



EL ACUERDO EN EL DELITO DE COLUSIÓN DESDE LA PERSPECTIVA DE LA FILOSOFÍA ANALÍTICA DE LA ACCIÓN

Nicolás Acevedo V.

EL ACUERDO EN EL DELITO DE COLUSIÓN DESDE LA PERSPECTIVA DE LA FILOSOFÍA ANALÍTICA DE LA ACCIÓN

Septiembre 2026



Nicolás Acevedo V.

Abogado y Magíster en Derecho con mención en Penal por la Universidad de Chile. Ha sido profesor de derecho penal en Universidad Nacional Andrés Bello y Universidad Mayor. Se ha desempeñado como abogado en la División Jurídica del Ministerio del Interior y Seguridad Pública (2023-2025). Actualmente es doctorando en Derecho, Gobierno y Políticas Públicas en la Universidad Autónoma de Madrid.

I. NOCIONES GENERALES SOBRE EL DELITO DE COLUSIÓN DEL ART. 62 DEL DL 211

La colusión constituye una de las conductas más graves y reprochables en el ámbito de la libre competencia. Aquella constatación, sin embargo, no es suficiente para una prohibición penal¹. Ello, en tanto no todas las conductas que atenten contra la competencia merecen sanción penal². No obstante, los acuerdos colusorios emergen normalmente como el “mal supremo” entre las conductas lesivas de la competencia³, lo que constituye uno de los factores que explican la decisión de criminalización del legislador chileno⁴.

La Ley N° 20.945, que modificó el Decreto Ley 211 (DL 211), incorporó a la legislación chilena un sistema mixto, recurriéndose tanto al derecho de la libre competencia como al derecho penal para la sanción de la colusión. Así, la norma de sanción penal pasó a quedar incorporada en el art. 62 del DL 211. Como ha señalado la doctrina, el modelo que hace suyo esta legislación determina que merecen sanción penal sólo las conductas de más gravedad, esto es, los denominados “carteles duros”⁵. Estos últimos se refieren a acuerdos entre competidores para fijar precios, limitar la producción o repartirse mercados o cuotas de participación en estos⁶. La disposición, además, introduce una diferencia fundamental con la descripción de la conducta contravencional del art. 3 del DL 211, sancionando penalmente los acuerdos, pero no las prácticas concertadas⁷.

Desde la perspectiva del injusto del delito de colusión, se ha señalado que el bien jurídico tutelado en el art. 62 del DL 211 es la competencia económica, como bien jurídico institucional⁸. La protección de este bien jurídico resulta necesaria, toda vez que propende a mayores niveles de justicia distributiva⁹. En tal sentido, la colusión afecta la confianza en la corrección del mercado como sistema de transferencia de bienes y servicios, y distribución de estos¹⁰. Ahora bien, esta afectación se encuentra expresada bajo la técnica de tipificación de los delitos de peligro abstracto¹¹: no se exige que la conducta típica menoscabe la sustancia del bien jurídico, antes bien, lo que persigue es asegurar las condiciones institucionales que posibilitan su existencia¹². Por ello, debe descartarse la exigencia de peligrosidad en su interpretación, bajo la figura de

1 Gonzalo García y Javier Tapia, “El injusto del delito de colusión del art. 62 DL. 211: una reconstrucción desde la accesoriidad administrativa”, *Revista Jurídica Digital UANDES* 6, No 2 (2022), 31.

2 Así, por ejemplo, en España, las conductas constitutivas de colusión son objeto de indagación y sanción por la Comisión Nacional de Mercados y la Competencia, que impone sanciones administrativas. Véase Iñigo Ortiz de Urbina, “Problemas (reales y ficticios) y necesidad de protección penal de la competencia en España: el caso de la fijación de precios”, en *La intervención penal en la protección de los intereses económicos de los consumidores*, ed. José Ulises Hernández Plasencia (Madrid: Marcial Pons, 2020), 263-4.

3 Ortiz de Urbina, “Problemas (reales y ficticios) y necesidad de protección penal de la competencia en España”, 264; Wentong Zheng, “A Knowledge Theory of Tacit Agreement”, *Harvard Business Law Review* 9 (agosto de 2019), 400.

4 Sobre el consenso en torno a la decisión de sanción penal de la colusión, véase Ortiz de Urbina, “Problemas (reales y ficticios) y necesidad de protección penal de la competencia en España”, 264. Sobre el debate en torno a la criminalización en el derecho chileno, véase Agustín Walker, “Criminalización de la Colusión y Delación Compensada: Elementos para un Análisis Riguroso de la Persecución Penal de Carteles”, *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 33 (2020), 134-40.

5 Osvaldo Artaza, Matías Belmonte y Germán Acevedo, “El delito de colusión en Chile: Propuesta analítica de la conducta prohibida a través de su interpretación como un acuerdo anticompetitivo”, *Ius et Praxis* 24, N° 2 (2018), 550. También, Osvaldo Artaza, “Fundamentos: la colusión como delito económico”, en *El delito de colusión*, de Osvaldo Artaza, Víctor Santelices y Matías Belmonte (Santiago: Tirant Lo Blanch, 2020), 17.

6 García y Tapia, “El injusto del delito de colusión del art. 62 DL. 211”, 24.

7 Al respecto, Walker, “Criminalización de la Colusión y Delación Compensada”, 141; García y Tapia, “El injusto del delito de colusión del art. 62 DL. 211”, 34.

8 Artaza, Belmonte y Acevedo, “El delito de colusión en Chile”, 552; Artaza, “Fundamentos: la colusión como delito económico”, 20. Con mayor detalle, Artaza, “Fundamentos: la colusión como delito económico”, 23-29.

9 Al respecto, Artaza, “Fundamentos: la colusión como delito económico”, 27.

10 Artaza, “Fundamentos: la colusión como delito económico”, 33.

11 García y Tapia, “El injusto del delito de colusión del art. 62 DL. 211”, 32; Víctor Santelices, “El tipo penal de colusión”, en *El delito de colusión*, de Osvaldo Artaza, Víctor Santelices y Matías Belmonte (Santiago: Tirant Lo Blanch, 2020), 103.

12 Sobre esta concepción de los delitos de peligro abstracto que protegen bienes jurídicos institucionales, Urs Kindhäuser, “Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho penal”, *InDret*, N° 1 (2009), 16.

los denominados delitos de peligro abstracto-concreto, delitos de aptitud o delitos de idoneidad¹³⁻¹⁴, toda vez que la conducta típica no exige un resultado de peligro, ni la idoneidad abstracta de la conducta para vulnerar el bien jurídico. En efecto, el tipo penal se satisface con la mera realización de la conducta prohibida, sin que se requiera una lesión de intereses individuales ni la generación de un estado de cosas peligroso¹⁵. Por consiguiente, existen buenas razones para considerarlo como un delito de peligro abstracto lato sensu, y no un delito de aptitud¹⁶.

En cuanto a la estructura, el delito de colusión del art. 62 del DL 211 es un delito de mera actividad y mixto alternativo. En efecto, se trata de un delito de mera actividad toda vez que la descripción típica actual no se encuentra condicionada a la producción de un resultado de impedimento, restricción o entorpecimiento a la libre competencia¹⁷ o algún otro tipo de resultado típico. Por su parte, que sea mixto-alternativo quiere decir que se describen varias conductas, de manera disyuntiva, siendo indiferente si se realiza una u otra acción¹⁸. La particularidad es que todas las modalidades alternativas de conducta tienen como común referencia el concepto de «acuerdo»¹⁹. Mediante la sanción de conductas asociadas al acuerdo, el legislador ha perseguido ir más allá del núcleo de ilicitud, tanto ex ante como ex post. Así, la conducta típica no sólo se identifica con la intervención en el perfeccionamiento del acuerdo (celebrar), sino que también determinadas acciones orientadas a dicho objetivo (ordenar celebrar, organizar). Así también se sanciona la intervención posterior en el cumplimiento del contenido del acuerdo (ejecutar).

En tal sentido, al abarcar tanto la celebración y ejecución del acuerdo, como determinadas modalidades de intervención ex ante, el delito puede ser caracterizado como uno de emprendimiento (o también conocido como de preparación)²⁰. Si bien se trata de una categoría no exenta de discusión, en general, la doctrina la define como aquella descripción típica que abarca el inicio de un *iter criminis global*²¹, de manera que la puesta en marcha de una tendencia determinada –sea ejecutiva o preparatoria– está sujeta a sanción penal²². Con esta caracterización no se pierde de vista que, desde el punto de vista formal, la caracterización de un acto preparatorio o de ejecución no existe en sí misma, sino en referencia a tipos penales concretos. En efecto, desde una perspectiva formal, tanto la ejecución, celebración, organización u orden de celebración del acuerdo constituyen conductas típicas, para efectos del art. 62 del DL 211. Antes bien, con la caracterización como delito de emprendimiento se pretende evidenciar que, desde una perspectiva material, “ordenar celebrar” u “organizar” son conductas que no pueden ser contempladas como acciones en sí mismas, sino que inician un ciclo global que culmina o se agota con la celebración y posterior ejecución del acuerdo.

13 Sobre esta categoría, véase Juan Pablo Mañalich, “Peligro concreto y peligro abstracto. Una contribución a la teoría general de la parte especial del derecho penal”, *Revista chilena de derecho* 48, N° 2 (agosto 2021), 94-6. Exigiendo peligrosidad en el delito de colusión, pero calificando el delito como uno de peligro abstracto, Artaza, Belmonte y Acevedo, “El delito de colusión en Chile”, 569.

14 García y Tapia, “El injusto del delito de colusión del art. 62 DL 211”, 32-3.

15 Artaza, “Fundamentos: la colusión como delito económico”, 29.

16 Refiriéndose a la anterior redacción, véase Juan Pablo Mañalich “La imputación de la adopción de un acuerdo colusorio bajo el derecho de la libre competencia”, *Informe en Derecho en Rol C-292-2015. Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica contra CCNI S.A. y otras*, fojas 5058 y ss.

17 En efecto, la referencia al “acuerdo” no puede ser entendida ni como resultado típico del cual dependa la consumación del delito, ni como resultado sobre el cual se proyecte intencionalmente la acción, en la forma de un delito de resultado cortado. Ello, en tanto el acuerdo presupone un comportamiento tanto ajeno como propio que, como tal, no puede constituir un resultado condicionado causalmente por la conducta. Agradezco al profesor Juan Pablo Mañalich por esta observación.

