el primer caso, la colusión se logra por la vía de la comunicación directa entre las empresas. Los carteles constituyen el típico ejemplo de colusión explícita. Estas son organizaciones informales, dado su carácter ilegal en la mayoría de las jurisdicciones, en donde los ejecutivos de las empresas se coordinan para fijar los precios y repartirse el mercado. En la colusión tácita, las empresas se coordinan en forma indirecta, es decir a través de su comportamiento en el mercado. Esta forma de comunicación incluye señales sobre precios actuales o anuncios de precios futuros. Nótese que en ocasiones no es necesario que exista intercambio de señales entre los actores para lograr la colusión, basta el mutuo entendimiento de que es conveniente para todos el no competir agresivamente. A nivel jurídico, la distinción entre colusión tácita y explícita, apunta más bien a la evidencia de que se dispone para calificar un caso como colusión, que a la forma en que las empresas realizaron dicha comunicación”.
- 42 Page (2017), p. 13 citando a *Flat Glass Antitrust Litig.*, 385 F.3d 350, 369 (3d Cir. 2004). Por otro lado, la categoría delictiva de *conspiración del common law* (expresamente penada por la Sección 1 del Acta Sherman), consiste en un acuerdo entre dos o más partes que tienen un objetivo común, un entendimiento tácito o expreso de los agentes hacia una meta ilícita (Dressler (1992), p. 378). La conspiración, en conjunto con la tentativa (y la solicitud), caen bajo el género de los delitos incipientes, cuya característica definitoria y mutuamente compartida es que se configuran aun cuando “la ofensa sustantiva (el delito que se pretendía realizar) no está completa y no hay resultados dañinos” (Ashworth y Horder (2006), p. 444). Pero dado que la conspiración se trata de un acuerdo, esto implica que, a diferencia de las tentativas en donde debe darse curso a la ejecución del delito, ello no resulta necesario en las conspiraciones: en efecto, el acuerdo para delinquir es punible en su propio mérito y no requiere para ello, siquiera, que el delito esté iniciado. En resumidas cuentas, la decisión político criminal del Legislador del *Common Law* es criminalizar como **delito autónomo** la conspiración para delinquir, y no meramente como un momento determinado del *iter criminis* (por esta razón, persecutores públicos podrían preferir acusar de una conspiración antes que una consumación –incluso cuando esta se verificara–, dado que la primera cuenta ya como un delito y no requiere probar los mismos elementos que la segunda. Véase al respecto Ashworth y Horder (2006), p. 458).
- 43 Page (2017), p. 27 (traducción propia). Previamente, el autor trata la relación –probatoria– entre comunicaciones privadas y públicas, sobre condiciones de factores competitivos presentes o futuros. Combinando cada uno de esos criterios, muestra como la jurisprudencia ha sido favorable a considerar el valor probatorio de comunicaciones privadas sobre condiciones futuras como uno fuerte a favor de la certeza de la existencia de un acuerdo (Page (2017), p. 27



y ss.). En los casos de comunicación pública de precios actuales, la cuestión resulta más compleja dado que se trata de una práctica usual en mercados concentrados, Page (2017), pp. 40 y ss. (pensemos p. ej., en las gasolineras). En todo caso, y respecto de casos de afectación de resultados de procesos de licitación (*bid rigging*), el autor llega a la conclusión de que en aquellos casos en los que se trasmítia información a través de las propuestas se trata, más bien, de información pública. Más adelante, revisa también los casos de comunicación privada de precios presentes (distinguiendo los casos de fijación de precios (ilegales *per se*) y los de intercambio de información (sujetos a la regla de la razonabilidad –*rule of reason*–, sobre la que volveremos más adelante), Page (2017), pp. 45 y ss.; y las comunicaciones públicas de precios futuros. Previamente y distinguiendo las acciones concertadas de las meras prácticas facilitadoras de acuerdos que resulten ambiguas, en Page (2012), p. 184 y ss., resaltando que las acciones concertadas requieren un *tipo de comunicación específico* que envuelva cierta clase de intención anticompetitiva antes que, como se trata aquí, intercambios de garantías mutuos u otras expresiones meramente formales de lo que cuenta como un acuerdo en el contexto de la protección de la competencia.

