

LA DISTINCIÓN ENTRE ACUERDOS Y PRÁCTICAS CONCERTADAS  
(UN ANÁLISIS A PARTIR DEL “CASO SUPERMERCADOS”)

The distinction between agreements and concerted practices  
(an analysis based on the “supermarket case”)

IGNACIO PERALTA FIERRO<sup>1</sup>

Resumen

A partir de la discusión en el “caso supermercados” sobre la distinción entre acuerdos y prácticas concertadas, el artículo busca diferenciar ambos conceptos. Primero revisa críticamente la doctrina nacional y comparada al respecto. Segundo, y a partir de los trabajos de Oliver Black, entrega su propia perspectiva sobre la distinción. Tercero, analiza las implicancias del modelo presentado.

Palabras clave

Acuerdos, prácticas concertadas, libre competencia.

Abstract

Starting from the discussion of the “supermarket case” on the distinction between agreements and concerted practices, the article attempts to properly differentiate these concepts. First, it critically analyzes national and foreign doctrine on the subject. Second, it delivers a vision regarding the distinction based upon Oliver Black’s work. Third, it analyzes the implications of this model.

Key words

Agreements, concerted practices, antitrust.

## 1. El caso

Si acuerdos y prácticas concertadas son términos idénticos fue debatido en el “caso Supermercados”. En este, tanto el Tribunal de la Libre Competencia (TDLC) como la Corte Suprema sancionaron a las cadenas de supermercados SMU, Walmart y Cencosud por fijar precios mínimos de venta para la comercialización del pollo fresco. El esquema de los supermercados se hacía efectivo a través de los proveedores de pollo fresco: las cadenas acudían a éstos para que reestablecieran el precio mínimo de venta cada vez que identificaban que otra cadena se desviaba de este.

En su sentencia el TDLC afirmó que la distinción estaba superada<sup>2</sup>, concentrándose hoy la jurisprudencia en cubrir las distintas formas de colusión. Así, optó por usar el término “acuerdo” para abarcar ambas figuras. Por su parte, la Corte Suprema, afirmó que *“más allá de la denominación técnica que se le otorgue, la imputación dice relación con que el actuar de las empresas no estuvo determinado por una libre fijación de precios, sino que hubo una voluntad común”*<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Ayudante ad honorem de Filosofía de la Moral, Justicia Social y Teoría de la Justicia (2017-presente), de Derecho Penal (2020-presente) y del Centro de Regulación y Competencia de la Universidad de Chile (2021-presente) en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Santiago, Chile. Egresado de la antes mencionada facultad. Contacto: iperaltaf@gmail.com.

<sup>2</sup> TDLC, Rol N° 167, de 28 de febrero de 2019, considerando trigésimo primero.

<sup>3</sup> Corte Suprema, Rol N° 9361, de 8 de abril de 2020, considerando octavo.

Estas conclusiones despiertan inquietudes. Primero, la argumentación del TDLC, al excluir de antemano la posibilidad de que ambas conductas sean distintas transgrede un presupuesto interpretativo básico: que el legislador en tanto que es racional no es redundante<sup>4</sup>. Segundo, su postura ignora que el legislador hace esta misma distinción nuevamente en el artículo 62 del Decreto Ley 211<sup>5</sup> (DL 211). Lo anterior, pues el artículo 62 del DL 211 hace esta distinción por omisión, pues sanciona “los acuerdos” y no los “acuerdos o prácticas concertadas” (si ambas figuras fueran iguales entonces ambas estarían penalizadas). Tercero, la afirmación del TDLC pasa por alto que esta distinción fue reafirmada por el legislador tan solo el año 2016. Por lo anterior, es necesario distinguir ambas figuras con tal dar cuenta de la racionalidad del legislador y hacer efectivas sus disposiciones.

## 2. La relevancia de la discusión

Es importante que en su acusación la Fiscalía Nacional Económica (FNE) acusó a las cadenas de supermercados indistintamente por haber participado de “acuerdos y prácticas concertadas”. Por lo anterior, durante el litigio parte de las cadenas se opusieron al uso indistinto de estas figuras en la acusación de la FNE pues *“si bien ambos tienen el elemento subjetivo en común, se diferencian por su identidad por las formas en que se manifiestan”*<sup>6</sup>. A este respecto, es importante dar cuenta de que si estas figuras efectivamente son distintas entonces se vería vulnerado el derecho a defensa de los imputados bajo esta acusación indiferenciada. Esto, pues a los acusados no se le imputan tan solo hechos, sino también calificaciones jurídicas asociadas a ellos, y solo conociendo el alcance de cada una de estas figuras podrían defenderse adecuadamente.

Además, distinguir estas figuras es importante porque las sanciones de libre competencia se justifican por su capacidad de evitar o disuadir actividades que reducen el bienestar<sup>7</sup>. Pero la disuasión supone que los destinatarios de una prohibición o mandato sepan en qué consiste lo prohibido o mandado y esto a su vez supone que, en el caso de la sanción de la colusión, los actores sepan en qué consiste un acuerdo o práctica concertada. Finalmente, distinguir adecuadamente entre estas figuras también es importante porque el artículo 62 del Decreto Ley 211 sanciona penalmente los acuerdos, pero no las prácticas concertadas. Por lo anterior, si tenemos mayor claridad respecto del contenido de las figuras de acuerdo y de práctica concertada tendremos a su vez mayor claridad respecto de qué no incluye la sanción penal de la colusión.

## 3. Las tesis respecto del contenido de la distinción

### 3.1. Algunas consideraciones previas

Existe cierto consenso de que es necesario distinguir las prácticas concertadas del paralelismo consciente<sup>8</sup>. Este último se da cuando actores del mercado, al observar la conducta de sus competidores, toman medidas similares a ellos. Habría paralelismo, pues realizarían la misma conducta, y sería consciente, puesto que sería una acción que se hace con conocimiento de los hechos. Sin embargo, en estos casos la independencia de cada actor se mantendría, por lo que la acción no sería constitutiva de un hecho colusorio. Un hecho colusorio, a contrario

<sup>4</sup> EZQUIAGA (1994), p. 17; NINO (1986), p. 86.

<sup>5</sup> Decreto Ley Nº 211, de 1973

<sup>6</sup> TDLC, Rol Nº 167, de 28 de febrero de 2019, punto 4.11 de la sección expositiva.

<sup>7</sup> GRUNBERG Y MONTT (2017), p. 310.

<sup>8</sup> VALDÉS (2016), p. 7. Si bien Valdés tiene un notable libro respecto de la Libre Competencia nos referiremos a lo largo del artículo a su opinión a partir de este informe en Derecho. Esto, pues la última edición de su libro fue en 2006, y desde allí ha ocurrido una serie de reformas de las cuales su libro no alcanza a dar cuenta, y que su informe sí recoge. Respecto de la delimitación de los acuerdos, también tiene esta postura: SANTELICES (2020), p. 50, y OECD SECRETARIAT (2019), p. 19. No participan de este consenso Juppé y Morales, quienes admiten que se pueda sancionar como colusión “una mera concurrencia conductual”. MORALES Y JUPPET (2018), Capítulo II, punto 5. En contra de esta postura, ver: PAGE (2013), pp. 233 y ss.

sensu, sea este un acuerdo o una práctica concertada, implica *necesariamente* el cese de la independencia de los actores. Lo anterior ocurre mediante un acuerdo o una práctica concertada. En lo que sigue veremos diversas tesis sobre cómo se distinguen estas dos conductas.

### 3.2. La tesis probatoria

Actualmente predomina la tesis de que la diferencia entre ambas conductas es de índole probatorio. Así, doctrinaria y jurisprudencialmente tiene sustento la tesis de que prácticas concertadas y acuerdos tácitos serían expresiones sinónimas<sup>9</sup>. Con base en lo anterior algunos argumentan que los acuerdos sancionados en sede penal solo pueden ser acuerdos expresos, mientras que en sede administrativa se sanciona tanto los acuerdos expresos como las prácticas concertadas y acuerdos tácitos<sup>10</sup> (esto, bajo el entendido de que las prácticas concertadas son equivalentes a los acuerdos tácitos).