18 Sobre los tipos mixtos alternativos, Diego Luzón Peña, *Lecciones de Derecho Penal: Parte General* (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2012), 167-8.

19 Refiriéndose a la relevancia del acuerdo para la determinación del sentido de los verbos rectores del art. 62 del DL 211, Artaza, Belmonte y Acevedo, “El delito de colusión en Chile”, 567.

20 Caracterizando la colusión como delito de emprendimiento, García y Tapia, “El injusto del delito de colusión del art. 62 DL 211”, 33.

21 Refiriéndose a la categoría de “delitos de emprendimiento” (*Unternehmensdelikte*) o “delitos de preparación” (*Vorbereitungsdelikte*), véase Víctor Gómez Martín, “El delito de fabricación, puesta en circulación y tenencia de medios destinados a la neutralización de dispositivos protectores de programas informáticos (art. 270, párr. 3° CP)”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, N° 4-16 (2002), 7-8.

22 Sobre este concepto de delitos de emprendimiento, véase Luzón Peña, *Lecciones de Derecho Penal*, 166-7; Hans-Heinrich Jescheck y Thomas Weigend, *Tratado de Derecho Penal: Parte General* (Breña: Instituto Pacífico, 2014), 287. Desde una perspectiva más restringida, distinguiendo entre delitos de emprendimiento propios e impropios, Günther Jakobs, *Derecho Penal. Parte General: Fundamentos y teoría de la imputación*, (Madrid: Marcial Pons, 1997), 856.

Desde esta perspectiva, las conductas típicas establecidas en el art. 62 del DL 211 no solo abarcan la culminación del proceso de adopción de un acuerdo, sino también su etapa de planificación. En efecto, mediante la sanción de quien “ordene celebrar” el acuerdo, se pretende abarcar la acción de quien delega o mandata la celebración del acuerdo en otro²³, en la forma de una participación intentada²⁴. Por su parte, la sanción de quien “organice” el acuerdo, tiene por objeto describir un acto preparatorio²⁵ mediante una técnica de tipificación determinada²⁶. Esto significa que, como todo acto preparatorio punible, requiere que el agente exprese mediante su acción una determinación delictiva²⁷, esto es, que objetive una idea de delito determinada, y no una idea difusa²⁸. Adicionalmente, el hecho de que el legislador emplee el verbo “organizar” parece dar a entender que no cualquier acto preparatorio del acuerdo será punible. En tal sentido, por preparación organizativa, podemos entender la coordinación de las diferentes partes del acuerdo²⁹. En otras palabras, el art. 62 del DL 211 no remite a cualquier acto preparatorio del acuerdo, sino solo a formas de comportamiento determinadas, por instrucción o coordinación, a celebrar el acto comunicativo constitutivo del acuerdo.

Siendo esto así, la celebración y posterior ejecución del acuerdo constituyen la culminación de un proceso, a partir del cual se deben interpretar las restantes conductas típicas. Todo lo anterior, nos obliga a determinar qué es un acuerdo colusorio, para los efectos de la sanción de las distintas conductas individualizadas en el art. 62 del DL 211. Como se verá, se trata de un concepto que tiene distintas interpretaciones en el derecho de la libre competencia, existiendo riesgo de confusión con otras conductas. Por lo demás, el hecho de que el legislador haya decidido sancionar sólo aquellas conductas relacionadas con el acuerdo colusorio, excluyendo toda referencia a las prácticas concertadas que sí se encuentran contenidas en el art. 3 letra a), obliga a otorgarle sentido a dicha diferenciación. Las páginas siguientes se encuentran centradas en dar respuesta a dichas preguntas.

II. EL ACUERDO EN EL DERECHO DE LA LIBRE COMPETENCIA

El acuerdo constituye un elemento esencial de la colusión³⁰. En la legislación antimonopolios estadounidense (*Sherman Act*), si bien se habla de “contratos”, “combinaciones” y “conspiraciones”, existe consenso en que el acuerdo sería el elemento central de estos tres conceptos³¹. La legislación de la Unión Europea prohíbe también los acuerdos con objeto anticompetitivo³². El hecho de que el acuerdo no sea definido en estas legislaciones puede constituir una ventaja, en tanto permitiría ajustarse a los contornos fácticos de los diferentes casos. Sin embargo, a medida que la diversidad de casos aumenta, una mayor laxitud del concepto determina que este empieza a perder unidad conceptual³³.

23 En similar sentido, Belmonte, “Intervención delictiva en el delito de colusión”, 126.

24 Refiriéndose a la figura de instigación a un subordinado como un delito de emprendimiento, Jakobs, *Derecho Penal*, 856.

25 Así, Belmonte, “Intervención delictiva en el delito de colusión”, 127.

26 Refiriéndose a la distinción entre la sanción de preparación de cualquier forma (de modo no tipificado) y de preparaciones de forma determinada (de modo tipificado), Jakobs, *Derecho Penal*, 858.

27 En similar sentido, Jakobs, *Derecho Penal*, 858.

28 En general sobre los actos preparatorios, Jakobs, *Derecho Penal*, 858.

29 Distinguiendo entre preparación técnica y preparación organizativa, Juan Fuentes, “Formas de anticipación de la tutela penal”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, N° 8 (2006), 11 con n. 59.

30 Artaza, Belmonte y Acevedo, “El delito de colusión en Chile”, 555.

31 Oliver Black, *Agreements: A Philosophical and Legal Study* (Oxford: Oxford University Press, 2012), 258. También, Artaza, “Reflexiones en torno al concepto y la prueba del acuerdo”, en *El delito de colusión*, de Osvaldo Artaza, Víctor Santelices y Matías Belmonte (Santiago: Tirant Lo Blanch, 2020), 75.

32 Con referencias al antiguo art. 81 TCE, actual art. 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), Oliver Black, *Conceptual Foundations of Antitrust* (Cambridge: Cambridge University Press, 2005), 94.

33 Black, *Conceptual Foundations of Antitrust*, 94.

La caracterización del acuerdo en un sentido subjetivo, como “encuentro de mentes” o “armonía de opinión”, se encuentra muy asentada en la jurisprudencia y doctrina³⁴. La jurisprudencia anglosajona utiliza así los conceptos de “unidad de propósito”; “diseño común”, o “encuentro de mentes con arreglo ilícito”³⁵. También la doctrina anglosajona emplea estos conceptos al referirse a un acuerdo³⁶, mientras que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) lo ha entendido en un sentido laxo, como concordancia de voluntades³⁷. Por su parte, la Corte Suprema de Chile lo ha definido como “concierto de voluntades”³⁸. El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC), en similar sentido, lo ha entendido de forma amplia, señalando que:

El término ‘acuerdo’ es considerado de manera muy amplia, incluyendo múltiples formas contractuales, convenciones, meras tratativas, promesas, protocolos de entendimiento, “acuerdos o pactos de caballeros”, pautas de conducta, circulares, entre otros (véase, en este sentido, P. Areeda y H. Hovenkamp, *Antitrust Law: An Analysis of Antitrust Principles and Their Application*, Aspen Publishers, 2ª ed., 2003, 1400a). Es posible que tal acuerdo sea verbal, se manifieste en uno o más instrumentos o incluso en una seguidilla de meros actos materiales. En términos generales, la supresión de la voluntad individual de dos o más agentes competidores y su cambio por una voluntad colectiva unificadora de sus decisiones es, en sede de libre competencia, considerado un “acuerdo”, cualquiera sea el modo en que éste se manifieste³⁹.

Por otra parte, se encuentra el concepto de práctica concertada. Esta obedecería a una forma de coordinación entre partes que conscientemente sustituyen el riesgo de competición por la cooperación práctica⁴⁰. Así también ha sido definido por la doctrina como una conducta unilateral o bilateral de toma de contacto o intercambio de información entre competidores, en un contexto oligopólico, apta para debilitar o suprimir la incertidumbre sobre el comportamiento del mercado⁴¹. Una parte de la jurisprudencia comparada, sin embargo, ha tendido a asimilarla al acuerdo, señalando que ambos conceptos tienen la misma naturaleza, y solo se diferencian en función de su intensidad o la forma en que se manifiestan⁴². Este criterio se ha visto replicado en la jurisprudencia nacional, al afirmarse que acuerdo y práctica concertada remiten a una distinción injustificada y superada, y que son términos usados indistintamente para referirse a la conducta anticompetitiva⁴³. Ello se explica también porque en la legislación chilena anterior a la ley 20.945, la distinción entre acuerdo y práctica concertada no tenía una relevancia decisiva.

Tampoco es clara la diferenciación entre un “acuerdo tácito”⁴⁴ y una práctica concertada. En ocasiones, el “acuerdo tácito” es caracterizado como un acuerdo probado por evidencia circunstancial, el que a su vez

34 Sobre la contraposición entre una concepción objetiva y subjetiva del acuerdo, véase Artaza, Belmonte y Acevedo, “El delito de colusión en Chile”, 556. Críticamente, Artaza, “Reflexiones en torno al concepto y la prueba del acuerdo”, 74.

35 Véase, entre otros, Black, *Conceptual Foundations of Antitrust*, 142; Joseph Harrington, “A theory of collusion with partial mutual understanding”, *Research in Economics* 71 (2016), 140.

36 Véase un resumen de estos planteamientos en Black, *Agreements*, 260, con múltiples referencias; críticamente, George A. Hay, “The Meaning of ‘Agreement’ under the Sherman Act: Thoughts from the ‘Facilitating Practices’ Experience”, *Review of Industrial Organization*, N° 16 (2000): 127.

37 García y Tapia, “El injusto del delito de colusión del art. 62 DL. 211”, 34.

38 *Requerimiento de la F.N.E. contra Farmacias Ahumada y otros*. Rol 2578-2012, Sentencia Corte Suprema (2012), c. 77, sin perjuicio de que posteriormente exige manifestación de voluntad de los participantes y la existencia de comunicación directa o entendimiento mutuo (c. 78 y 79).

39 TDLC, sentencia de 1 de abril de 2015, 145/2015, Caso Ginecólogos de Ñuble, c. 5. Al respecto, véase entre otros, García y Tapia, “El injusto del delito de colusión del art. 62 DL. 211”, 34; Fernando Araya, “La existencia de colusión explícita puede acreditarse por evidencia indirecta en ausencia de prueba directa. Una reflexión sobre colusión tácita, “acuerdos tácitos” y “prácticas concertadas”: Corte Suprema, 29 de enero de 2015, rol 19806-2014”, *Revista chilena de derecho privado*, No 24 (2015): 235.