- 44 United States v. Foley, 598 F.2d 1323 (4th Cir. 1979). Para un análisis de este caso en el contexto de los acuerdos tácitos véase Page (2017), pp. 27 y ss.
- 45 Este asunto resulta problemático dado que las cortes norteamericanas han establecido que un acuerdo no debe constar por medios tradicionales (“expreso”, en este sentido). Por ello es perfectamente posible que dos o más agentes de un mercado actúen independiente y paralelamente pero que esa práctica tenga la apariencia de una colusión. Por eso es necesario, de acuerdo con lo establecido por la jurisprudencia, que el acuerdo tácito sea probado por evidencia circunstancial que dé cuenta de factores “extra”, es decir, factores que proporcionen una base para presumir que la actividad en cuestión se trata “de algo más” que paralelismo consciente. Kovacic y Marshall (2011), pp. 395-396.
- 46 Flat Glass Antitrust Litig., 385 F.3d 350, 369 (3d Cir. 2004).
- 47 United States v. Paramount Pictures, Inc., 334 U.S. 131 (1948).
- 48 Baker (1993), p. 179 (traducción propia).
- 49 Con todo, se debe reconocer que hay doctrina que aún pretende definir acuerdo sobre la base del “encuentro de mentes” y que optaría entonces por incluir las conductas interdependientes en esta categoría. Para una exposición crítica de tal tendencia ver Page (2013), pp. 222 y ss., a través, principalmente, del análisis de la posición de Kaplow.
- 50 Sacharoff (2016), p. 445.
- 51 United States v. Apple, Inc., 791 F.3d 290, 318 (2d Cir. 2015).
- 52 Bell Atl. Corp. v. Twombly, 550 U.S. 544, (2007).
- 53 Sacharoff (2016), p. 445.
- 54 Para una revisión de los distintos significados que tiene el concepto de acuerdo véase Sacharoff (2016), pp. 408 y ss.
- 55 En este sentido, Sacharoff propone el modelo de las promesas: que dos o más agentes se hayan prometido mutuamente la fijación de un precio, etc., como el factor que diferenciaría a un acuerdo punible de una mera conducta paralela, Sacharoff (2016), pp. 445-446.
- 56 Page (2017), p. 2.
- 57 Atlantic Corp v Twombly, 550 U.S. 544, 545 (2007); 540-541 (traducción propia).
- 58 Un buen ejemplo de cómo todas estas categorías se han terminado analizando dentro de la más general de “acuerdo”, en Page (2007), p. 439, quien recuerda que “mientras que las cortes norteamericanas intercambian sin más “acción concertada” por “acuerdo”, el caso Interstate Circuit pareciera reconocer que una acción concertada es una especie de acuerdo que requiere la concurrencia tanto de un plan como de una acción concordante con ese plan” (traducción propia). Lo que diferenciaría, en definitiva, a las acciones concertadas, para



- Page (2007), p. 440, es que se trataría de “algo menos” que un acuerdo expreso –típico de la Conspiración–, pero que se podría verificar en los casos en que un plan sea comunicado y seguido por actos paralelos tendientes a su realización.
- 59 Hay (2006), p. 878. En términos probatorios, para Hay, implicaría que existe evidencia “dura” como testigos presenciales, un video o audio que dé cuenta del hecho, o un documento que verifique el hecho del acuerdo.
- 60 Hay (2006), p. 880.
- 61 Hay (2006), p. 881 (traducción propia).
- 62 Interstate Circuit, Inc. v. United States, 1939, P. 306 U.S. 225.
- 63 Kovacic (1996), p. 100.
- 64 Similarmente Kaplow (2011 a), p. 707.
- 65 En el mismo sentido véase Page (2007), p. 417.
- 66 La Corte, en Blomkest Fertilizer, Inc v. Potash Corporation of Saskatchewan, 203 F. 3d 1028 (8th. Cir. 2000), falló que “un acuerdo puede ser propiamente inferido del paralelismo consciente solo cuando existen ciertos “factores extra” (traducción propia). Un factor extra refiere a los “los hechos o factores adicionales a probar como prerrequisito para encontrar que la fijación paralela de precios se debe a una conspiración” (traducción propia). Hay señala que los “factores extra” han cambiado caso a caso, y que van desde determinaciones generales a específicas, como i) existencia de incentivos en el mercado para coludirse; ii) oportunidad para coludirse; iii) coincidencia que no se podría dar sin un acuerdo previo (p. ej., todas las ofertas en una subasta con el mismo monto); Hay (2006), pp. 883-888. Véase también Kovacic, William E. Antitrust Policy and Horizontal Collusion in the 21st Century. Loy. Consumer L. Rep., 1996, vol. 9, pp. 102-104.