Entre quienes sustentan la tesis probatoria podemos encontrar a Hernández. Este afirma que la distinción no es conceptualmente relevante, pero sí es prácticamente relevante<sup>11</sup> pues la figura de prácticas concertadas tiene ventajas probatorias<sup>12</sup>. Menciona que esta figura busca solventar las dificultades que ofrece acreditar un acuerdo, permitiendo tratar del mismo modo *“acuerdos inequívocos y situaciones en las que se sospecha pero no se puede probar su existencia, así como casos en que derechamente no existe tal acuerdo pero existiría algo más que un paralelismo consciente”*<sup>13</sup>. Por ello, se exigiría una forma de consenso o concertación que, sin embargo, no necesita expresarse, sino que puede colegirse<sup>14</sup>.

En una línea similar a Hernández está Grunberg. A este respecto, es importante que tal como la de Hernández, su postura es sistemáticamente ambigua respecto de qué diferencia los acuerdos de las prácticas concertadas, concluyendo que la diferencia entre ambas figuras es una diferencia de grado. Nuestro objetivo será demostrar que parte de sus argumentos se pueden prestar para sustentar la tesis probatoria. A este respecto, Grunberg afirma lo siguiente: *“existe una diferencia de grado entre los conceptos de acuerdo y práctica concertada. Si bien en ambos casos los competidores neutralizan la independencia con que deben adoptarse las decisiones en materia de competencia en los mercados, en un acuerdo ello se verifica a través de la fiel expresión de la voluntad de los competidores, mientras que en una práctica concertada ello se concreta de forma menos definida en contactos directos o indirectos que reflejan la existencia de un consenso entre los competidores en torno a cooperar en lugar de competir”*<sup>15</sup>.

De lo recién dicho se colige que la diferencia entre ambas figuras radica en cuanto directamente se percibe la expresión de voluntad. Esto, pues mientras que un acuerdo se verifica a través de la *“fiel expresión de la voluntad”* una práctica concertada se verifica en la forma de contactos directos o indirectos que *“reflejan”* la existencia de un consenso<sup>16</sup>. Así, frente a un acuerdo estaríamos directamente en frente de aquel consenso, mientras que en una práctica concertada frente a contactos que *“reflejan”* un consenso. Es decir, la distinción se basaría en si acaso se prueba el acuerdo directa o indirectamente.

Un primer problema de esta tesis es que no es una *“diferencia de grado”*, sino que es una diferencia cualitativa aquella que hay entre prueba directa e indirecta. Las diferencias de grado implican un continuo donde se va de menos a más o de más a menos, y esto no ocurre en este

<sup>9</sup> GRUNBERG (2017), p. 17.

<sup>10</sup> WALKER (2020), p. 143.

<sup>11</sup> HERNÁNDEZ (2016), p. 20.

<sup>12</sup> HERNÁNDEZ (2016), p. 21.

<sup>13</sup> HERNÁNDEZ (2016), p. 21.

<sup>14</sup> HERNÁNDEZ (2016), p. 21. Debemos en todo caso notar la ambivalencia de Hernández: por un lado, menciona la forma en que se prueban los acuerdos, pero por otro se refiere a que esta figura incluye *“casos en que derechamente no existe tal acuerdo pero existiría algo más que un paralelismo consciente”* (sobre esto volveremos más abajo).

<sup>15</sup> GRUNBERG (2017), p. 26. A nivel comparado, parece ser que Walter Frenz también apoya la tesis de que la diferencia entre ambas figuras es una diferencia de grado, pues afirma que *“una distinción exacta es superflua”*. FRENZ (2016), p. 243.

<sup>16</sup> GRUNBERG (2017), p. 26.

caso, son dos formas diferentes de probar, que, como veremos más abajo, tienen una estructura diferente, no están en una relación de “menos a más”.

Aún más, y esto vale tanto para Grunberg como Hernández, cualquier intento de basar la distinción de esta forma está mal guiada en tanto que es legislativamente redundante: ya tenemos normativa que cubre este tipo de consideraciones probatorias. Respecto de la admisibilidad de prueba indiciaria, el mismo artículo 22 del Decreto Ley 211 establece que el juez ha de valorar la prueba de acuerdo con la sana crítica, lo que admite que el juez pueda admitir tanto prueba directa como indiciaria<sup>17</sup>, lo que vale para cualquier conducta. Aún más, este mismo artículo menciona entre los medios de prueba *“todo indicio o antecedente que, en concepto del tribunal, sea apto para establecer hechos pertinentes”*.

Y, más allá de esta norma en particular, es improcedente en general afirmar que una norma de sanción se puede diferenciar de otra tan solo a partir de que en un caso se prueba mediante prueba directa y en otro mediante prueba indiciaria. Una cosa es la norma sustantiva que sanciona una determinada conducta, y otra cosa diferente es la norma procesal que se dedica a establecer cómo ha de ser probada la hipótesis de hecho de la norma de sanción. O, para ponerlo en aun otros términos, debemos distinguir la cuestión constitutiva –qué es una práctica concertada- de la cuestión evidencial –qué prueba que existe una práctica concertada<sup>18</sup>.

Que lo anterior es el caso se puede demostrar acudiendo al derecho penal. En particular, analizaremos las exigencias del cohecho por la función, donde un funcionario solicita o acepta recibir un beneficio a cargo de un acto específico. En relación con este delito sería necesario que se compruebe judicialmente, más allá de toda duda razonable, *“no sólo que ha habido determinadas manifestaciones de voluntad (por parte de un empleado público, de un particular, o de ambos) en relación con un posible pago a un empleado público, sino además que ese pago representaba la contraprestación al menos potencial por un determinado acto de servicio, pasado o futuro, por parte del funcionario en cuestión(...) habrá muchos casos en que, sobre la base de indicios, no será difícil tener por acreditada la conexión entre el pago y un determinado acto de servicio, por una parte, porque no resulta plausible que el pago efectuado pudiera haber tenido una motivación independiente, distinta de la calidad que ostentaba el sujeto que lo recibió, y por la otra, lo que será decisivo, porque no resulta plausible que el pago hecho en razón del cargo del sujeto no haya sido, además, la contraprestación por un acto determinado de servicio”*<sup>19</sup>.

Lo anterior demuestra que no es plausible que el tipo objetivo se vea modificado porque su realización se constata de acuerdo a prueba indiciaria o prueba directa. Así, carece de asidero la afirmación de Juppert y Morales según la cual en el delito de colusión *“por la mera naturaleza de la persecución criminal, no sería admisible la aceptación de prueba circunstancial”*<sup>20</sup>.

Por último, no vale la pena prestar excesiva atención a la distinción entre prueba directa e indirecta. En esta línea, Carlos de Miranda explica que entre ambos tipos de prueba hay un conflicto inexistente. Según de Miranda, ambos tipos de prueba se distinguen según la relación que hay entre, primero, la información que recibe el juzgador sobre la realidad y segundo, la realidad misma. En la prueba directa, la prueba representa la realidad, como en el caso de una fotografía, donde se traslada al juzgador una proyección más o menos homogénea de la realidad. Por otro lado, en la prueba indirecta la información que se proporciona al órgano jurisdiccional no guarda el menor parecido con la realidad, pero permite establecer un vínculo racional asociativo con ella<sup>21</sup>. Un ejemplo de esto último sería la inferencia desde la evidencia de que alguien tenía un arma cerca del lugar donde se propinó un disparo a la conclusión de que la persona que tenía aquella arma propinó el disparo.

---

<sup>17</sup> ARAYA (2015), p. 233.

<sup>18</sup> BLACK (2005a), p. 162. En esta misma línea: ODUDU (2006), p. 71.

<sup>19</sup> HERNÁNDEZ (2016b), p. 22.

<sup>20</sup> MORALES Y JUPPET (2018), Capítulo II, punto 5. Que el estándar de prueba en derecho penal sea más alto no prejuzga cómo o con qué prueba se ha de cumplir con ese estándar. Así podría ser que si se reúne suficiente prueba indiciaria de suficiente calidad se pueda cumplir con el estándar penal.

<sup>21</sup> DE MIRANDA (2015), p. 102.