40 Black, *Conceptual Foundations of Antitrust*, 141.

41 Araya, “La existencia de colusión explícita puede acreditarse por evidencia indirecta en ausencia de prueba directa”, 250.

42 Caso T-9/99, HFB Holding v. Commission, GC, (2002), par. 190.

43 *Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica en contra de Cencosud S.A. y otras*, C-304-2016, Sentencia TDLC N° 167/2019, c. 31 ss.

44 Si bien la legislación anterior recogía la diferenciación entre acuerdos expresos y tácitos, la norma vigente solo habla de acuerdos. Ahora bien, ello no necesariamente supone asimilar los acuerdos tácitos a las prácticas concertadas. Antes bien, puede obedecer a que se pretendía armonizar la redacción de la norma nacional a la del art. 101.1 del TFUE. Sobre esta última aseveración, Víctor Santelices, “Delimitación de la colusión como ilícito en el marco de un sistema mixto de protección de la libre competencia”, en *El delito de colusión*, de Osvaldo Artaza, Víctor Santelices y Matías Belmonte (Santiago: Tirant Lo Blanch, 2020), 42.

es asimilado a una práctica concertada. Esto se vincula a la denominada “tesis probatoria” según la cual prácticas concertadas y acuerdos tácitos son sinónimos y sólo se diferencian en cuanto a la forma de ser probados⁴⁵. Problemas similares se advierten cuando se señala que un acuerdo colusorio puede ser probado mediante evidencia circunstancial, pero al caracterizar esa prueba se hace referencia conjuntamente a comportamientos comerciales (subida de precio que no obedece a razones vinculadas a la oferta y la demanda) y comunicacionales (conversaciones telefónicas y reuniones)⁴⁶.

La situación solo puede empeorar cuando se emplean los conceptos de “colusión expresa” y “colusión tácita”. Mientras la “colusión expresa” abarcaría los acuerdos expresos o tácitos, incluyendo a las prácticas concertadas, la así llamada “colusión tácita” se identificaría con el paralelismo consciente o la interdependencia oligopólica. Estas últimas son formas de referirse a los casos en que diversos competidores, tras conductas repetitivas, son conscientes de la conducta del competidor y reaccionan conforme a los cambios de esta, sin existir mecanismos de coordinación⁴⁷.

Lo señalado permite advertir que no existe en absoluto claridad en torno a la definición de un acuerdo, para los efectos del delito de colusión. Tampoco contribuye a esto la diversa nomenclatura asociada: “colusión expresa”, “colusión tácita”, “acuerdo tácito”, y “práctica concertada”. Ahora bien, parte de esta dificultad puede deberse a que estos conceptos, y en especial el acuerdo, remiten a un vínculo interpersonal complejo, cuyo real sentido obliga a atender a otra disciplina: la filosofía. El vínculo entre estas dos cuestiones contribuirá a determinar correctamente el sentido del concepto de acuerdo en el delito de colusión.

III. EL ACUERDO COLUSORIO DESDE LA PERSPECTIVA DE LA FILOSOFÍA DE LA ACCIÓN

Parte del problema en la determinación y definición de qué es un acuerdo se debe a que se trata de una noción que remite a un vínculo social complejo, cuya preeminencia y relevancia no solo se da en el derecho penal y el derecho económico, sino también en la teoría de los juegos y del contrato social⁴⁸. En este sentido, la noción de acuerdo remite a una categoría más amplia que forma parte de la filosofía⁴⁹. Identificar su estructura, en el ámbito normativo, permite comprender un fenómeno que está en el centro de nuestras interacciones sociales⁵⁰. Estipular sus criterios permite obtener claridad analítica, de manera de saber qué propiedades debe tener un hecho para ser descrito como tal⁵¹.

Notoriamente, ha sido Gilbert⁵² en el ámbito de la filosofía analítica la que ha delineado los criterios que debe cumplir un acuerdo para ser considerado como tal. Supóngase, señala Gilbert, que dos personas acuerdan encontrarse en un paradero de autobuses, a las cuatro de la tarde. Cada persona, mediante el acuerdo, ha adquirido una “obligación performativa” (*performance obligation*) de asistir al paradero a las cuatro⁵³. A este criterio, la autora lo denomina obligatoriedad. Adicionalmente, un acuerdo debería dar cuenta que ambas

45 Críticamente, Ignacio Peralta, Un análisis dogmático de la colusión dura en Chile (Santiago: Universidad Adolfo Ibáñez-Centro Competencia, 2025), 104 ss.

46 *Requerimiento de la F.N.E. contra Farmacias Ahumada y otros*. Rol 2578-2012, Sentencia Corte Suprema (2012), c. 11. Con citas a diversos fallos, Araya, “La existencia de colusión explícita puede acreditarse por evidencia indirecta en ausencia de prueba directa”, 234.

47 Respecto a este concepto de colusión tácita, Araya, “La existencia de colusión explícita puede acreditarse por evidencia indirecta en ausencia de prueba directa”, 238.

48 Así, Black, *Conceptual Foundations of Antitrust*, 99.

49 Black, *Conceptual Foundations of Antitrust*, 99.

50 Margaret Gilbert, “Is an Agreement an Exchange of Promises?”, *The Journal of Philosophy* 90, No 12 (diciembre 1993): 627.

51 Refiriéndose en este sentido a las condiciones de convencionalidad, Federico Arena, *El convencionalismo jurídico: un recorrido analítico* (Madrid: Marcial Pons, 2014), 64.

52 Véase, Gilbert, “Is an Agreement an Exchange of Promises?”, 627 ss.

53 Gilbert, “Is an Agreement an Exchange of Promises?”, 629.

partes están obligadas, al mismo tiempo, a dirigirse al paradero (criterio de la simultaneidad)⁵⁴. Finalmente, si una de las partes decide, sin justificación, no asistir al lugar (por ejemplo, por irse de viaje a otra ciudad), la otra parte no estará obligada a hacerlo (criterio de la interdependencia)⁵⁵. Las diferentes concepciones del acuerdo que existen en la filosofía difieren en el énfasis y exigibilidad de estos tres criterios.

Para definir el acuerdo existe un concepto estándar en la filosofía, que es el del intercambio de promesas⁵⁶. Por compromiso o promesa se debe entender un acto comunicativo, donde el promitente se compromete con el destinatario de la promesa a hacer lo que es prometido⁵⁷. La expresión “te prometo volver a Chile al finalizar mi tesis” cuenta como un acto de prometer⁵⁸, porque se funda en el principio de la promesa (*promising principle*), según el cual si una persona comunica a otra su intención de obligarse por un acto comunicativo, la primera tiene esa obligación⁵⁹. Uno de los derechos derivados del acto de prometer, es el de formular promesas condicionales: o bien sujetar la promesa a la condición de una acción (te daré 10.000 pesos si tú me das tu libro); o bien, sujetar la promesa a otra promesa (“te daré 10.000 pesos si tú prometes darme un libro”)⁶⁰.

Conviene también distinguir entre una promesa externamente condicional o internamente condicional⁶¹. Promesas externamente condicionales son aquellas donde la existencia de la promesa depende de una condición (por ejemplo, solo si tú cortas el pasto, yo prometo lavar la ropa), es decir, la “condición” determina la existencia de la promesa. Promesas internamente condicionales, en cambio, son aquellas donde lo que uno promete está sujeto a una condición (por ejemplo, lavaré la ropa si tú cortas el pasto). En otras palabras, no es la existencia de la promesa lo que está sujeto a una condición, sino la acción prometida. Para Gilbert, lo más frecuente es que los acuerdos del día a día deban ser interpretados como internamente condicionales⁶². Es decir, ante la pregunta “¿por qué no cortas el pasto y yo lavo la ropa?”, lo natural sería interpretar la promesa ofrecida como internamente condicional. También Black al analizar el concepto de acuerdo como intercambio de promesas prefiere centrarse en un concepto de promesa internamente incondicional⁶³.

Teniendo esto en mente, la caracterización del acuerdo como intercambio de promesas (internamente) condicionales puede ser caracterizada como la “opinión ortodoxa”⁶⁴. Sin embargo, esta tesis ha sido criticada, cuestionándose si ella cumple con el criterio de la obligatoriedad. Como señala Black, si “X” manifiesta que hará una acción, si y solo si “Y” hace otra, y viceversa, ambos cumplirán el acuerdo si ninguno hace nada⁶⁵. Así, si yo te señalo “te daré 10.000 pesos si tú me das tu libro”, y tú no me das tu libro, yo no tengo que darte 10.000 pesos. Ninguna parte está obligada a hacer nada, si el acuerdo depende de promesas condicionales. Por ello, Black propone reformular el acuerdo como un intercambio entre promesas de distinto tipo: una

54 Gilbert, “Is an Agreement an Exchange of Promises?”, 629-30.

55 Gilbert, “Is an Agreement an Exchange of Promises?”, 631-2.

56 Gilbert, “Is an Agreement an Exchange of Promises?”, 627 ss. Algunos autores, como Black hablan de compromisos (*undertakings*), entendiéndolo en un sentido amplio, pues estos admiten múltiples formas: puede haber compromisos débiles y fuertes, de manera que un juramento puede ser más fuerte que una promesa. Otros, como Arena y Gilbert, hablan de promesas. Sin embargo, la diferencia entre compromisos y promesa es más bien difusa, por lo que se emplearán ambos conceptos. Al respecto, véase Black, *Conceptual Foundations of Antitrust*, 95 ss; Arena, *El convencionalismo jurídico*, 68.

57 Hanoch Sheinman, “Promises and Agreements”, en *Promises and Agreements: Philosophical Essays* (Oxford: Oxford University Press, 2011), 6.

58 Arena, *El convencionalismo jurídico*, 69.

59 Joseph Raz, “On the Nature of Rights”, *Mind* 93, N° 370 (abril 1984), 202.

60 Raz, *On the Nature of Rights*, 202-3.

61 Al respecto, Gilbert, “Is an Agreement an Exchange of Promises?”, 632-634.

62 Gilbert, “Is an Agreement an Exchange of Promises?”, 633.

63 Black, *Agreements*, 31. Si bien el autor reconoce que toda promesa es –en cierto sentido– externamente condicional, toda vez que toda promesa requiere ciertas condiciones para formularse (por ejemplo, la existencia de un promitente), no es en este sentido que quiere emplearse el término. Por ello, recoge la distinción formulada por Gilbert, para señalar que, en ese contexto, cada vez que se emplee el concepto de promesa será para utilizarla en el sentido de “internamente” condicional.