- 67 Para una lista de lo que se ha mencionado como factores extra Kovacic-Marshall *et al.* (2011), p. 405-406.
- 68 Kovacic-Marshall *et al.* (2011), p. 408.
- 69 Kovacic (1997), p. 100.
- 70 American Tobacco Co. v. United States 328 U.S. 781 (1946).
- 71 Page, (2007), pp. 405-406.
- 72 Page, (2007), p. 426.
- 73 Black (2005), pp. 185 y ss.
- 74 Black (2005), p. 187.
- 75 Page, (2007), p. 427.
- 76 De todos modos, para Black, hay varias formas por las cuales esa comunicación se puede desarrollar: mediación por un tercero, por vías de anuncios generales y no específicos, comunicación que requiere inferencias del receptor y por vías “no lingüísticas”, como un guiño o inclinando la cabeza. Black (2005), p. 154.
- 77 Black (2005), p. 155.
- 78 Como consideración adicional, es preciso tener presente que, pese a las similitudes de la conducta prohibida entre el artículo 3º letra a) y el 62, ambos del D.L. N° 211, una de las diferencias más importantes es que, mientras el artículo 3º letra a) comprende como conducta prohibida a “los acuerdos o prácticas concertadas”, el delito de colusión del artículo 62 se limita al “acuerdo”. Sin perjuicio de que, como se ha comentado, estamos por comprender el concepto de “acuerdo” de manera normativa, según las consideraciones y circunstancias ya comentadas, será interesante verificar en el ejercicio jurisprudencial hasta qué punto la exclusión literal de las “prácticas concertadas” del tipo del artículo 62 podría presentar efectos de relevancia jurídico-penal.
- 79 Considerando sexto Sentencia TDLC, rol N° C-217-2011, 20 de diciembre de 2011. En el mismo sentido: CS, rol N° 5128-2016, de 12 de octubre de 2016, considerando trigésimo; CS, rol N° 2578-2012, de 7 de septiembre de 2012, considerando octogésimo segundo; CS, rol N° 32149-2014, de 29 de diciembre de 2015, considerando décimo sexto; CS, rol N° 6249-2014, de 20 de abril de 2015, considerando tercero

- 80 CS rol N° 5609-2015, 7 de enero 2016, FNE contra Asociación Gremial de Ginecólogos Obstetras de la Provincia de Ñuble.
- 81 El acuerdo de fijación de precios, que probablemente alcanza uno de los mayores consensos respecto de conductas propias de “carteles duros”, puede llevarse a cabo tanto por proveedores de un bien o servicio que establecen un precio de venta, como por un grupo de compradores que imponen un precio de compra. La “fijación de precios” ha sido entendida a través de una conceptualización amplia. Así, por ejemplo, la Comisión Europea ha sancionado conductas que no sólo cumplen con la forma más obvia de fijar precios, sino que también, ha considerado como integrantes de esta conducta ciertas actuaciones que afectan el precio de manera más indirecta como la prohibición de aplicar ciertos descuentos. En cuanto a la fijación de precios de compra, un ejemplo de derecho europeo es el caso de un cartel de compañías procesadoras de tabaco que, en su relación con proveedores del mismo insumo, imponían un determinado precio de compra. Para el derecho europeo, véase Whish y Bailey (2012), pp. 524-525 y 528. A modo ejemplar de sentencias de derecho nacional que se han referido a la fijación de precios, véase Sentencia del TDLC, rol C N° 248-13, de 19 de junio de 2014 y Sentencia de la CS, rol N° 21.536-2014, 20 de enero de 2015 (“Buses Caldera”); Sentencia del TDLC, rol N° C-217-2011 de 20 de diciembre de 2011 (“Buses Puerto Montt”); Sentencia del TDLC, rol N° C-244-12 de 4 de noviembre de 2014 y Sentencia CS, rol N° 32.149-2014, 29 de diciembre de 2015 (“Buses Valdivia”); Sentencia del TDLC, rol C N° 234-11 de 8 de mayo de 2014 y Sentencia CS, rol N° 19.806-2014, 29 de enero de 2015 (“Buses Pullman Cartagena”); Sentencia del TDLC, rol N° C 265-13 de 1º de abril de 2015 y Sentencia CS, rol N° 5609-2015, 7 de enero de 2016; Sentencia del TDLC rol N° C-184-2012 de 31 de enero de 2012 y Sentencia CS, rol N° 2578-2012, 7 de septiembre de 2012.