Entre los argumentos que de Miranda presenta para desechar la idea de que la prueba directa tiene mayor valor, afirma que los resultados no avalan la supuesta superioridad de la prueba directa, pues la supuesta simplicidad de la prueba directa no es tal, pues no basta con tan solo “escuchar” esa prueba, sino que también hay que evaluarla (por ejemplo, un testigo directo puede ser poco confiable, más allá de que ofrezca prueba directa). Aún más, la confiabilidad de la prueba directa depende en gran medida de un procedimiento inferencial de naturaleza presuntiva<sup>22</sup>: si un testimonio es confiable depende de inferencias a partir de ciertos rasgos del testigo que impactan en su fiabilidad o verosimilitud. Así, queda descartada la tesis de que en la prueba directa no media un ejercicio inferencial y que “tan solo se percibe algo”. Y lo anterior tiene que ver con que toda la prueba directa es presuntiva en esencia, viniendo la legitimación epistemológica de la prueba directa de la prueba indirecta. Esto último, pues la fiabilidad de la prueba directa no se funda en prueba directa: siempre acaban por aparecer indicios en el punto de arranque de la valoración crítica de pruebas directas. Así, sobre la base de datos fácticos que se desprenden del medio de prueba o que resultan de otras actividades probatorias se aplican máximas de experiencia y se alcanzan conclusiones sobre la fiabilidad de los medios probatorios<sup>23</sup>. Y la contracara de esto es que la prueba indirecta, aunque se pueda sustentar en una cadena de presunciones, acaba siempre por hallar su último fundamento en prueba directa<sup>24</sup>. Por lo anterior, además de que es incorrecto distinguir ambas formas de cometer la colusión a partir del tipo de prueba con que se cuenta, hacerlo es una mala idea, puesto que ambas formas de prueba tienen el mismo valor, y aún más, son dos caras de una misma moneda y dependen la una de la otra.

### 3.3. La tesis estructural

Con todo, las posturas de Grunberg y Hernández son ambivalentes, pues también aluden a rasgos de índole estructural. Así, Grunberg hace referencia a la definición de práctica concertada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el caso ICI v. Comisión y afirma que las prácticas concertadas son “una forma de coordinación entre empresas que, sin llegar a que se celebre un convenio propiamente dicho, sustituye los riesgos de la competencia por una cooperación práctica entre ellos”<sup>25</sup>. Esto está en la línea de la observación de Hernández de que las prácticas concertadas incluyen “casos en que derechamente no existe tal acuerdo, pero existiría algo más que un paralelismo consciente”<sup>26</sup>.

Definir las prácticas concertadas como una figura residual de la colusión es una constante en la literatura especializada. Así, hay autores como Araya que afirman que las prácticas concertadas son un tipo de colusión que sirve para atrapar “situaciones donde no es posible recurrir al concepto de acuerdo, no obstante su amplitud”<sup>27</sup>. Según esta definición, las prácticas concertadas son un tipo de colusión que se caracteriza por la falta de independencia entre los competidores y la presencia de “algo menos” que un acuerdo.

Rechazamos esta visión. Primero, es inaceptablemente vaga pues no permite que los actores del mercado sepan de antemano y con suficiente claridad qué es punible<sup>28</sup>. Aún más, la conclusión a la que llegan autores como Araya puede usarse para construir una refutación a modo de reducción al absurdo: el concepto de práctica concertada bajo esta interpretación es tan vago que su real función es ser una norma pensada para operar en aquellos casos que, no obstante su amplitud, no se puede usar el concepto de acuerdo. Así, “prácticas concertadas”

---

<sup>22</sup> DE MIRANDA (2015), p. 85

<sup>23</sup> DE MIRANDA (2015), pp. 88-89.

<sup>24</sup> DE MIRANDA (2015), p. 95.

<sup>25</sup> GRUNBERG (2017), p. 21.

<sup>26</sup> HERNÁNDEZ (2016a), p. 21.

<sup>27</sup> ARAYA (2015), p. 246. Asimismo: DEL MAR (2011), p. 112 y FRENZ (2016), p. 243.

<sup>28</sup> Una demostración ulterior de esta vaguedad es que Grunberg cierra su análisis afirmando “[c]omo ha podido constatarse existe una diferencia de grado entre los conceptos de acuerdo y práctica concertada”. GRUNBERG (2017), p. 26.

sería una categoría abierta a consideraciones de oportunidad por parte del TDLC, lo que podría llevar a aumentar indebidamente su discrecionalidad.

Dicho lo anterior, aunque bajo esta definición el concepto de prácticas concertadas tendría algo de contenido, este consistiría en ser algo más que un mero paralelismo y algo menos que un acuerdo, lo que es bastante vago. Y si bien se podría aducir a la práctica judicial para complementar esta lectura y hallar instancias en que estamos frente a una práctica concertada, carecemos de un concepto que podamos aplicar sin tener que referirnos a instancias específicas que ya determinamos que caen bajo tal figura. Si procedemos así, solo sabremos qué hemos considerado antes como una práctica concertada, pero estaremos a ciegas frente a casos nuevos.

A este respecto, la referencia a la casuística y su contraposición a una definición que valga con independencia de los objetos que cuenten como instancias de un concepto, se relaciona con la distinción entre dos tipos de definición, una definición intensional y una definición extensional<sup>29</sup>. Por un lado, una definición intensional es aquella que define un concepto refiriéndose a aquellos rasgos que la caracterizan, es decir sus rasgos definitorios. Por contraste, una definición extensional es aquella que define un concepto apuntando a qué objetos (*lato sensu*) cuentan como una instancia de un determinado concepto. Así, una definición intensional del concepto perro podría aludir a una serie de rasgos de los perros, como que son amables, normalmente tienen 4 patas, ladran, etc. Por contraste, una definición extensional definiría perros apuntando a objetos en el mundo que tienen los rasgos de la definición intensional.

A este respecto, es crucial dar cuenta de la asimetría entre definiciones intensionales y extensionales. Por un lado, no puede haber una definición extensional sin una previa definición intensional: si no sabemos qué rasgos caracterizan un cierto concepto no podemos saber qué objetos lo instancian. Pero, por otro lado, puede perfectamente haber una definición intensional que carezca de extensión. Por ejemplo, si habláramos sobre el mejor penalista de Atlantis se entendería perfectamente los rasgos del concepto al que aludimos, aun si Atlantis, y consecuentemente, su mejor abogado, no existieran. Lo anterior explica por qué es indispensable una definición intensional más densa de los conceptos de acuerdo y práctica concertada, pues solo así se podrá ordenar la casuística y hacer que los tribunales apliquen derecho en vez de crearlo<sup>30</sup>. Así, para que una determinada norma de sanción pueda cumplir adecuadamente su objetivo preventivo debe haber suficiente claridad respecto de qué incluye esta norma de sanción, lo que aduce a los rasgos definitorios de un comportamiento. Y el actual entendimiento del concepto “prácticas concertadas” es extremadamente vago, por lo que este no puede cumplir adecuadamente dicha función<sup>31</sup>. En palabras de Oliver Black, el problema de esta definición del concepto “prácticas concertadas” es que una explicación asistemática elaborada a través de la casuística se deja llevar por hechos específicos, y en la medida que la diversidad de los casos aumenta, el significado del concepto termina careciendo de unidad conceptual<sup>32</sup>.

Pero la postura de Grunberg y Hernández no es la única que basa esta distinción en consideraciones estructurales: también está la postura de Domingo Valdés. Según éste ambas formas de colusión requieren de una concertación de voluntades, y las prácticas concertadas constituyen no una forma colusoria que admite un medio de prueba distinto, sino que una variante subespecífica dentro de la tipología de carteles. El punto clave, según Valdés, es que habiendo una convención anticompetitiva, puede tanto seguirse como no seguirse la puesta en práctica de tal convención<sup>33</sup>. Esto último, en tanto que se podría llegar a conocer del acuerdo

---

<sup>29</sup> SIMON FRASER UNIVERSITY (s.f.). Véase también: SCRUTON (1995), pp. 42 y ss.

<sup>30</sup> En términos similares, Hay afirma: “una pregunta sustantiva más complicada subyace al esfuerzo de describir el tipo y cantidad de evidencia circunstancial necesaria para obtener una persecución exitosa, esto es, ¿qué es aquello que buscamos incluir dentro de la categoría “acuerdo”, “conspiración” o “práctica concertada”?”. HAY (2013), p. 4.