64 Black, *Conceptual Foundations of Antitrust*, 98-9, si bien reconoce el autor que hablar de “ortodoxia” puede ser excesivo, toda vez que la filosofía sobre los acuerdos era, a lo menos hasta ese momento, una materia incipiente de discusión.

65 Black, *Conceptual Foundations of Antitrust*, 95.

promesa (internamente) condicional y una promesa o prestación (internamente) incondicional⁶⁶. Por ejemplo, X le dice a Y “si tú haces la cama, yo lavo los platos”, a lo que Y responde “está bien” o “haré la cama” (promesa incondicional). O bien, Y procede a hacer la cama (prestación incondicional). Aplicado a un ejemplo en el ámbito de la libre competencia: si X le dice a Y “subiré mis precios si tú subes los tuyos”, a lo que Y responde “de acuerdo” o “subiré mis precios”, o, derechamente, procede a subir los precios, habrá acuerdo⁶⁷. Bajo esta lógica, si Y no sube sus precios, no habrá cumplido su parte del acuerdo, pues formuló una promesa incondicional. Por su parte, si X no sube los precios, una vez que Y subió los suyos, tampoco habrá cumplido con su parte del acuerdo, pues formuló una promesa condicional.

Gilbert, en cambio, sostiene que debe renunciarse a la noción de promesa como constitutiva del acuerdo, sea incondicional o condicional. Para la autora, el intercambio de promesas expresadas al unísono no parece ser una explicación práctica de los acuerdos⁶⁸. Luego, si no son expresadas al unísono, los problemas persisten. La autora pone el siguiente ejemplo. Si Peter le dice a Rita, “te prometo lo siguiente: yo bañaré a Tibbles si tú sacas a pasear a Fido”, por el solo hecho de formular esa promesa Peter se encuentra sujeto a ella, antes que Rita⁶⁹. Pues aun cuando su obligación sea condicional (bañar a Tibbles), él tiene una genuina obligación de la cual solo Rita lo puede liberar⁷⁰. Se infringiría con ello el criterio de la simultaneidad. Por ello, la autora se inclina por favorecer una comprensión basada en el compromiso conjunto (*joint commitment*)⁷¹. Un compromiso conjunto, según la autora, se caracterizaría por ser fruto de la creación de varias personas, ninguna de las cuales puede unilateralmente cancelarlo o rescindirlo⁷². Así, la promesa de ir juntos al paradero de autobús a las cuatro no es un intercambio de promesas sino un compromiso conjunto. Para que exista compromiso conjunto, cada uno le debe expresar al otro, bajo condiciones de conocimiento común, su disponibilidad para que todos se comprometan⁷³. El objeto del compromiso sería la aceptación “como un cuerpo” (*as a body*) de un determinado principio de acción (*fiat*).

El problema de esta tesis es que es insuficiente para negar el modelo que la autora pretende criticar⁷⁴. En efecto, no se comprende bien cómo la sola noción de compromiso conjunto puede reemplazar la noción de promesas como explicación de los acuerdos⁷⁵. A mayor abundamiento, la idea de aceptación conjunta de un principio de acción no basta para sostener que estemos ante un acuerdo. Antes bien, puede ser un principio de acción al que todas las partes adhieran porque reconocen que es una buena práctica⁷⁶. Por ejemplo, varias personas pueden adherir a la práctica común de reciclar, e, incluso pueden sentirse comprometidos a ello, sin necesidad de que exista un acuerdo entre ellos. Por otra parte, tal posición se aproxima a un concepto subjetivo del acuerdo como “armonía de opiniones”⁷⁷. En ocasiones, el TDLC se ha aproximado a esta postura, al entender el acuerdo como un entendimiento común⁷⁸.

66 Black, *Conceptual Foundations of Antitrust*, 94 ss. El ejemplo toma como base aquel propuesto por Black para el primer modelo.

67 Así, Zheng, “A Knowledge Theory of Tacit Agreement”, 400.

68 Gilbert, “Is an Agreement an Exchange of Promises?”, 635.

69 Gilbert, “Is an Agreement an Exchange of Promises?”, 639.

70 Gilbert, “Is an Agreement an Exchange of Promises?”, 639.

71 Gilbert, “Is an Agreement an Exchange of Promises?”, 645.

72 Margaret Gilbert, “Social Convention Revisited”, en *Joint Commitment: How We Make the Social World*, de Margaret Gilbert (New York: Oxford University Press, 2013), 219.

73 Margaret Gilbert, “Social Convention Revisited”, 219.

74 Así, Arena, *El convencionalismo jurídico*, 80.

75 Arena, *El convencionalismo jurídico*, 80.

76 Con referencias a Marmor, Arena, *El convencionalismo jurídico*, 80.

77 Críticamente, Artaza, “Reflexiones en torno al concepto y la prueba del acuerdo”, 74.

78 “(...) un intercambio de información futura sensible entre competidores, cuestión que -tal como ha reconocido la práctica comparada- podría facilitar un entendimiento común sobre los términos de coordinación, sin acuerdo explícito, dando lugar a un resultado colusorio en el mercado”, *Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica contra Servicios Pullman Bus Costa Central S.A. y Otros*, C-224-11, TDLC, Rol 133/2014, c. 143.

Otra alternativa para definir el acuerdo sin referirse a las promesas es un modelo que podríamos denominar de la “oferta aceptada”⁷⁹. Black propone entender el acuerdo en los siguientes términos: basta para afirmar que existe un acuerdo entre X e Y, que X le realice a Y una oferta, que Y acepte⁸⁰. El contenido de la oferta, de la aceptación y del acuerdo sería el mismo: que X realice algo e Y realice algo⁸¹. A su vez, “oferta” y “aceptación” deberían ser entendidos en un sentido amplio, como podría ser “propuesta” y “asentimiento”, respectivamente, aunque Black destaca que lo relevante sería su claridad a nivel “intuitivo”⁸².

El problema de este modelo está precisamente en su simplicidad. En efecto, no queda claro por qué las nociones de “oferta” y “aceptación” serían suficientes por sí solas para caracterizar el acuerdo. Si la oferta es caracterizada en términos de un ofrecimiento de un acuerdo, el argumento se ve aquejado por una circularidad: se caracteriza la oferta como el ofrecimiento de que X realice A, e Y realice B, pero –sin referencia a una promesa– no se clarifica cómo ello da lugar a una obligación conjunta de actuar⁸³. Tampoco resolvería los casos en que existen múltiples partes donde no todos se comunican entre sí. Así, supóngase que X e Y son representantes, respectivamente, de una empresa y un sindicato en conflicto, y que X propone a Y recurrir a un árbitro: Z, quien finalmente le propone a cada uno qué hacer. Una posible respuesta es señalar que es Z quien formula la oferta, y X e Y aceptan⁸⁴. Para Black, si bien esto es admisible, supondría una variación de su modelo, al ampliar el alcance del concepto de “oferta” en la medida en que el oferente (Z) no estaría especificando ninguna acción propia a realizar⁸⁵.

La segunda respuesta a la objeción supone prescindir completamente de Z y requerir una oferta posterior de X a Y, de aceptar lo propuesto por Z⁸⁶. Pero en tal caso se estaría modificando el ejemplo para adaptarlo a la conclusión, pues, como reconoce Black, de no haber interacción entre X e Y, no habría acuerdo⁸⁷. Es lo que ocurre precisamente en el ámbito de la libre competencia, en los acuerdos en forma de “rueda” o también denominados “hub-and-spoke”⁸⁸. Un famoso caso resuelto en Estados Unidos es *Interstate Circuit*. La empresa *Interstate Circuit* era una empresa con poder de mercado, propietaria de varios cines, que estableció acuerdos a nivel vertical con un grupo de distribuidores de cine, para fijar los términos y condiciones que debían imponerse a otras empresas propietarias de cines que operaban en el mismo sector⁸⁹. En tal caso, *Interstate Circuit* operó como un *hub* dominante que creó una conspiración horizontal entre los ocho distribuidores de cine (los *spokes*), exigiéndole a cada uno de ellos fijar los términos de exhibición de películas a propietarios de cine. Pues bien, en ese caso se entendió que sí existía un acuerdo horizontal entre los ocho distribuidores pese a que entre ellos no había existido ningún tipo de interacción, en contra de lo señalado por Black.

Ahora bien ¿es posible resolver estos y otros casos con base en una concepción del acuerdo como intercambio de promesas? Sheinman defiende esta posición. Para Sheinman, el acuerdo no es algo que podamos hacer individualmente, sino una acción conjunta constituida, a su vez, por promesas individuales⁹⁰. Las promesas individuales, no obstante, no necesitan ser condicionales en cuanto a su contenido. Esto supone que si yo

79 Véase al respecto, Black, *Agreements*, 62 ss, donde el autor señala que la comprensión del acuerdo como intercambio de promesas si bien puede servir para abarcar ciertos casos, se ve enfrentada a objeciones que hacen inviable que sea aplicada a los casos paradigmáticos. Por ello, propone renunciar al concepto de promesa o compromiso, y adoptar un modelo de oferta aceptada que emplee las nociones del derecho contractual.

80 Black, *Agreements*, 15.

81 “... the content of the offer, of the acceptance and (...) of the agreement is typically a conjunctive proposition of the form: (...) (1) X does Ax and Y does Ay”. Véase Black, *Agreements*, 63.

82 Black, *Agreements*, 63-4.

83 Sheinman, “Agreements as Joint Promises”, 388, con nota 41.

84 Black, *Agreements*, 76-7.

85 Black, *Agreements*, 77.

86 Black, *Agreements*, 77.

87 Black, *Agreements*, 77.

88 Al respecto, Black, *Agreements*, 78-9.

89 Al respecto, Page, “Tacit agreement under Section 1 of the Sherman Act”, *Antitrust Law Journal* 81 (2017), 624; Crossby Bujele, “Análisis de la figura del facilitador en el Derecho de la Libre Competencia”, *Derecho & Sociedad*, N° 49 (2017), 230.