- 82 Esta modalidad consiste en que los productores u oferentes de un determinado bien acuerdan la limitación de la producción o provisión del mismo, generando artificialmente una reducción de la oferta. En nuestro país, en el mediático caso conocido como “Caso Pollos”, la FNE acusó a distintas empresas productoras de carne de pollo por haberse coludido mediante la celebración y ejecución de un acuerdo que, además de tener por finalidad la asignación de zonas o cuotas de mercado, tuvo por objeto la limitación de la producción de pollo ofrecida al mercado nacional. El TDLC acogió el requerimiento y la Excelentísima Corte Suprema confirmó la condena (Sentencia del TDLC, rol N° 236-11 de 25 de septiembre de 2014 y Sentencia CS, rol N° 27181-2014, 29 de octubre de 2014).
- 83 A través de este objeto, los agentes económicos, pudiendo competir en una determinada zona geográfica o en la totalidad de un mercado de provisión de un determinado producto, deciden dividirse tal mercado en zonas geográficas o cuotas, suprimiendo la competencia en las mismas. Además del “Caso Pollos” precedentemente mencionado, otro caso de bastante repercusión relacionado con esta modalidad de acuerdos, fue el “Caso Asfaltos”, en que la FNE acusó a empresas proveedoras de productos asfálticos, de asignarse contratos específicos de provisión de dicha sustancia para determinadas obras. El TDLC acogió el requerimiento y la Excelentísima Corte Suprema mantuvo el acogimiento del requerimiento respecto de determinadas obras (véase Sentencia del TDLC, rol N° C-280-14, 23 de diciembre de 2015 y Sentencia CS, rol N° 5128-2016, 12 de octubre de 2016).
- 84 La afectación de resultados de procesos de licitación (*bid rigging*) consiste en la sustitución de la competencia entre los oferentes de una licitación mediante la coordinación entre ellos. Las modalidades en que esta conducta puede cometerse son variadas. Entre otras, puede darse el caso de ofertas ficticias para cubrir a la que debe ganar, la supresión de ofertas y el reparto de zonas geográficas. Whish y Bailey (2012), pp. 536-538 analizan diversas modalidades de *bid rigging* a la luz de pronunciamientos jurisprudenciales.



En nuestra jurisprudencia también existe el tratamiento de este tipo de conductas. En efecto, sólo a modo ejemplar, aunque con un artículo 3º que no contemplaba expresamente esta modalidad, véase Sentencia del TDLC, rol N° C-149-09 de 22 de junio de 2011 y Sentencia CS, rol N° 6847-2011, 11 de enero de 2012 (“Caso Radios”).

- 85 Se debe clarificar acá que no es el propósito de este artículo analizar el tipo subjetivo del delito en cuestión sino que algunos aspectos centrales relativos a la conducta prohibida. Esto es importante, ya que una mirada superficial del tipo penal podría hacer pensar que se trate de un acuerdo anticompetitivo depende exclusivamente de elementos subjetivos y que el respaldo de lo anterior estaría dado por el vocablo “para” utilizado por el legislador. Es decir, la anticompetitividad dependería de lo que se conoce como un “elemento subjetivo del tipo” distinto del dolo. En relación con este concepto basta remitirse a Hernández (2011), pp. 87-88, de “toda exigencia subjetiva que a la vez no sea exigencia objetiva”. De acuerdo al mismo autor estos delitos pueden ser clasificados en “delitos de intención” y “delitos de tendencia”. En el primer caso se trataría de delitos en que “la exigencia subjetiva consiste en obrar con la finalidad de alcanzar algo que se encuentra más allá de la realización íntegra del tipo objetivo, generalmente para precisar el sentido de la realización típica en un contexto de adelantamiento de la relevancia penal objetiva de la conducta”, y en el segundo caso “un cierto ánimo del sujeto sería lo que le da sentido delictivo a una conducta que de lo contrario resultaría irrelevante por su carácter equívoco, como ocurriría por ejemplo con los delitos sexuales del Art. 366...”. Con todo, lo que se quiere decir acá es que existen buenas razones, reflejadas en la discusión actual, para sostener que la anticompetitividad del acuerdo no puede depender exclusivamente de la mera finalidad de quienes lo celebran. Además, que se considere el vocablo para como un elemento subjetivo del tipo no excluye la posibilidad de constatar casos en que ya en sede objetiva la conducta desplegada por el autor es absolutamente inidónea, en sede subjetiva, para ser subsumida en el tipo penal. Basta poner un ejemplo burdo para tales efectos. Piénsese en el caso de dos sujetos que acuerden fijar precios de compra, pero que en realidad ni siquiera se trate de competidores.