<sup>31</sup> Más allá de casos particulares en los que se ha determinado que se estaba frente a una práctica concertada, es decir, una definición extensional del concepto, la definición intensional es extremadamente vaga.

<sup>32</sup> BLACK (2005b), p. 346.

<sup>33</sup> VALDÉS (2016), pp. 7 y 17.

anticompetitivo antes de que se implementase<sup>34</sup>. Así también opina Mañalich, quien afirma que mientras las prácticas concertadas necesariamente presupondrían una puesta en práctica, los acuerdos no: *“mientras por “acuerdo expreso o tácito” cabe entender la formación de una resolución conjunta, de carácter formal o informal, entre dos o más agentes económicos, en orden a asumir un patrón de comportamiento determinado, el cual no necesita llegar a materializarse, la expresión “práctica concertada” designa la materialización de una determinada forma de actuación que ha sido conjuntamente asumida por los agentes involucrados en ella”*<sup>35</sup>.

Esta visión también despierta inquietudes. Esto, pues bajo esta interpretación una práctica concertada y un acuerdo que ha sido ejecutado serían dos tipificaciones de idéntica estructura, por lo que una vez más tendríamos una interpretación redundante. En otras palabras, si es que un acuerdo fuera el factor “X” y la puesta en práctica el factor “Y”, una práctica concertada consistiría siempre de “X+Y”, mientras que un acuerdo podría ser tanto un acuerdo no ejecutado, es decir, “X”, como un acuerdo ejecutado: “X+Y”. De lo anterior se sigue que una práctica concertada sería necesariamente idéntica a un acuerdo ejecutado.

Hay dos soluciones para esta convergencia conceptual: que ante una “convención anticompetitiva ejecutada” prime la aplicación del concepto “práctica concertada” o que prime el concepto de “acuerdo”. Uno debería inclinarse por la primera opción: si prima la aplicación del concepto “acuerdo”, entonces el concepto de práctica concertada quedaría sin aplicación posible (el acuerdo puede ser según esta postura o un mero acuerdo o un acuerdo ejecutado, mientras la práctica concertada sólo puede ser un acuerdo ejecutado).

Sin embargo, la distinción anterior no es estable puesto que el mismo artículo 62 del DL 211<sup>36</sup> sanciona a quien celebre, organice, ordene celebrar o *ejecute* un acuerdo. En otras palabras, mientras la letra a) del artículo 3 sanciona los acuerdos y prácticas concertadas, el artículo 62 sanciona la celebración de acuerdos y la ejecución de acuerdos (junto a la orden de celebrar acuerdos y la organización de ellos). Si siguiéramos la interpretación recién ofrecida (que un acuerdo es un mero acuerdo y que una práctica concertada es un acuerdo ejecutado) resultaría que el legislador tendría dos nombres (acuerdos ejecutados y prácticas concertadas) para una conducta idéntica<sup>37</sup>. Entonces a todo lo anterior se suma un nuevo desafío: distinguir entre acuerdos, acuerdos ejecutados y prácticas concertadas.

Empero, antes de hacer esto último debemos revisar la postura vertida en el libro colectivo de Artaza, Belmonte y Santelices, el cual, como veremos, es ambiguo respecto de cómo distinguir entre acuerdos y prácticas concertadas. Antes de analizar este libro debemos dar cuenta de una serie de asuntos metodológicos. Primero, si bien es un libro y no una colección de ensayos, cada capítulo está asociado a solo uno de los autores antes nombrados, cosa que se debe contrapesar con que estos, al referirse a los capítulos que no escribieron ellos mismos, a ratos hacen afirmaciones en primera persona plural: así, Belmonte, en el capítulo V, al referirse a lo dicho por Santelices en el capítulo II, afirma *“[y]a hemos señalado en el capítulo II.2 (...)”*<sup>38</sup>.

Yendo de lleno al libro, los autores a veces basan la distinción en los componentes estructurales del concepto. Así, Santelices define práctica concertada basándose en su definición europea, es decir, la define como una coordinación que no llega a un acuerdo formal pero que sustituye los riesgos de la competencia por la cooperación práctica<sup>39</sup>. De lo anterior concluye

<sup>34</sup> VALDÉS (2016), p. 17.

<sup>35</sup> MAÑALICH (2015), p. 17.

<sup>36</sup> Decreto Ley Nº 211, de 1973

<sup>37</sup> Además, ya la primera parte de la letra a) del artículo 3 sanciona tanto la celebración como la ejecución de acuerdos. Lo anterior, pues el tipo genérico afirma que *“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”*, mientras que el inciso segundo afirma que *“Se considerarán, entre otros, como hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia o que tienden a producir dichos efectos”*, a la vez que en su letra a) detalla los acuerdos y las prácticas concertadas. De una lectura conjunta de ambos incisos se puede concluir que se sanciona tanto la ejecución como celebración de acuerdos también en la letra a) del inciso segundo del artículo 3, por lo que el mismo artículo 3 incluiría la celebración de acuerdos, la ejecución de acuerdos, y la ejecución de prácticas concertadas.

<sup>38</sup> SANTELICES (2020), p. 118.

<sup>39</sup> SANTELICES (2020), p. 48.

que estamos frente a “un estándar inferior al acuerdo anticompetitivo pero superior al mero paralelismo”<sup>40</sup>. Sobre esta forma de construir la distinción nos remitimos a lo dicho más arriba.

Pero, por otro lado, Santelices también esboza que las prácticas concertadas serían equivalentes a los acuerdos tácitos. Pero el concepto de acuerdo tácito es equívoco. Si lo interpretamos según el lenguaje ordinario estos serían acuerdos que se infieren a partir de determinadas conductas (i.e.: no se comprueban directamente). Si es que este fuera el caso, Santelices estaría defendiendo la tesis probatoria: los acuerdos se verifican mediante prueba directa y las prácticas concertadas mediante prueba indirecta<sup>41</sup>. Por lo dicho más arriba, la tesis probatoria no es sostenible.

Por otro lado, podemos entender acuerdo tácito como un concepto técnico que no se refiere a la forma en que se prueba una determinada conducta, sino que hace alusión a los rasgos estructurales del concepto de “acuerdo”. Quien define acuerdo tácito de la segunda de estas formas es William Page, autor que Artaza, Belmonte y Santelices utilizan como base de su planteamiento respecto de los acuerdos tácitos<sup>42</sup>. Page, por un lado, no cree que la distinción se base en si acaso el acuerdo se constata según prueba directa o indirecta. Así, respecto de la tesis probatoria Page afirma que “conceptualmente, cualquier significativa convencional que de forma certera transmite la necesaria seguridad (assurance), como asentir la cabeza o un apretón de manos, puede formar un acuerdo expreso completo”<sup>43</sup>.

Por lo anterior, el concepto de acuerdo tácito de Page dice relación con la estructura de este tipo de acuerdo. En esta línea, afirma que los acuerdos tácitos “difieren de los acuerdos expresos en que las comunicaciones involucradas no implican promesas mutuas que conlleven un acuerdo completo que precede a la acción interdependiente”<sup>44</sup>. Por lo anterior, un acuerdo tácito es mejor entendido como uno mediante el cual “rivales comunican sus intenciones sin formar un acuerdo completo, pero luego indican su asentimiento al plan de acción sugerido mediante la fijación de precios interdependientes u otras acciones competitivas”<sup>45</sup>.

Un rasgo importante de la tesis de Page que Artaza, Belmonte y Santelices adoptan en su libro<sup>46</sup> es que Page, al analizar el concepto de acuerdo tácito, a menudo se refiere al concepto de “acción concertada”. Así, por ejemplo, al discutir sobre los *Gary Diners* afirma que en otros trabajos los ha calificado “como acción concertada, pero estos también son apropiadamente clasificados como acuerdos tácitos (...): conducta interdependiente coordinada por comunicaciones previas”<sup>47</sup>. Asimismo, Page afirma que “en otro lugar he examinado la coordinación no expresa como acción concertada (...) este es un término que propongo en analogía a las prácticas concertadas bajo el Artículo 101 del Tratado de la Unión Europea”<sup>48</sup>. Es decir, el concepto de acuerdo tácito de Page se basa en el concepto de prácticas concertadas en la forma en que éste está contenido en el artículo 101 del Tratado de la Unión Europea, artículo que prohíbe “todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre países de la UE y que puedan impedir, restringir o falsear la competencia”. Así, el concepto de Page de acuerdo tácito, que éste también llama acción concertada, es uno que a su vez se basa en el concepto de prácticas

---

<sup>40</sup> SANTELICES (2020), p. 48.