90 Sheinman, “Agreements as Joint Promises”, 367.

te digo “yo lavo los platos, si tú sacas la basura”, y tú aceptas, el acuerdo me obliga a lavar los platos, nada más. A este principio el autor lo denomina “el principio del valor nominal de la promesa” (*face value principle for promises*)⁹¹. Así, si tú no has sacado la basura, esto no me habilita a mí a dejar de cumplir mi obligación de lavar los platos. ¿Supone esto renunciar a toda forma de interdependencia de las promesas? Sheinman sostiene que no, las promesas siguen siendo condicionales e interdependientes, pero en un sentido distinto. Las promesas no son condicionales en cuanto a su contenido (por ejemplo, no se trata de que la condición de “lavar los platos”, sea que “tú saques la basura”). La interdependencia es motivacional: para que X formule su promesa “x”, la promesa del otro es una razón para actuar⁹². Así, cada persona integrante del acuerdo actúa motivada por la creencia de que ella prometerá si y solo si la otra parte también lo hace.

Así, supóngase que A le dice a B “te ofrezco mi auto por 5 millones de pesos”, y B responde “acepto”. Cuando A realiza su oferta, no ha prometido nada –en el sentido de que no se ha obligado a sí mismo– sino, a lo más, ha realizado una promesa “externamente condicional”, esto es, la existencia de la promesa está sujeta a una condición: que B acepte pagar. Es solo cuando B acepta la oferta, que ambas manifestaciones de voluntad se transformarán en promesas⁹³. Pero ¿en qué sentido puede decirse que se produce esta transformación? Cuando A realiza su oferta, comprende que, si B la acepta, su oferta transformará este intercambio en dos simultáneas promesas: la promesa de entregar el auto y la promesa de pagar. Así, en contra de una posible objeción que sostuviera que ello determinaría que la promesa de A queda fuera de su control, lo cierto es que A sí tiene un control sustancial sobre su intención promisoria y su acción. Que sea la aceptación de B lo que finalmente termina constituyendo la acción de A en una promesa solo muestra que –cuando lidiamos con acciones e intenciones ajenas– existen contingencias que se encuentran fuera de nuestro control⁹⁴.

Una visión como la señalada puede caracterizarse como un concepto objetivo de acuerdo, en la medida en que requiere un acto de habla o comunicativo y no se satisface con un simple “entendimiento común”. No obstante, la distinción objetivo-subjetivo no debe tomarse de manera tan estricta, pues al relacionarse con la intencionalidad de los agentes, el acuerdo posee rasgos ontológicamente subjetivos⁹⁵. En este sentido, los acuerdos no son “puramente” objetivos, toda vez que si bien requieren actos de comunicación que deben haber tenido lugar –las promesas– poseen rasgos que existen en relación a la intencionalidad de los agentes. Es aquí donde puede insertarse la discusión sobre si el acuerdo requiere un conocimiento común. Para Black, agregar una cláusula de conocimiento común supone un concepto especialmente fuerte de acuerdo, y que puede conducir a la ambigua noción extendida en el derecho de la libre competencia de un acuerdo como “encuentro de mentes”⁹⁶. Por otra parte, esta cláusula supone que son posibles las actitudes proposicionales comunes, las que tienen la dificultad de ser psicológicamente cuestionables. Por ello, el autor propone agregar una cláusula según la cual quien formule la promesa debe saber que la otra parte se compromete a cumplir su parte. Ello, capturaría la idea de que ambos saben lo que está ocurriendo.

Al ser el acuerdo un proceso, las partes pueden tener la intención conjunta de entrar en un acuerdo⁹⁷. Que una o más partes tengan la intención de entrar en un acuerdo, supone que ellos tienen una intención de alcanzar un acuerdo con posterioridad, el que puede o no ser ejecutado⁹⁸. Ahora bien, al tratarse de una acción «tética» –existe un punto en el tiempo en el que el proceso concluye– el acuerdo se perfeccionará una vez que

91 Sheinman, “Agreements as Joint Promises”, 367.

92 Sheinman, “Agreements as Joint Promises”, 376-7.

93 Sheinman, “Agreements as Joint Promises”, 379.

94 Sheinman, “Agreements as Joint Promises”, 388.

95 Lo “ontológico” remite a una relación conforme a la cual lo “objetivo” y “subjetivo” son predicados de entidades e imputan modos de existencia. Por ejemplo, los dolores son entidades subjetivas, pues su modo de existencia depende de que sean sentido como tales. En cambio, las montañas son entidades objetivas, pues su existencia es independiente de cualquier estado mental. Al respecto, John Searle, *La construcción de la realidad social* (Barcelona: Paidós Ibérica, 1997), 27-8.

96 Black, *Agreements*, 264.

97 Sheinman, “Agreements as Joint Promises”, 384.

98 En referencia a una concepción extendida del modelo planteado, Sheinman, “Agreements as Joint Promises”, 384.

cada parte se comprometa a sí misma y se encuentra comprometida con otros. Pero, advierte Sheinman, el acuerdo solo es simultáneo en cuanto a la promesa, no en cuanto a su contenido. Por consiguiente, el contenido de la promesa se puede referir a acciones que se extiendan en el tiempo: se trata, en este sentido, de acciones consecutivas y no simultáneas a las que una u otra parte se puede comprometer como parte del acuerdo⁹⁹.

Las distinciones anteriores tienen correspondencia con lo señalado por el legislador en el art. 62 del DL 211. Al referirse a quien “ordene celebrar” u “organice” un acuerdo –que, como ya se señaló, remiten a una fase previa que se identifica, respectivamente, con la instrucción de que otro celebre el acuerdo o con la coordinación entre quienes celebrarán el acuerdo–presupone la intención conjunta de que se alcance un acuerdo con posterioridad. Por su parte, el legislador también se preocupa de referirse al punto temporal en que se manifiesta la voluntad tendiente a este intercambio de promesas que constituyen el acuerdo. Esto es a lo que el art. 62 del DL 211 remite con “celebrar” un acuerdo. Finalmente, la disposición deja espacio para abarcar también las acciones consecutivas que se extienden en el tiempo y se corresponden con el contenido del acuerdo, una vez que este ha sido celebrado. A ello remite el art. 62 del DL 211 cuando se refiere a “ejecutar” un acuerdo.

Las reflexiones anteriores permiten caracterizar el acuerdo, al que remite el art. 62 del DL 211, como un intercambio de promesas. Esto supone, por razones que se han explicitado, defender su superioridad frente a modelos alternativos, como el de la oferta aceptada, o el del compromiso conjunto de actuar. Ahora bien, aun cuando algunos exijan que las promesas sean condicionales en cuanto a su contenido, una mejor explicación es aquella que las entiende como condicionales en su motivación: cada parte formula su promesa con la expectativa de que formará parte de un compromiso conjunto de actuar.

Este razonamiento lo podemos aplicar a casos célebres de acuerdos colusorios. En *United States v. Foley* existió una cena entre varios agentes inmobiliarios y representantes de agencias inmobiliarias en la que uno de ellos –Jack Foley– señaló a viva voz su intención de subir el porcentaje de comisión de ventas de 6 a 7%, señalando que no le importaba lo que hicieran los demás. Se trata, en apariencia, de una promesa incondicional en cuanto a su contenido. Pero en cuanto a su motivación, el contexto en el que la frase es expresada da cuenta de que está formulando la promesa bajo el entendimiento que los demás formularán la suya. Aquí es relevante advertir que en ocasiones el caso *Foley* ha sido caracterizado como uno en el que no hubo intercambio de garantías recíprocas (*assurances*), bastando la afirmación de Foley y el incremento subsecuente de porcentajes de comisión, para concluir un acuerdo. En contra de ello, es posible señalar que, si bien el jurado reconoció que existían versiones encontradas entre los asistentes a la cena, estimó que existía evidencia de que cada acusado “expresó una intención o dio la impresión de que su empresa adoptaría un cambio similar”¹⁰⁰. Se trata, por consiguiente, de una intención promisoria, formulada sobre la base de que otros realizarán lo mismo. Una vez que todos los integrantes expresaron su intención promisoria, sus ofertas pasan a constituir promesas y vinculan a todos bajo un compromiso conjunto.

Lo anterior permite también aplicarse a los casos de colusión *hub-and-spoke*. En la jurisprudencia chilena, es posible citar el caso “Supermercados”¹⁰¹, expresamente calificado por el TDLC como una colusión *hub-and-spoke*¹⁰², donde se fijó una regla de comportamiento entre las principales cadenas de supermercado del país y los proveedores comunes de pollo fresco, según el cual el precio mínimo del producto no podía ser inferior

99 Sheinman, “Agreements as Joint Promises”, 389.

100 “...there was evidence from which the jury could find that each of the individual defendants and a representative of each corporate defendant not represented by one of the individual defendants expressed an intention or gave the impression that his firm would adopt a similar change”. Véase *U.S. v. Foley*, 598 F.2d 1323 (4th Cir), 1979.

101 Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica en contra de Cencosud S.A. y otras, C-304-2016, Sentencia TDLC N° 167/2019.

102 Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica en contra de Cencosud S.A. y otras, C-304-2016, Sentencia TDLC N° 167/2019, c. 7 ss.

a una “medida común” para todas las cadenas¹⁰³. Esta medida era fijada por los proveedores (el “centro” o “hub”), de común acuerdo, con cada una de las respectivas cadenas de supermercado (los “rayos” o “spoke”)¹⁰⁴. En tal sentido, la promesa formulada por cada cadena de supermercado era condicional en cuanto a su motivación: cada cadena actuaba motivada por la creencia de que la otra haría la misma promesa. Ello se advierte en el explícito correo electrónico de una de las ejecutivas de una cadena de supermercado a un proveedor, donde le señala “habíamos llegado a acuerdo y tú me aseguraste que el mercado estaba igualado en criterios arriba de costo”¹⁰⁵. Con ello se expresa que cada competidor veía su promesa como parte constitutiva de un compromiso conjunto, que generaba obligaciones para cada integrante.

No obstante, no siempre las comunicaciones tendrán este carácter explícito, lo que no obsta a la existencia de una promesa. En el ya citado caso *Interstate Circuit*, la aceptación de cada distribuidor cumplía con ser causal-motivacional, en la medida en que cada parte actuaba bajo la promesa de que las otras empresas también realizarían su promesa respectiva. Ello se aprecia en que cada distribuidor actuaba con conocimiento de la propuesta formulada por Interstate Circuit a los demás, toda vez que tenían a la vista el listado de destinatarios de la misma propuesta. En tal caso, la propuesta no es la promesa, sino una invitación a formar un acuerdo, y es solo cuando todas las partes aceptaron la propuesta en un determinado punto, que sus comunicaciones se constituyeron como promesas de ejecutar una obligación performativa. No obstante, esta aceptación no fue expresa sino tácita. Lo anterior nos obliga a clarificar la distinción entre acuerdos expresos y tácitos.