- 86 Jones y Kovacic (2017), pp. 1-46.
- 87 Bryce (2010), p. 1.
- 88 Además, conforme al *Antitrust Division Manual* del Departamento de Justicia norteamericano, un caso de cartel duro, amén de considerarse conducta *per se* dañina, será, generalmente, un caso investigado conforme a naturaleza penal. En efecto, es preciso señalar que el Doj tiene discrecionalidad al momento de perseguir atentados a la libre competencia, con relación a si los considera como ilícitos civiles o penales.
- 89 Véase Hovenkamp (2011), pp. 272 y ss.
- 90 Véase Jones y Kovacic (2017), p. 21.
- 91 Con más detalle, Artaza (2017), en publicación.
- 92 Para constatar lo anterior basta revisar la literatura relativa a los fundamentos del Derecho de la competencia, o la legislación antimonopólica, a partir de la cual se extraen importantes diferencias debido al sistema del que se trate y el momento. Así, por ejemplo, Dabbah (2010), pp. 14 y ss. Desde una perspectiva histórica, diferenciando el sistema antimonopólico estadounidense y el europeo, Motta (2004), pp. 1-38. Ver también las diferencias actuales que se presentan entre el sistema de la Unión Europea y el Reino Unido, Whish y Bailey (2015), pp. 521 y ss. No es objeto de este artículo abordar tales diferencias sino solo constatar que los objetivos asociados a tal regulación pueden ser múltiples, así como la detección de los problemas que surgen de tal constatación. Stucke (2012), p. 30, exemplifica este problema citando al Tribunal chileno de Defensa de la Libre Competencia, de acuerdo con la cual “el único objetivo de la política de defensa de la competencia es promover y proteger la competencia, pero luego reconocerían que uno de las

- principales dificultades es definir qué quiere decir libre competencia para la legislación, o definir por qué la competencia misma debiera ser protegida".
- 93 Waked (2014), p. 951.
- 94 Al respecto, De Deygere (2011), p. 8: "En general, parece haber un consenso en que el derecho de la competencia debería ser aplicado para perseguir eficiencias económicas y el bienestar del consumidor, y que ambos objetivos deberían ser considerados desde una perspectiva económica. En general, la consecuencia más importante que ha resultado del razonamiento más explícitamente económico es el cambio de foco desde la protección de los competidores, hacia la protección de la *competencia*, y, por lo tanto, a examinar los efectos de la conducta antes que la forma de la misma" (traducción propia), (énfasis en el original). Explica, p. 16, que tal énfasis ha sido la regla general en el sistema estadounidense pero que en forma progresiva se estaría imponiendo en la Unión Europea. Ver también, para esta "aproximación más económica" Vanger (2009), pp. 1-2. Ver también, con relación a los aspectos ideológicos que subyacen a tales decisiones, Lao (2014), pp. 666 y ss.; Maier-Rigaud (2012), p. 132.
- 95 Excede a los propósitos de este artículo un análisis detallado de este problema, para una aproximación conceptual ver Kerber (2007), pp. 2 y ss.
- 96 Whish y Bailey (2015), p. 4, de acuerdo con los cuales, bajo lo que se conoce como teoría económica neoclásica, el bienestar social se maximizaría bajo condiciones de competencia perfecta. Ver también, Whelan (2014), p. 90.
- 97 Whish y Bailey (2015), pp. 39 y ss.
- 98 Ver, en relación a ciertos malentendidos en este debate, Baker (2013), pp. 2176 y ss.