<sup>41</sup> A veces Artaza se acerca a la tesis probatoria. Según este, uno de los principales desafíos para admitir la presencia de un acuerdo tácito es la clase de antecedentes que pueden ser tomados en consideración, cosa que lo lleva a estudiar la evidencia circunstancial (ARTAZA (2020), p. 82). Aún más, en la sección titulada “Antecedentes considerados para acreditar el acuerdo tácito. Especial referencia a la prueba circunstancial” afirma que “**todos** estos antecedentes están asociados a cierta forma de razonamientos a través de indicios” (ARTAZA (2020), p. 85, énfasis agregado).

<sup>42</sup> ARTAZA (2020), p. 82.

<sup>43</sup> PAGE (2017), p. 606.

<sup>44</sup> PAGE (2017), p. 600.

<sup>45</sup> PAGE (2017), p. 607.

<sup>46</sup> PAGE (2017), mencionado en: ARTAZA (2020), p. 82.

<sup>47</sup> PAGE (2017), p. 617.

<sup>48</sup> PAGE (2017), p. 599.

concertadas, estando este último concepto definido por contraposición al concepto de acuerdo (como vimos, la ley europea distingue claramente entre ambos conceptos)<sup>49</sup>.

Tras este breve repaso de la concepción de Page podemos volver al libro de Artaza, Belmonte y Santelices. En este, en la sección denominada “Reflexiones en torno al concepto y prueba del acuerdo” Artaza distingue entre los supuestos pacíficos, que son los acuerdos expresos y la conducta independiente<sup>50</sup>, y los supuestos problemáticos, la interdependencia y los acuerdos tácitos<sup>51</sup>. Pareciera entonces que en esta sección Artaza iguala los acuerdos tácitos a las prácticas concertadas, pues está cubriendo todo el rango de aquello que se asemeja a un acuerdo, por lo que sería llamativo no incluir dentro de tal discusión a las prácticas concertadas, sobre todo si se tiene en cuenta que incluye dentro de tal análisis a la conducta independiente e interdependiente<sup>52</sup>. A este respecto, Artaza afirma respecto de los acuerdos tácitos (en tanto caso problemático), que *“el énfasis en su delimitación puede venir dado, por una parte, por la constatación de una “armonía de mentes”; o por otra, por la constatación de comunicación entre los competidores, pero en forma tal que esta sea insuficiente, por sí sola, para la verificación del acuerdo”*<sup>53</sup>. Artaza, basándose en Page, se decanta por la segunda posibilidad: *“un acuerdo tácito puede comprenderse mejor como categoría si se parte por considerarlo como supuestos donde los competidores sí comunican sus intenciones, pero utilizando expresiones de las cuales no se puede extraer un acuerdo completo –expreso–, pero expresando su aprobación para iniciar un curso de cosas que derive en la formación de precios interdependientes o cualquier otra conducta relativa a la competencia entre estos”*<sup>54</sup>.

Pero, como demostramos más arriba, el concepto de acuerdo tácito que utilizan Artaza, Belmonte y Santelices es uno que se basa en el concepto de acción concertada, y que a su vez se basa en el concepto de práctica concertada. Esto, pues como veíamos más arriba, Page se basa en el concepto de prácticas concertadas de Oliver Black<sup>55</sup>. Esto es importante para evaluar la viabilidad de la tesis de este libro. Esto, pues en el capítulo titulado *“El tipo penal de la colusión”* Santelices afirma que *“no solo los acuerdos expresos pueden ser considerados típicamente relevantes”*<sup>56</sup>. Pero si recordamos lo afirmado por Artaza, las categorías disponibles para analizar la colusión se limitaban a acuerdos expresos, acción concertada, acción interdependiente y acción independiente<sup>57</sup>. Es decir, si los acuerdos penalmente relevantes no

---

<sup>49</sup> PAGE (2007), pp. 406 y 409. Esta conclusión se ve reforzada si vemos otros trabajos de Page. Así, para tratar el concepto de acción concertada, afirma que *“partiendo del reciente trabajo de Oliver Black, la característica distintiva de la acción concertada es la comunicación entre rivales, no solo de intenciones, sino que de la mutua dependencia y confianza (reliance) en las acciones de sus rivales al elegir un curso de acción”*. PAGE (2007), p. 428.

<sup>50</sup> ARTAZA (2020), p. 76.

<sup>51</sup> ARTAZA (2020), p. 78.

<sup>52</sup> La tesis de que Artaza iguala acuerdos tácitos y prácticas concertadas también se ve sustentada por las siguientes consideraciones. Primero, define acuerdo tácito como aquel acuerdo en que *“no se está frente a un acuerdo expreso, pero que tampoco pueden ser catalogados como supuestos de mera interdependencia”*. ARTAZA (2020), p. 80. Y segundo, Santelices afirma de las prácticas concertadas que estamos frente a *“un estándar inferior al acuerdo anticompetitivo pero superior al mero paralelismo”*. SANTELICES (2020), p. 48. En cuanto a su contenido, las definiciones de acuerdo tácito y prácticas concertadas son casi idénticas (casi, pues en la primera definición se menciona la interdependencia, y en la segunda el paralelismo, siendo estos conceptos a ratos usados intercambiamente por la doctrina).

<sup>53</sup> ARTAZA (2020), p. 80.

<sup>54</sup> ARTAZA (2020), p. 82.

<sup>55</sup> Lo anterior podría contar solo como una explicación genealógica del concepto que usan los autores, y podría ser que éste haya cambiado lo suficiente como para ser distinto al original. Empero la impronta de Black se mantiene. Por un lado, para Black las prácticas concertadas consisten en instancias de acción conjunta, siendo el concepto nuclear de la acción conjunta aquel de mutua dependencia y confianza (*mutual reliance*) cosa que a su vez depende de la comunicación entre rivales (BLACK (2005a), p. 158.). Por otro lado, según Page la acción concertada o acuerdo tácito implica *“acciones interdependientes coordinadas por comunicaciones previas de las intenciones competitivas”*. PAGE (2017), p. 614. Por otro lado, y basándose en Page, según Artaza los acuerdos tácitos consisten en: *“supuestos donde los competidores sí comunican sus intenciones, pero utilizando expresiones de las cuales no se puede extraer un acuerdo completo –expreso–, pero expresando su aprobación para iniciar un curso de cosas que derive en la formación de precios interdependientes o cualquier otra conducta relativa a la competencia entre estos”*. ARTAZA (2020), p. 82. Además, la relación entre los conceptos de acuerdo y prácticas concertadas también se mantiene a grandes rasgos a lo largo de las obras de estos autores. Mientras que para Black un acuerdo consiste en un intercambio donde hay oferta y aceptación (BLACK (2008), p. 116), para Page un acuerdo implica promesas mutuas que llevan un acuerdo completo que precede a la acción interdependiente (PAGE (2017), p. 600), y para Artaza un acuerdo expreso consistiría en que *“los concurrentes a través de un proceso de negociación acordarían garantías mutuas respecto al cumplimiento del acuerdo al que arribaron”* (ARTAZA (2020), p. 76).

<sup>56</sup> SANTELICES (2020), p. 97.

<sup>57</sup> ARTAZA (2020), pp. 76-78

comprenden solo acuerdos expresos entonces estos comprenden, cuanto menos, la acción concertada. Y la acción concertada, como veíamos, equivale a otra etiqueta para hablar de prácticas concertadas. Pero el problema reside en que tan solo una página después de afirmar que no se castigaban solamente los acuerdos expresos, Santelices afirma explícitamente que las prácticas concertadas no entran en el ilícito penal<sup>58</sup>.