IV. LA DISTINCIÓN ENTRE UN ACUERDO EXPRESO Y TÁCITO

Las promesas son manifestaciones de un deber más general que tenemos frente a los demás, cuando hemos dejado que formen expectativas acerca de nuestro comportamiento¹⁰⁶. Estas expectativas se producen una vez que hemos comunicado a otro nuestra intención de llevar a cabo una acción. Si esa comunicación es exitosa, entonces se habrá creado con éxito la expectativa de que se llevará a cabo la acción en cuestión¹⁰⁷. Caracterizar un acto como una promesa exitosa implica también advertir la naturaleza de la promesa. Como señala Austin, las promesas son actos comunicativos de una determinada clase, caracterizados por realizar una acción. A este tipo de acciones, Austin las denomina performativas (*performative*)¹⁰⁸. En efecto, quien promete no solo expresa el contenido de una comunicación –como quien dice “esto es un árbol”– sino que derechamente, está ejecutando una acción: la acción de comprometerse.

Así, la promesa como acto comunicativo involucra la realización, o bien de un acto lingüístico que representa una promesa, o bien, de un acto que cuenta como lingüístico que, a su vez, representa una promesa¹⁰⁹. El primer caso, lo identificaremos como promesa expresa o explícita, y el segundo, como promesa tácita. Una promesa expresa –un acto lingüístico que representa una promesa– tiene lugar cuando se emplea el verbo “prometer” y sus derivados, o bien, el uso de cualquier expresión lingüística que pueda ser asimilada al verbo “prometer”¹¹⁰, como “vale”, “OK”, “lo haré”. A este respecto, conviene señalar que una promesa expresa no requiere utilizar la palabra “yo prometo”¹¹¹. Si se la emplea, estaremos ante lo que Austin denomina

103 Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica en contra de Cencosud S.A. y otras, C-304-2016, Sentencia TDLC N° 167/2019, c. 10.

104 Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica en contra de Cencosud S.A. y otras, C-304-2016, Sentencia TDLC N° 167/2019, c. 16.

105 Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica en contra de Cencosud S.A. y otras, C-304-2016, Sentencia TDLC N° 167/2019, c. 95.

106 Arena, *El convencionalismo jurídico*, 75.

107 Arena, *El convencionalismo jurídico*, 75.

108 Así, John L. Austin, *Cómo hacer cosas con palabras: Palabras y acciones* (Barcelona: Paidós Ibérica, 2009), 46-47. Si bien en la traducción citada se emplea el concepto “realizativas”, el significado es el mismo.

109 Arena, *El convencionalismo jurídico*, 76-7.

110 Arena, *El convencionalismo jurídico*, 69.

111 Refiriéndose a los compromisos, Black, *Conceptual Foundations of Antitrust*, 100; aplicado a la promesa, Arena, *El convencionalismo jurídico*, 69.

un “performativo explícito”. No obstante, no siempre una comunicación expresa implicará el uso de un “performativo explícito”¹¹². Para explicar esto último, podemos recurrir a la distinción entre el contenido locucionario de un acto y su fuerza ilocucionaria¹¹³. Si X le dice a Y, “alimentaré a tu gato”, este último es su contenido, mientras que la fuerza ilocucionaria es la de una promesa (de alimentar su gato)¹¹⁴. Así, no es preciso que X haya señalado “prometeré”, para que estemos ante una promesa expresa. O bien, la expresión formulada por una persona frente a otra, ante un funcionario del registro civil, en la que dice “sí, acepto” tiene un contenido locucionario (“sí, acepto”), pero su fuerza ilocucionaria, conforme a las reglas institucionales que rigen el acto, le asignan el valor de una promesa que constituye un contrato de matrimonio.

El segundo caso, que identificaremos como promesa tácita –un acto que cuenta como lingüístico– corresponde a actos que sin emplear el verbo “prometer” ni sus derivados o verbos asimilables, cuentan como expresivos de la voluntad de prometer¹¹⁵. Por ejemplo, el acto mediante el cual el pasajero entrega el billete al chofer que trabaja para una empresa de transporte¹¹⁶. Lo anterior es consecuencia de que en la comunicación no es necesario que el hablante declare explícitamente algo¹¹⁷, pues, en muchos casos es posible expresar el mismo contenido a través de acciones. En los acuerdos tácitos la manifestación de voluntad no solo no requiere de un performativo explícito, sino que tampoco requiere de una comunicación expresa o explícita. Se requiere, antes bien, un acto que cuente como una promesa¹¹⁸.

La pregunta que surge es si se requiere una regla que fije ese significado según el cual un determinado acto “cuenta como” un significado específico. En otras palabras, la pregunta es si los actos ilocucionarios son convencionales¹¹⁹. Aquí es importante advertir la amplitud semántica que puede expresar el concepto de convención en el ámbito de la filosofía¹²⁰. En este apartado, estamos entendiendo convención como reglas o normas previas que tienen como finalidad guiar la conducta humana¹²¹, esto es, hablamos de convenciones constitutivas¹²². Para Austin, la respuesta es afirmativa: los actos ilocucionarios son siempre convencionales¹²³. Que el sentido de un acto sea convencional quiere decir que supone ciertas reglas preestablecidas, bajo la fórmula del tipo “X cuenta como Y en el contexto C”¹²⁴. Por ejemplo, si durante una reunión de negocios, todas las partes se estrechan las manos, ello puede constituir una manifestación de voluntad conforme a los usos establecidos, en los que “estrechar la mano de quien plantea una propuesta” supone expresar conformidad con lo acordado.

Sin embargo, en contra de Austin, podemos afirmar que existen muchos casos en los que un acto ilocucionario no se realiza conforme a una convención¹²⁵. Por ejemplo, señala Grice, exhibir una pierna vendada a una

112 Austin, *Cómo hacer cosas con palabras*, 129 ss.

113 Austin, *Cómo hacer cosas con palabras*, 138 ss.; también, Searle, *La construcción de la realidad social*, 31-4, quien, sin embargo, niega la existencia de actos locucionarios.

114 Así, Black, *Agreements*, 28.

115 Arena, *El convencionalismo jurídico*, 67.

116 Arena, *El convencionalismo jurídico*, 68.

117 Black, *Agreements*, 27.

118 Arena, *El convencionalismo jurídico*, 69.

119 Sobre la posibilidad de que los acuerdos colusorios se adopten mediante señales convencionales, entendiendo estas como aquellas acciones de cualquier clase que los miembros de una cultura le asignan y reconocen cierto significado específico, como asentir con la cabeza, Artaza, “Reflexiones en torno al concepto y la prueba del acuerdo”, 77, con referencias a Page.

120 Al respecto, Bruno Celano, “Preconvenciones: un fragmento del trasfondo”, en *Convencionalismo y derecho*, eds. Lorena Ramírez y Josep M. Vilajosana (Madrid: Marcial Pons, 2016), 26-9.

121 En este sentido, Andrei Marmor, “Convenciones, razones y derecho”, en *Convencionalismo y derecho*, eds. Lorena Ramírez y Josep M. Vilajosana (Madrid: Marcial Pons, 2016), 78.

122 En oposición a convenciones de coordinación, que serán analizadas más adelante (véase infra 5). No obstante, como adelantamos, la cuestión de la convencionalidad es discutida. Desde ya, existen también quienes entienden que el lenguaje depende de convenciones de coordinación. Véase al respecto, David Lewis, *Convention: A Philosophical Study* (Oxford: Blackwell, 2002), *passim*. Por ahora, nos centraremos en las convenciones constitutivas.

123 Así, Austin, *Cómo hacer cosas con palabras*, 165.

124 Véase al respecto, John R. Searle, *Actos del habla: ensayo de filosofía del lenguaje* (Madrid: Ediciones Cátedra, S.A., 1994), 42-60.

125 Peter Strawson, *Ensayos lógico-lingüísticos* (Madrid: Tecnos, 1983), 176.

invitación de un amigo a jugar un deporte¹²⁶. En un caso como ese no quiero expresar que mi pierna está vendada solamente, sino que no podré asistir al juego o que me es muy difícil. No hay, a este respecto, una convención preestablecida que fije, bajo una fórmula, que esa acción representa ese significado, sino que ello lo da el contexto. O bien, voy a mi tienda favorita, por una cajetilla de cigarrillos de la marca que siempre compro, que tiene un precio específico (por ejemplo, 5.000 pesos). No digo nada y pongo el billete de 5.000 pesos sobre el mesón. El vendedor reconoce lo que necesito y me entrega la cajetilla. En tal caso, el vendedor reconoció en mi acción una intención, sin necesidad de una convención –en el sentido de reglas constitutivas– que rigiera la comunicación¹²⁷.

Lo anterior es relevante, toda vez que la mayor parte de las promesas que constituyen acuerdos colusorios son informales, en el sentido de que no tendrán lugar al interior de una convención preestablecida. Así, Strawson plantea que al interior de prácticas no gobernadas por reglas o convenciones¹²⁸, se puede recurrir al concepto de Grice del “sentido no natural” de una acción. Conforme a este, para que mi acción exprese un significado (por ej. una promesa) es preciso actuar con la intención de que mi oyente sea inducido a una determinada creencia, y que ese oyente reconozca esta intención como tal¹²⁹⁻¹³⁰. Aplicado a casos de libre competencia, podemos afirmar que si bien puede bastar el silencio para concluir un acuerdo colusorio¹³¹, ello debe ser interpretado cuidadosamente, pues al tratarse de un acto ilocucionario no institucional¹³², no existen reglas o convenciones que puedan garantizar el éxito de la comunicación¹³³.

Por ello, habrá casos en los que, según sea el caso, no existe una promesa tácita, y por consiguiente, no hay acuerdo tácito. Así, supóngase que W, X, Y y Z tienen una reunión en que los primeros tres acuerdan un plan de fijación de precios. Z no dice que se unirá a ellos, y verbalmente expresa sus reservas, pero tampoco rechaza el plan ni denuncia a las autoridades. De no existir información adicional, la sola inactividad de Z no nos permite fundar una intención de que su silencio sea reconocido como manifestación de adhesión al acuerdo: no es posible para W, X, e Y reconocer si Z forma parte del acuerdo, y por consiguiente, no existe con respecto de él conocimiento recíproco de la intención de someterse al mismo.