- 99 Al menos en lo que respecta a la definición del interés prioritario de protección, ya que la mayoría de las posturas analizadas reconocen la necesidad de proteger no solo uno de éstos, sino que una pluralidad de objetivos. Como se mencionó anteriormente, la exigencia de optar por un objetivo prioritario se relaciona, por lo general, con los casos en que tales objetivos se vean en conflicto.
- 100 Es decir, aquel nivel de la eficiencia que considera los efectos globales que atañen tanto a consumidores como a productores (*total welfare*). Ver, al respecto, Wright (2013), pp. 2405 y ss. Ver Kaplow (2011 b), p. 19.
- 101 Whish y Bailey (2015), p. 5.
- 102 Desde una perspectiva conceptual, Cseres (2006), pp. 124 y ss. Ver también Kikwood y Lande (2008), pp. 197 y ss.
- 103 Véase Jones y Kovacic (2017), p. 13.
- 104 Véase Cudahy y Devlin (2010), pp. 59-109.
- 105 Véase Cudahy y Devlin (2010), pp. 64-65. La idea que subyace a la posición de los autores es que la limitación de la producción es una condición *sine qua non* de las ofensas anticompetitivas. En efecto, pese a que una conducta pueda generar un aumento transitorio de precios, si ésta no viene aparejada de reducción de producción y se producen, además, otros beneficios sociales, ésta no debería ser sancionada por el estatuto de la libre competencia.
- 106 Véase Kimmel (2011), pp. 245-270. El autor menciona el camino trazado por la jurisprudencia norteamericana que llevó a malinterpretar la aplicación de la regla *per se*. En efecto, ésta, según el autor, siempre debió entenderse de modo conforme a la razonabilidad de los efectos. Pero además, desde la literatura económica se han dado buenas razones para evitar que la pretensión de que no se vea disminuido el excedente del consumidor no esté sujeta a algunas limitaciones en pos de la consecución de mayor eficiencia dinámica. Así, por ejemplo, se ha sostenido que la disminución del excedente del consumidor o de su bienestar puede ser temporal si es que la justificación de tal disminución, por el aumento de precios, trae como consecuencia el desarrollo e innovación tecnológica, lo que en definitiva puede redundar en mayores beneficios para la sociedad. Así, por ejemplo, en Waked (2014), p. 959; Daskalova (2015), pp. 137-138.



- 107 Véase Jones y Kovacic (2017), p. 15. El autor menciona, como ejemplo de este tipo de acuerdos, la fijación de precios entre socios de un estudio de abogados.
- 108 El artículo 101 del TFUE establece: Artículo 101 (antiguo artículo 81 TCE) 1. Serán incompatibles con el mercado interior 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 interior y, en particular, los que consistan en: a) fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción; b) limitar o controlar la producción, el mercado, el desarrollo técnico o las inversiones; c) repartirse los mercados o las fuentes de abastecimiento; d) aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva; e) 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. 2. Los acuerdos o decisiones prohibidos por el presente artículo serán nulos de pleno derecho. 3. No obstante, las disposiciones del apartado 1 podrán ser declaradas inaplicables a: – cualquier acuerdo o categoría de acuerdos entre empresas, – cualquier decisión o categoría de decisiones de asociaciones de empresas, – cualquier práctica concertada o categoría de prácticas concertadas, que contribuyan a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, y reserven al mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante, y sin que: a) impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos; b) ofrezcan a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate.
- 109 Jones y Kovacic (2017), p. 31.
- 110 Comisión Europea (2011), pp. 8-9.
- 111 Nze (2015), pp. 87-96.
- 112 Posada y Freitas (2015), pp. 1-14.
- 113 King (2015), pp. 1-308. Similar distinción acerca de aproximaciones a acuerdos anticompetitivos se encuentra en Posada y Freitas (2015), pp. 1-14.
- 114 King (2015), pp. 69 y ss. En estas páginas se explican los diferentes pasos del “test MAAP”, en que se señalan las diversas circunstancias que deben tomarse en consideración para concluir que un acuerdo constituye una restricción “por objeto”. Sólo después de que se concluye que no lo es, se considerarán los efectos de la conducta.
- 115 Véase King (2015), pp. 115 y ss.
- 116 Olsson (2013), pp. 1-96.