Estamos de acuerdo con Santelices en que el artículo 62 no cubre las prácticas concertadas. Pero esto es manifiestamente contradictorio con su tesis según la cual los acuerdos castigados por el artículo 62 no son solo los acuerdos expresos. Para poder sustentar primero, que los acuerdos penalmente relevantes no son solo los acuerdos expresos, y segundo, que no se sancionan penalmente las prácticas concertadas, los autores tendrían que haber ofrecido un concepto distinto de acción concertada que no se redujera a las prácticas concertadas, lo que habría implicado ampliar la tipología de Artaza consistente en la gradación de menos a más entre acción independiente, acción interdependiente, acción concertada y acuerdo expreso. Dado que el contenido de los acuerdos tácitos es el mismo contenido que aquel de las prácticas concertadas, al afirmar Santelices que los acuerdos penalmente relevantes no se limitan a los acuerdos expresos, entran las prácticas concertadas a la sanción penal. Pero como veíamos más arriba, eso no puede ser así, entre otras razones, por el tenor literal.

Así, volvemos a la necesidad de dar cuenta de la distinción entre acuerdos, acuerdos ejecutados, y prácticas concertadas. Afortunadamente, Oliver Black hace posible aquello.

### 3.4. La tesis de Oliver Black

Como veíamos, muchos de aquellos que buscan desarrollar esta distinción lo hacen a partir de la idea de que hay una voluntad común o un consenso, manifestándose esta voluntad con mayor fuerza en los acuerdos que en las prácticas concertadas. Para Black es al revés: mientras una práctica concertada debe tener un acuerdo de voluntades, esto no es condición necesaria de un acuerdo<sup>59</sup>.

Black pone de relieve ciertos constreñimientos interpretativos. Entre estos, cuenta la similitud que debe haber entre casos particulares con los casos paradigmáticos<sup>60</sup>. Sobre esto último, es importante recordar lo que decíamos más arriba respecto de la certeza que se tiene en ciertos casos de que se está frente a una práctica concertada. Estos casos son *el punto de partida* para elaborar un concepto de prácticas concertadas<sup>61</sup>. Así, se debe observar con cuidado las instancias de ese concepto (su extensión) y extraer de allí las características generales que lo definen (su intensión). Dicho aquello, partiendo de los casos paradigmáticos, Black cree que debemos aspirar a un equilibrio reflexivo entre intuición y teoría<sup>62</sup>, es decir, llegar a un concepto de las prácticas concertadas que refleje nuestro entendimiento intuitivo de ellas tal como está reflejado en casos paradigmáticos. A este respecto, es útil entender, como Dworkin, que los conceptos jurídicos son conceptos interpretativos. Estos últimos son conceptos que manejamos debido a que compartimos prácticas sociales y experiencias en las que estos figuran<sup>63</sup> (así, un buen *punto de partida* en este caso sería la jurisprudencia y la discusión doctrinaria, así como lo que se pueda rescatar del lenguaje ordinario). Es lo anterior lo que nos permite argumentar de una manera inteligible entre quienes compartimos tal percepción de los casos paradigmáticos<sup>64</sup>. Es decir, estamos suficientemente de acuerdo respecto de los paradigmas como para permitirnos proponer una teoría que justifique los juicios que hacemos sobre esos paradigmas<sup>65</sup>.

---

<sup>58</sup> SANTELICES (2020), p. 98.

<sup>59</sup> BLACK (2005a), p. 166.

<sup>60</sup> BLACK (2008), p. 103

<sup>61</sup> Como dice Page, "se puede volver aparente en algún punto del desarrollo del derecho que una estructura inarticulada de conceptos informa a la corte en el uso de sus estándares". PAGE (2007), p. 447. De lo que se trata es de articular explícitamente este concepto.

<sup>62</sup> BLACK (2005a), p. 4.

<sup>63</sup> DWORKIN (2011), p. 6.

<sup>64</sup> DWORKIN (2011), p. 161.

<sup>65</sup> DWORKIN (2011), p. 161.

El punto de Black es que, como decíamos más arriba, si bien según nuestro entendimiento paradigmático de un acuerdo éste a menudo es acompañado de una voluntad común, una voluntad común no es lo mismo que, ni tampoco una condición necesaria de un acuerdo<sup>66</sup>.

Para entender lo anterior, vale la pena contrastar el rendimiento de diversas visiones sobre lo que es un acuerdo. Según Black, la postura que reduce un acuerdo a una voluntad común se podría explicar como sigue: “X e Y tienen un concurso de voluntades cuando, para alguna P:

- (a) X pretende que P
- (b) Y pretende que P
- (c) X comunica que pretende que P a Y
- (d) Y comunica que pretende que P a X”<sup>67</sup>.

Frente a esta forma de ver el asunto, Black argumenta que los acuerdos se entienden mejor en términos similares al derecho de contratos: X e Y tienen un acuerdo cuando X hace una oferta a Y que Y acepta.

Dicho todo lo anterior, Black nos invita a considerar el siguiente caso para contrastar el rendimiento de aquella teoría que identifica un acuerdo con una voluntad común, y aquella que lo identifica con una oferta y una aceptación de tal oferta. El ejemplo es el que sigue: los competidores X e Y llegan al acuerdo de que X solo venderá en Francia y que Y solo venderá en Alemania. Se puede asumir que se logra tal acuerdo mediante un intercambio que se vería de la siguiente manera:

“X: ¿qué tal si yo vendo solamente en Francia y tú solamente en Alemania?”

Y: ok”<sup>68</sup>.

Respecto de la ejecución del acuerdo (“P”), esta se vería de la siguiente manera:

(P1) X vende solo en Francia e Y vende solo en Alemania

(P2) X e Y están de acuerdo en (P1)<sup>69</sup>.

Pero el problema es que es falso que si X e Y realizan un acuerdo ellos buscan (P1) y comunican tal intención. Si las intenciones de una persona solo se relacionan a sus propias acciones, X no puede querer (P1) pues (P1) también concierne una acción de Y<sup>70</sup>. Pero aún más, incluso si X pudiera tener una intención tal, él no necesita tenerla para lograr un acuerdo, pues él puede hacer tal acuerdo sin tener la intención de cumplirlo<sup>71</sup>: así no es una condición necesaria de un acuerdo una intención común (un acuerdo incumplido, en términos lógicos, sigue siendo un acuerdo, solo que de una especie especial). Además de lo anterior, de que X e Y tengan la intención P1 (es decir, la intención de que “X vende solo en Francia e Y vende solo en Alemania”) y que se comuniquen recíprocamente tal intención, no se sigue que exista un acuerdo<sup>72</sup>: pueden tan solo comunicar intenciones y que no haya acuerdo. Por otro lado, Black afirma también que es falso que si X e Y celebran un acuerdo estos buscan P2 (esto es: (X e Y están de acuerdo en P1 (X vende solo en Francia e Y vende solo en Alemania))). Podría ser que X, al decir lo que debe decir para cerrar el acuerdo no busca P2. Por ejemplo, puede ser que esté convencido de que Y no concurrirá al acuerdo, y busca humillar a Y con la proposición, aceptando luego Y la proposición y resultando de ello un acuerdo<sup>73</sup>. Y, aún más, es falso que si X e Y cumplen con el acuerdo ambos tienen la intención P1 y se comunican tal intención: X puede vender solo

---

<sup>66</sup> BLACK (2008), p. 112. Esto va en contra de la postura de autores como Odudu, autores para los cuales una intención común es condición necesaria y suficiente de un acuerdo, a la vez que esta intención común se ve evidenciada por una oferta y una aceptación. ODUDU (2006), pp. 60-61.

<sup>67</sup> BLACK (2008), p. 113.

<sup>68</sup> BLACK (2008), p. 114. Frenz también a ratos analiza los acuerdos por analogía a los contratos: “un acuerdo puede consistir de un contrato entre dos actores”. FRENZ (2016), p. 245. Así mismo, agrega que puede consistir de “dos declaraciones de intenciones concurrentes”. FRENZ (2016), p. 245. La diferencia con Black, empero, es que relaciona esto a una “intención común de actuar en el mercado de una cierta forma”. FRENZ (2016), p. 245. Black rechaza esta concepción que se basa en la presencia de una intención común.

<sup>69</sup> BLACK (2008), p. 115.