Como contrapartida, habrá casos en que la inacción o el comportamiento de una determinada parte sí constituya una comunicación de significado (en el sentido no natural de Grice), y por tanto, sí equivale a la formulación de una promesa. Esto es lo que ocurrió en el caso *Interstate Circuit*, donde la Corte Suprema estadounidense estimó que, a pesar de que los distribuidores que se encontraban a nivel horizontal (los rayos o *hubs*), no se habían comunicado entre ellos, sus acciones de respuesta a la invitación de Interstate Circuit de participar en el acuerdo, era suficiente para manifestar la aceptación requerida¹³⁴.

En contraste, las comunicaciones públicas de futuras acciones por parte de competidores (por ej. subidas de precios) no constituirán necesariamente acuerdos, en este sentido. En casos de esta naturaleza, es posible que se proporcione públicamente información que no sea útil para los consumidores, y que resulte en una acción interdependiente. No obstante, como destaca Page, acuerdos formados a través de estos

126 Paul Grice, “Las intenciones y el significado del hablante”, en *La búsqueda del significado*, ed. Luis Valdés Villanueva (Madrid: Tecnos, 1991), 503.

127 Grice, “Las intenciones y el significado del hablante”, 488.

128 Strawson, *Ensayos lógico-lingüísticos*, 189. En el ámbito de la libre competencia, también Black, *Agreements*, 311, emplea el criterio Griceano para caracterizar un acuerdo colusorio tácito.

129 Herbert Paul Grice, “Meaning”, *Philosophical Review* 66, N.º 3 (1957), 382.

130 Strawson, *Ensayos lógico-lingüísticos*, 187.

131 Black, *Conceptual Foundations of Antitrust*, 100.

132 Por hecho institucional, debemos entender aquellos que sólo pueden existir dentro de las instituciones humanas. Por su parte, las instituciones presuponen reglas constitutivas, esto es, reglas que no solo regulan, sino que crean la posibilidad de determinadas actividades. Las reglas del ajedrez, por ejemplo, no regulan una actividad preexistente, sino que crean la misma posibilidad de jugar ajedrez. Al respecto, Searle, *La construcción de la realidad social*, 44-6. No obstante, para el autor, solo las reglas constitutivas y no las convenciones dan lugar a las instituciones.

133 Strawson, *Ensayos lógico-lingüísticos*, 190-1.

134 Al respecto, Page, “Tacit agreement under Section 1 of the Sherman Act”, 624.

medios son escasos¹³⁵. Esto es distinto, empero, a señalar que se pueda inferir probatoriamente un acuerdo a partir de estas comunicaciones de acciones futuras. En tal caso, la comunicación deja de formar parte de la proposición fáctica que constituye el acuerdo, y pasa a constituir un elemento de prueba a partir del cual formular una inferencia en torno al acuerdo¹³⁶.

Lo señalado supone rechazar la posición, según la cual el concepto de “acuerdo tácito” debe ser desechado y asimilado al de práctica concertada¹³⁷ o que la sanción penal solo sea aplicable a los acuerdos expresos¹³⁸. Antes bien, es posible mantener la distinción entre acuerdo expreso y tácito, y diferenciar este último de la práctica concertada¹³⁹. La diferencia entre un acuerdo expreso y tácito tiene que ver con la forma de comunicación de la promesa que constituye el acuerdo. En tal sentido, aun cuando la comunicación de la promesa sea expresa o tácita, ella siempre va dirigida a la formación del compromiso conjunto. Así, la existencia de promesas conjuntas constitutivas del acuerdo no supone que las partes en cuestión estén realizando una acción más allá del compromiso conjunto. Más bien, la única acción conjunta que están realizando es una promesa¹⁴⁰.

V. EL ACUERDO COLUSORIO CON RESPECTO A LA PRÁCTICA CONCERTADA

La concepción señalada permite contrastar el acuerdo con otras clases de comportamientos en el ámbito de la libre competencia. Buena parte de la discusión en la filosofía sobre esta temática discurre en torno a si es posible que existan hechos convencionales sin acuerdo. Existen buenas razones para creer que la respuesta es afirmativa¹⁴¹. Si tú y yo movemos un sofá que ninguno de nosotros puede mover por sí solo, no es necesario que yo te haya prometido nada¹⁴². Podemos pensar también en la situación de los automovilistas mientras conducen por una calle. Solo si todos conducen en el mismo sentido lograrán satisfacer el interés de evitar producir daños físicos a sí mismos y a terceros, para lo cual es imprescindible tener en cuenta la decisión que tomarán los demás¹⁴³. En ninguno de estos casos es necesario que exista acuerdo, sea expreso o tácito¹⁴⁴, pero puede, bajo determinadas condiciones, existir una convención¹⁴⁵.

Ahora bien, no basta una uniformidad de conducta para entender que existe convención, sino que es preciso constatar la existencia de un patrón de coordinación. En términos generales, piénsese en el siguiente caso¹⁴⁶: dos personas están hablando por teléfono y la comunicación se corta. La única forma de retomar el llamado es que una espere y el otro llame. Por ello, deben decidir qué hacer, pero no tienen una razón para decidir esperar o llamar, ya que esto depende de lo que haga la otra persona. Así, si la situación se resuelve

135 Page, “Tacit agreement under Section 1 of the Sherman Act”, 636, haciendo la precisión de que, para Page, los “acuerdos tácitos” deben asimilarse a las prácticas concertadas. A nuestro juicio, no es descartable que en estos tipos de casos puedan haber prácticas concertadas. Al respecto, véase *infra*, sección 5.

136 Al respecto, véase *infra*, sección 6.

137 Peralta, *Un análisis dogmático de la colusión dura en Chile*, 119, aunque con matices, proponiendo una interpretación alternativa, según la cual podrían emplearse los criterios del derecho privado, para caracterizar al acuerdo tácito como aquel en el que la oferta se ejecuta mediante un hecho que constituye una demostración inequívoca de voluntad. Esto último es acertado.

138 Restringiendo la sanción penal a los acuerdos expresos, Walker, “Criminalización de la colusión y delación compensada”, 142.

139 Así, véase Black, *Agreements*, 309-18.

140 Sheinman, “Agreements as Joint Promises”, 372.

141 En este sentido, Lewis, *Convention*, 88.

142 Sheinman, “Agreements as Joint Promises”, 372.

143 Véase Lewis, *Convention*, 59, advirtiendo que, dependiendo de las premisas que se asuman sobre el conocimiento común de los automovilistas, puede que este hecho no dé lugar a una convención. Con citas a Lewis, Arena, *El convencionalismo jurídico*, 102.

144 Arena, *El convencionalismo jurídico*, 111.

145 Debe advertirse que el caso de los automovilistas se correspondería, en principio, con un caso de conductas interdependientes. Por ello, no toda convención, será necesariamente ilícita. Sobre el caso de los automovilistas, véase Artaza, “Reflexiones en torno al concepto y la prueba del acuerdo”, 78, con citas a Kaplow.

146 El ejemplo es empleado por Lewis, *Convention*, 5. También, Rodrigo Sánchez, “Convenciones cooperativas, regla de reconocimiento y prácticas institucionales” en *Convencionalismo y derecho*, eds. Lorena Rodríguez y Josep Vilajosana (Madrid, Marcial Pons: 2016), 146.

llamando quien efectuó la llamada original es probable que esta estrategia se repita cuando vuelva a ocurrir el problema. Cuando se repita la situación, habrá razones para repetir la misma solución. Emergerá, así, un patrón de conducta, una regularidad de comportamiento, en el que cada uno espera que el otro se conforme con lo que todos hacen, y todos preferirán la regularidad si todos se conforman a ella¹⁴⁷. A este problema de interacción social compleja, lo podemos denominar “problema de coordinación”¹⁴⁸. Se trata de una situación en la que agentes estratégicamente racionales tienen preferencias caracterizadas por tres rasgos: «interdependencia de las preferencias», donde es probable que cada uno se beneficie más de la cooperación con otros a través de un esquema común que a través de una no cooperación; «preferencias mutuamente condicionadas», donde ciertas estrategias o acciones son preferidas si y solo si las otras partes escogen las acciones correlativas; e «incertidumbre», pues es incierto cómo actuarán las otras partes¹⁴⁹.

Ciertamente una de las vías para resolver un problema de coordinación compleja es un acuerdo¹⁵⁰. Sin embargo, existirán casos en que es imposible o altamente difícil para los involucrados comunicarse entre sí, sobre todo cuando se trata de un alto número de participantes¹⁵¹. O bien, existirán otros casos en que las partes no ven necesario llegar a un acuerdo, pues pueden coordinarse sin este¹⁵². A este tipo de coordinaciones se les denomina «convenciones de coordinación»¹⁵³. Ellas pueden ser definidas como una “regularidad de comportamiento que resuelve, en una situación de interacción estratégica, un problema de coordinación recurrente”¹⁵⁴. Se trata, así, de la explicación de un hecho social que exhibe una cierta fuerza normativa: si los patrones de conducta son practicados, el hecho de que otros actúen de manera conforme y se espere eso de ellos, pone presión para conformarse con el patrón¹⁵⁵.

No es este el espacio para extenderse en cuanto a las condiciones que la filosofía ha determinado que debe cumplir una convención de coordinación¹⁵⁶. Por el momento, y para los efectos del presente trabajo, lo determinante es que es posible que dos o más partes se coordinen sin existir un acuerdo, y que esto vaya más allá de una mera interdependencia o paralelismo consciente. Esta contraposición entre el acuerdo, como intercambio de promesas, y la práctica concertada como una convención de coordinación, guarda una cierta correspondencia con la diferenciación que ha desarrollado la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea entre acuerdo colusorio y práctica concertada. Así, en el caso *Cimenteries CBR y otros vs. Comisión*, el Tribunal de Justicia señaló que para acreditar la existencia de una práctica concertada “no es necesario demostrar que el operador de que se trate se haya comprometido formalmente frente a uno o varios competidores a adoptar una u otra conducta o que los competidores fijen de común acuerdo su comportamiento futuro en el mercado (...) Basta con que, mediante su declaración de intenciones, el competidor haya eliminado, o cuando menos, reducido sustancialmente la incertidumbre sobre el comportamiento que cabe esperar de él en el mercado”¹⁵⁷.