- 117 Véase Olsson (2013), pp. 27 y ss. Sólo a modo ejemplar de una conducta que no tendría efectos anticompetitivos, el autor menciona la colaboración entre determinadas empresas en un proceso de licitación que, dadas las circunstancias, no habrían podido competir en tal proceso de licitación si no fuera por tal colaboración.
- 118 Véase Whish y Bailey (2012), pp. 140-144.
- 119 Véase Comisión Europea (2014 a), pp. 1-4.
- 120 En este sentido, en términos muy globales, si el acuerdo no afecta más del 10 al 15% del mercado relevante, debiera ser considerado insignificante. En Olsson (2013), pp. 59 y ss., se señala que el criterio cuantitativo comprende, entre otros, la posición e importancia de los agentes económicos y la estructura del mercado.
- 121 En Whish y Bailey (2012), p. 144, se describen ejemplos jurisprudenciales de daños no apreciables a la competencia, como el de un acuerdo entre bancos irlandeses respecto de la hora de apertura de sus sucursales.
- 122 Véase Comisión Europea (2014 a), p. 3. Sin perjuicio de todo lo señalado, es preciso hacer presente que, en todo caso, la Comisión Europea, además de



la “comunicación *de minimis*”, dictó una Guía en que explica qué conductas son las que considerará excluidas de la aplicación del análisis de apreciabilidad de efectos, señalando, al contrario, qué conductas podrían acogerse al *safe harbour* que otorga el principio de insignificancia, aun siendo, de acuerdo a su tenor literal, conductas de fijación de precios, reparto de mercado, restricciones de producción, entre otras, siempre que éstas se ejecuten en determinadas circunstancias que se explican pormenorizadamente. Véase Comisión Europea (2014 b), pp. 1-17.

- 123 King (2015), pp. 203 y ss.
- 124 Ver también Posada y Freitas (2015), pp. 6 y ss., para quienes incluso carteles duros pueden, bajo ciertas circunstancias, beneficiar a los consumidores. Para demostrar lo anterior, analizan ciertas conductas que, en teoría son dañinas, pero en la práctica, en el cumplimiento de ciertas circunstancias, pueden demostrar no hacerlo. Los autores mencionan, como ejemplo, el caso de que, en la ausencia de un acuerdo de precios entre competidores, uno de ellos no pueda permanecer en el mercado.
- 125 Al menos de la Historia de la Ley Nº 20.945, pp. 5 y 6, se desprende claramente que el legislador se habría decantado por la primera opción: “[d]icho de otra manera, dado que se concibe a los carteles duros como prácticas manifiestamente anticompetitivas, los tribunales están autorizados a condenar a quienes incurran en ellas sin necesidad de que se realice un completo análisis del mercado relevante ni de su efecto anticompetitivo, siendo además improcedente que el requerido o demandado invoque defensas de eficiencia, que, en rigor, son inexistentes”. Con todo, serán los tribunales los que deberán decidir en el caso concreto si efectivamente conductas que no presentan la suficiencia, al menos potencial, para producir efectos anticompetitivos, debieran ser entendidas como subsumibles en el tipo penal en comento.
- 126 Nos referimos a casos en que, por ejemplo, debido a la posición irrelevante que desempeñan los partícipes del acuerdo en el mercado, se pueda discutir si estaban en condiciones o no lograr un poder de mercado y afectar, así, la competencia.
- 127 Se debe reconocer, eso sí, que es muy probable que casos así ni siquiera sean en definitiva perseguidos por la capacidad que presenta la institucionalidad para detectar, desde un comienzo, que tales acuerdos no tienen por objetivo anular los efectos beneficiosos asociados a la competencia. Sin embargo, solo se quiere decir acá que no puede descartarse de plano la posibilidad de defensa en juicio en atención a razones de eficiencia, pese a lo que se haya señalado en la tramitación del proyecto de ley que criminaliza la colusión en nuestro país.
- 128 Es cierto que se podría haber llegado a la misma conclusión si se asume, como lo hace cierta doctrina, que los delitos de peligro abstracto deben ser interpretados al menos en forma tal que la conducta sancionada sea de aquellas que presenten cierta “*idoneidad o aptitud para lesionar o producir un daño o que se constate que supera ciertos niveles de permisión de riesgos*”, como lo describe Feijoo (2015), pp. 312-313.