<sup>70</sup> BLACK (2008), p. 115.

<sup>71</sup> BLACK (2008), p. 115.

<sup>72</sup> BLACK (2008), p. 116.

<sup>73</sup> BLACK (2008), p. 116.

en Francia sin comunicarle nada a Y. Además, lo inverso también es cierto, pues X puede declarar y tener tal intención sin por ello vender solo a Francia (por ejemplo, puede mandar productos por error a Francia)<sup>74</sup>.

Por todo lo anterior, el concurso de voluntades que era tanpreciado para la doctrina demuestra ser según Black ni una condición necesaria ni una condición suficiente de un acuerdo. Antes bien, el modelo de oferta y aceptación describe los elementos faltantes del acuerdo, pues una mera declaración de intención no equivale a una oferta y aceptación<sup>75</sup>.

Pero si todo lo anterior es cierto y no es parte integrante de un acuerdo un concurso de voluntades, ¿en qué consiste una práctica concertada? Para Black, las prácticas concertadas consisten en instancias de acción conjunta, siendo el concepto nuclear de la acción conjunta aquel de dependencia y confianza mutua (*mutual reliance*)<sup>76</sup>.

La fórmula de Black es la siguiente. Digamos que X e Y son personas, y que Ax e Yx son sus respectivas acciones. En ese caso:

*“X e Y actúan conjuntamente cuando:*

*(a) X, en hacer Ax, depende y confía (relies) en que Y realice Ay*

*(b) Y, en hacer Ay, depende y confía en que X realice Ax*

*(c) X, en confiar y depender en que Y realizará Ay, tiene el objetivo Ox*

*(d) Y, en confiar y depender en Ax, tiene el objetivo Oy*

*(e) Oy=Ox*

*(f) X conoce (a)-(e)*

*(g) Y conoce (a)-(e)*

*(h) (f) es en parte verdadero porque Y comunica (b) y (d) a X*

*(i) (g) es en parte verdadero porque X comunica (a) y (c) a Y”<sup>77</sup>.*

Así, mientras que en un acuerdo bastaría tan solo que hubiera oferta y aceptación, en una práctica concertada habría acción conjunta, basándose ésta en la confianza y dependencia mutua, compartiendo las partes que concurren a una práctica concertada un determinado objetivo, cosa que depende de la comunicación entre ellas<sup>78</sup>.

Así, por fin hemos logrado distinguir nítidamente un acuerdo de una práctica concertada. Empero, como veíamos más arriba, una hipótesis posible respecto de la relación entre un acuerdo y una práctica concertada era que un acuerdo era un mero concurso de voluntades mientras que una práctica concertada consistía en la puesta en práctica de tal concurso de voluntades. Dicho lo anterior, y considerando los acuerdos y las prácticas concertadas más allá del derecho positivo y solo cómo fenómenos sociales, ¿es distinto un acuerdo ejecutado de una práctica concertada? Black cree que sí. Por un lado, puede haber una práctica concertada sin que exista un acuerdo pues puede haber acción conjunta sin que X se comprometa a hacer Ax ni que Y se comprometa a hacer Ay: puede incluso ser el caso que las partes explícitamente afirmen que no se están comprometiendo y que entonces dependen el uno en el otro asumiendo tal riesgo<sup>79</sup>. Por otro lado, no toda acción en cumplimiento de un acuerdo consiste en una práctica concertada. Así, por ejemplo, es falso que todo cumplimiento de un acuerdo implique confianza y dependencia mutua, pues podría ser el caso que X no confíe en que Y realizará su parte del trato, pues sospecha que por una razón cualquiera éste no puede cumplir<sup>80</sup>.

<sup>74</sup> BLACK (2008), p. 116.

<sup>75</sup> BLACK (2008), p. 116.

<sup>76</sup> BLACK (2005a), p. 158.

<sup>77</sup> BLACK (2005a), p. 155. Con ulteriores ajustes en: BLACK (2005b), pp. 341-346.

<sup>78</sup> Una concepción similar es la de Odudu, quien afirma que lo característico de una práctica concertada sería que es una técnica para reducir la incertidumbre respecto del futuro y la conducta de los otros. Así, una práctica concertada permitiría a los competidores actuar con mayor conocimiento y expectativas respecto de otras empresas que las que normalmente tendrían. Justamente el énfasis estaría dado en las técnicas que se usan para reducir la incertidumbre, cosa que incluye contactos entre empresas respecto de sus acciones futuras para así disminuir la incertidumbre. ODUDU (2006), pp. 82-83. En todo caso, si bien la visión de Odudu es similar a la de Black, no es asimilable a ésta debido a que no llega al mismo nivel de especificidad que este último. Aún más, no es asimilable puesto que Odudu es de la opinión de que los acuerdos y las prácticas concertadas tienen la misma naturaleza y solo se pueden distinguir entre sí por su intensidad y las formas en que se manifiestan. ODUDU (2006), pp. 95-96.

<sup>79</sup> BLACK (2005a), p. 155.

<sup>80</sup> BLACK (2005a), p. 155. Se puede ver un desarrollo más detallado y esquemático de este punto en BLACK (2005a), p. 150.

Dicho lo anterior, es importante destacar que si bien habrá casos en que la evidencia circunstancial de las comunicaciones podrá servir para indicar la presencia ya sea, de un acuerdo, ya sea, de una práctica concertada, también habrá casos en que lo anterior no será cierto, sino que la evidencia a lo sumo podrá demostrar la presencia de una práctica concertada. Uno de estos casos, según Page, es el caso Foley. Aquí, a partir de la evidencia de comunicaciones y acción interdependiente de competidores solo era razonable inferir que había una práctica concertada (acuerdo tácito, en los términos de Page)<sup>81</sup>. En este caso los acusados eran agentes inmobiliarios que querían aumentar su comisión desde un 6 a un 7%, pero no se atrevían a hacer aquello porque el actuar competitivo de los otros corredores de propiedades haría tal alza inefectiva. Por lo anterior, un corredor llamado Foley convocó una reunión en que afirmó que su empresa estaba en un pésimo estado financiero, y anunció que subiría su comisión de un 6 a un 7%. Agregó que no le importaba lo que hiciera el resto. Después de eso cada uno de los corredores de las otras empresas comunicó que tomaría acciones en la misma línea. Además, en la conversación se mencionó que en una instancia previa otro corredor había intentado el mismo alza, pero que la competencia por parte del resto lo hizo fracasar, por lo que era evidente para todos los allí presentes que la cooperación era esencial. Después de esta reunión los corredores efectivamente pasaron a cobrar comisiones de 7%. Todo lo anterior ocurrió teniendo los presentes en la reunión especial cuidado en evitar realizar un acuerdo expreso: no se hicieron promesas, sino que se limitaron a expresar sus intenciones<sup>82</sup>. Pero los allí presentes sabían por su experiencia previa que todos debían cooperar para que la operación fuera exitosa, y luego realizaron acciones congruentes con sus declaraciones de intención de subir las comisiones<sup>83</sup>. A este respecto, es crucial notar que se pudo lograr tal consenso sin llegar a un acuerdo, lo que demuestra que la distinción entre acuerdos y prácticas concertadas sí se sostiene. Dicho aquello, una cuestión crucial tiene que ver con en el tipo de comunicación que hace posible afirmar que estamos ante una práctica concertada. A esto se dedica la próxima sección.

### 3.5. La comunicación como factor central de una práctica concertada

Un buen intérprete de Oliver Black es William Page, quien tiene una serie de trabajos donde aplica la teoría de Black sobre las prácticas concertadas a la jurisprudencia estadounidense<sup>84</sup>. Por lo anterior, su trabajo puede ser un útil insumo a la hora de demostrar cómo el concepto de prácticas concertadas aquí adoptado “no está en el aire” sino que es aplicable al trájín jurídico del día a día.

Según Page, el punto crítico de la teoría de Black a la hora de evaluar si una conducta paralela es también una práctica concertada es si la dependencia y confianza mutua (*mutual reliance*), creencia y conocimiento que acompañan a las acciones de las partes fueron adquiridas al menos en parte mediante comunicación entre rivales<sup>85</sup>. Y, a este respecto, la comunicación toma diferentes formas que incluye: comunicaciones indirectas (que son mediadas por un tercero), comunicación inespecífica (que implica que alguien realiza un anuncio general) comunicación implícita (donde el oyente debe hacer complejas inferencias para entender el significado de lo que dice el hablante) y comunicación no lingüística (como un guiño)<sup>86</sup>.