Así, acuerdo y práctica concertada pueden ser caracterizados como dos instancias de acción conjunta¹⁵⁸. No obstante, los acuerdos representan un atentado más grave contra las condiciones institucionales que posibilitan la existencia de la competencia económica. Ello, en tanto, los acuerdos colusorios permiten a los

147 Sánchez, “Convenciones cooperativas, reglas de reconocimiento y prácticas institucionales”, 147.

148 David Lewis, *Convention*, 5; Sánchez, “Convenciones cooperativas, reglas de reconocimiento y prácticas institucionales”, 148.

149 Con referencias a Postema, Sánchez, “Convenciones cooperativas, reglas de reconocimiento y prácticas institucionales”, 148.

150 Lewis, *Convention*, 33.

151 Arena, *El convencionalismo jurídico*, 110.

152 Arena, *El convencionalismo jurídico*, 110.

153 En oposición a una convención constitutiva. Véase Arena, *El convencionalismo jurídico*, 117-138.

154 Arena, *El convencionalismo jurídico*, 101.

155 Sánchez, “Convenciones cooperativas, reglas de reconocimiento y prácticas institucionales”, 149.

156 Fundamental, Lewis, *Convention*, 52-60. También, Arena, *El convencionalismo jurídico*, 82-111.

157 Caso T-25/95 y otros (acumulados), *Cimenteries CBR v. Comisión Europea*, GC (2000), par. 1852.

158 Black, *Conceptual Foundations of Antitrust*, 157 si bien el autor contrapone al acuerdo y la práctica concertada como fenómenos distintos, contrastando el modelo de la promesa condicional y no condicional, como condición del acuerdo, al modelo de acción de la práctica concertada, como acción conjunta. Sin embargo, esto no parece ser necesario, en la medida en que el acuerdo también puede ser definido como una forma de acción conjunta.

agentes resolver la falta de confianza interpersonal en una actividad coordinada¹⁵⁹. Las partes, así, pueden querer evitar que, mediante una convención de coordinación, se descansen en una expectativa más débil sobre la acción ajena. Un compromiso a realizar una acción conjunta permite abrir la posibilidad de que la transacción sea estructurada de una manera que no se necesite confiar en la conveniencia estratégica de la otra parte a seguir la acción¹⁶⁰. Esto tiene la virtud de darle sentido a la distinción entre acuerdo y práctica concertada, y la exclusión de esta última conforme a los arts. 3 y 62 del DL 211¹⁶¹, respectivamente. Al mismo tiempo, ello conduce a prescindir, por tender a la confusión, de las nomenclaturas de “colusión expresa” y “colusión tácita”. Por ello, no es la colusión, sino el acuerdo lo que puede tener un carácter expreso o tácito. En ausencia de acuerdo, podrá haber práctica concertada, o, según el caso, paralelismo consciente o conductas independientes.

VI. LA DISTINCIÓN ENTRE LAS CONDICIONES DE EXISTENCIA DEL ACUERDO Y LAS CONDICIONES EPISTÉMICAS SOBRE SU PRUEBA

Una vez clarificada la distinción entre conductas, deben mantenerse claramente diferenciadas las cuestiones epistémicas sobre evidencia del acuerdo, por un lado, de la cuestión ontológica de su condición de existencia, por otro¹⁶². A este respecto, debería ser evidente que, en un sistema procesal penal, regido por un sistema de libertad probatoria, los hechos pueden ser probados por cualquier medio de prueba. Estos medios de prueba, permitirán realizar inferencias probatorias a partir de las cuales se pueda llegar a una determinada conclusión sobre la existencia de la proposición fáctica. Así, el carácter inductivo o probabilístico de la relación entre un elemento probatorio y una proposición fáctica no son exclusivos de un determinado comportamiento delictivo sino un rasgo distintivo del razonamiento probatorio¹⁶³.

Por ello, la afirmación realizada por la Corte Suprema en el denominado caso “Farmacias”, según la cual “puede decirse que la existencia de los acuerdos tácitos se infiere”¹⁶⁴, no es incorrecta, pero es superflua: toda afirmación sobre una proposición fáctica que resulte probada es fruto de una inferencia probatoria. Así, un acuerdo puede fundarse en una comunicación explícita o tácita, y ello no debe ser confundido con el tipo de inferencia probatoria, en base a distintos tipos de evidencias, incluyendo las así llamadas “indirectas”, “indiciarias” o “circunstanciales”¹⁶⁵. Ello no obsta a reconocer que en casos de acuerdos colusorios la prueba indirecta puede ser especialmente relevante, pudiendo basarse en antecedentes económicos o no económicos, y dando lugar a una decisión sobre si la prueba, calificada en su totalidad, satisface o no el estándar probatorio exigible¹⁶⁶. Esto ha llevado a la jurisprudencia norteamericana a exigir, en aquellos casos en que no existe evidencia directa, determinados hechos adicionales como prerrequisito para que una conducta paralela equivalga a una conspiración (los denominados *plus factors*)¹⁶⁷.

159 Con referencia a los contratos, Curtis Bridgeman, “Contracts as Plans”, *University of Illinois Law Review*, Vol. 2009, N° 2, 2398 ss.

160 Sobre los acuerdos, Michael Bratman, *Shared Agency: A Planning Theory of Acting Together* (Oxford: Oxford University Press, 2014), 79-83.

161 Con similares argumentos referidos a la legislación de la Unión Europea, Black, *Conceptual Foundations of Antitrust*, 157-8. Nótese que, en referencia a la legislación chilena, el art. 3 del DL 211 habla de “hechos, actos o convenciones”, mientras que su letra a) especifica que son una clase de estos, los “acuerdos o prácticas concertadas”. Lo anterior, parece favorecer la comprensión amplia de las convenciones que se desarrolla en el presente trabajo.

162 En este sentido, Black, *Agreements*, 19; Peralta, *Un análisis dogmático de la colusión dura en Chile*, 106.

163 Daniela Accatino, “Certezas, dudas y propuestas en torno al estándar de la prueba penal”, *Revista de derecho* (Valparaíso), No 37 (diciembre 2011), 505. Agradezco a Jorge Urrea Zamorano por esta observación.

164 Requerimiento de la F.N.E. contra Farmacias Ahumada y otros. Rol 2578-2012, Sentencia Corte Suprema (2012), c. 80.

165 Zheng, “A Knowledge Theory of Tacit Agreement”, 403.

166 Jorge Grunberg, “Los acuerdos y las prácticas concertadas como medios para cometer el ilícito de colusión y las colusiones Hub and Spoke”, *Reflexiones sobre el Derecho de la Libre Competencia. Informes en Derecho solicitados por Fiscalía Nacional Económica* (2010-2017), 38.

167 Al respecto, Artaza, “Reflexiones en torno al concepto y la prueba del acuerdo”, 84-6.

Esto se encuentra correctamente reconocido en el fallo del citado caso “Farmacias”, al afirmarse que la existencia de correos electrónicos entre las partes, unida a las cotizaciones de precios realizadas en los días exactos de alzas de precios solo se explicaban si existía comunicación previa entre las requeridas¹⁶⁸, lo que, junto a otros elementos de juicio o circunstancias, condujeron a concluir inequívocamente que se formó y ejecutó un acuerdo de voluntades destinado a fijar precios¹⁶⁹. Sin embargo, no parece necesario en ese contexto que el mismo fallo haga referencia a los acuerdos tácitos. Antes bien, lo que se puede estar infiriendo no es necesariamente un acuerdo tácito, sino uno expreso.

Por cierto, un acuerdo fundado en promesas no explícitas normalmente requerirá inferencias probatorias más complejas, que requerirán hacer uso de un conjunto de prueba indiciaria. Así, a partir de una comunicación no explícita, un determinado elemento probatorio puede dar cuenta de un “conocimiento constructivo” (*constructive knowledge*) de cada agente en relación con la intención de comprometerse conjuntamente. Por “conocimiento constructivo” se entiende aquel fundado en lo que una persona razonable habría sabido a partir de la comunicación formulada en estos términos¹⁷⁰. En este contexto, la existencia de un motivo racional para actuar colusivamente puede ser un factor que contribuya a dar por acreditado el acuerdo colusorio, pero por sí solo no es suficiente, sino que constituye un elemento más para testear la plausibilidad de la alegación de colusión¹⁷¹.

Ahora bien, las inferencias probatorias en torno al acuerdo deben ser evaluadas conforme al estándar probatorio que rige el sistema procesal penal de más allá de toda duda razonable. Esto explica que, dada la mayor exigencia que supone este estándar, los acuerdos tácitos conducirán a menos corroboraciones judiciales en el derecho penal que en el derecho civil¹⁷². Ahora bien, al momento de evaluar las explicaciones alternativas al acuerdo, ello no supone aceptar como razonable cualquier duda respecto a su concurrencia. Así, no serán razonables dudas sobre la existencia del acuerdo que no se justifiquen en la calidad de las pruebas disponibles, sino que deriven de la naturaleza fragmentaria o probabilística de la prueba judicial¹⁷³. De esta manera, el hecho de que no se puedan reconstruir todos los detalles de la formación de un acuerdo es admisible, en la medida en que el núcleo de la imputación se encuentre corroborado mediante la prueba disponible. Y ese núcleo de la imputación, sólo puede ser correctamente establecido si tiene claridad conceptual sobre qué es un acuerdo colusorio y qué no lo es.

168 *Requerimiento de la F.N.E. contra Farmacias Ahumada y otros*. Rol 2578-2012, Sentencia Corte Suprema (2012), c. 72.

169 *Requerimiento de la F.N.E. contra Farmacias Ahumada y otros*. Rol 2578-2012, Sentencia Corte Suprema (2012), c. 80.

170 En similar sentido, aunque asimilando acuerdo tácito y práctica concertada, Zheng, “A Knowledge Theory of Tacit Agreement”, 402.

171 Grunberg, “Los acuerdos y las prácticas concertadas como medios para cometer el ilícito de colusión y las colusiones Hub and Spoke”, 42.

172 En este sentido, Black, *Agreements*, 314, refiriéndose al carácter escaso de los acuerdos tácitos en el derecho penal.

173 En términos generales, Accatino, “Certezas, dudas y propuestas en torno al estándar de la prueba penal”, 504.



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

Cómo citar este artículo:

Nicolás Acevedo V., "El acuerdo en el delito de colusión desde la perspectiva de la filosofía analítica de la acción", *Investigaciones CeCo* (septiembre, 2026),
<http://www.centrocompetencia.com/category/investigaciones>

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