Pero más allá de esto, lo que Page rescata de Black es que para éste una práctica concertada involucra una comunicación que va seguida de acción paralela<sup>87</sup>, lo que resuelve una de las cuestiones más desafiantes del antitrust contemporáneo, esto es, identificar bajo qué

---

<sup>81</sup> PAGE (2017), pp. 610-611.

<sup>82</sup> Corte de Apelaciones de EE.UU., cuarto circuito: “United States of America, appellee v. John P. Foley, jr., and Jack Foley” (1979), párrafo 1332.

<sup>83</sup> PAGE (2017), pp. 614-615.

<sup>84</sup> PAGE (2007) pp. 405-460; PAGE (2017), pp. 593-639; PAGE (2008), pp. 23-45; PAGE (2013), pp. 215-251; entre otros múltiples trabajos.

<sup>85</sup> PAGE (2007), p. 427.

<sup>86</sup> PAGE (2007), p. 427.

<sup>87</sup> PAGE (2007), p. 428.

condiciones un actuar paralelo cuenta como una actuación concertada<sup>88</sup>. Así, los elementos esenciales son los siguientes: a) un comportamiento uniforme que es interdependiente, b) comunicaciones antecedentes a este comportamiento que transmitan la intención del rival, sin llegar a que haya un intercambio de compromisos recíprocos (*assurances*) y c) una relación de causalidad entre a) y b)<sup>89</sup>. Por lo anterior, el órgano persecutor debe alegar que la conducta del acusado sugiere coordinación mediante algo más que la mera interdependencia de forma que la acusación incluya algún tipo de comunicación entre los competidores<sup>90</sup>. Así, esta categoría implica que las cortes puedan sancionar como hipótesis de colusión no solo los acuerdos, sino también ciertos intercambios de información que derivan en actuación interdependiente.

Respecto de esto último, una crítica que se dirige a la postura de Black es que incluir la comunicación de las intenciones y la dependencia y confianza mutua en la definición de prácticas concertadas no nos dice qué tipo de comunicación satisface la definición ni qué tipo de evidencia sería suficiente para probar las comunicaciones pertinentes<sup>91</sup>. De hecho, el mismo Page ofrece una visión sobre qué tipo de evidencia sería suficiente<sup>92</sup>, donde las dos variables críticas son la audiencia de las comunicaciones y el contenido de tales comunicaciones<sup>93</sup>. Así, las cortes serían más propensas a calificar una determinada conducta como práctica concertada cuando la comunicación es privada (solo entre competidores) antes que pública, y cuando se refiere a las condiciones competitivas futuras antes que las presentes<sup>94</sup>. Además, las comunicaciones realizadas por personas con poder de decisión respecto de variables competitivas críticas tendrían mayor poder probatorio que las comunicaciones que no fueran realizadas por ellas<sup>95</sup>.

A la luz de lo anterior, se vuelve aún más claro el rol crucial que tiene la comunicación que hace posible la actuación interdependiente de diversos agentes de mercados. Dentro de las figuras que se utilizan para analizar esto contamos con las prácticas facilitadoras (*facilitating practices*)<sup>96</sup>. Estas consisten de acciones que diversos competidores realizan para hacer la coordinación anticompetitiva más fácil, sin que sea necesario un acuerdo<sup>97</sup>. Esto, sobre todo para superar dificultades estructurales que tienen ciertos mercados que dificultan una interdependencia oligopolística<sup>98</sup>. Así, la idea central es que una coordinación exitosa entre empresas no sería posible sin que una de estas tomara estas acciones que facilitan la interdependencia oligopolística<sup>99</sup>, ya sea al hacer más transparente para los competidores las condiciones de mercado, ya sea al hacer más fácil la toma de medidas que busquen sancionar los desvíos respecto de un esquema colusorio. Y este podría ser el caso, por ejemplo, de anuncios públicos sobre el precio que se pretende tener en el futuro para así invitar a la contraparte a entrar en una relación de interdependencia oligopolística<sup>100</sup>, o el caso de mecanismos mediante los cuales se comparten los precios<sup>101</sup>, entre otras opciones<sup>102</sup>. Así, ante todo se trata de transmitir información indirectamente y sin llegar a un acuerdo, pero que facilita

---

<sup>88</sup> PAGE (2007), p. 407.

<sup>89</sup> PAGE (2017), p. 608.

<sup>90</sup> PAGE (2017), p. 602.

<sup>91</sup> DEL MAR (2011), p. 118. Sobre qué tipo de evidencia incluir también se puede consultar: TAPIA (2009), pp. 53 y ss.

<sup>92</sup> La versión más actualizada de esto puede encontrarse en PAGE (2017), pp. 611 y ss. Otra opinión sobre este mismo asunto se encuentra en ZHENG (2019), pp. 418 y ss.

<sup>93</sup> PAGE (2017), pp. 611 y ss.

<sup>94</sup> PAGE (2017), pp. 611 y ss.

<sup>95</sup> PAGE (2017), pp. 611 y ss. Un análisis de estos factores se puede encontrar en: OECD SECRETARIAT (2012), pp. 24 y ss.

<sup>96</sup> A este respecto, como señala el resumen ejecutivo preparado por la OCDE respecto de la interpretación a nivel comparado de las prácticas facilitadoras, las autoridades de libre competencia a menudo se han apoyado en el concepto de acuerdo o de prácticas concertadas para sancionarlas. OECD SECRETARIAT (2012), p. 12. A este respecto, dada la delimitación esbozada más arriba, creo que se debe encuadrar las prácticas facilitadoras como parte de la comunicación que, dentro de la figura de las prácticas concertadas, hace posible la actuación interdependiente. En particular, este ha sido la opción por la que se ha decantado la Unión Europea (OECD SECRETARIAT (2012), p. 14), lo que tiene sentido, ya que estos tienen explícitamente en su legislación la figura de prácticas concertadas.

<sup>97</sup> HAY (2006), p. 896.

<sup>98</sup> ZHENG (2019), p. 410.

<sup>99</sup> HAY (2006), p. 900.

<sup>100</sup> HAY (2006), p. 900.

<sup>101</sup> ZHENG (2019), p. 435.

<sup>102</sup> Ver también: SHAMIR Y SHAMIR (2015), p. 649.

la interdependencia oligopolística. De esta manera, según Hay, el objetivo de esta figura es llenar la laguna de punición que hay entre los acuerdos anticompetitivos y una pura interdependencia oligopolística<sup>103</sup>.

Dicho todo lo anterior, la figura de prácticas concertadas también cubre los casos en que hay evidencia de comunicación constante, pero no hay mayor especificidad en cuanto al contenido de tales comunicaciones. En casos como este, la categoría de prácticas concertadas puede llevar a que la evidencia de comunicación sea suficiente para inferir que hubo una práctica concertada<sup>104</sup>. Esto, pues bajo este concepto de prácticas concertadas no es necesario producir evidencia de comunicaciones específicas para condenar mientras haya evidencia circunstancial que permita inferir que existió comunicación<sup>105</sup>.

Y, aún más, la categoría de prácticas concertadas podría servir para sancionar incluso a quienes no han realizado declaraciones verbales de voluntad, es decir, no han manifestado a sus competidores cómo irán a actuar. Este sería el caso, según Page, de un competidor que asiste en silencio a varias reuniones donde el resto manifiesta su intención de actuar de cierta forma (poniendo cierto precio, por ejemplo), y luego todos (incluyendo a quien guardó silencio) actúan de forma coincidente<sup>106</sup>. Así *“el intercambio directo de precios entre firmas rivales es considerado ilícito, aun cuando sólo una de las firmas provea de tal información a otra”*<sup>107</sup>. Como expresa el Secretariado de la OCDE en su resumen ejecutivo sobre las prácticas facilitadoras, una revelación recíproca de información no es una condición necesaria para afirmar que se realizó un ilícito anticompetitivo, si bien sí es necesario demostrar que el recipiente de una señal de intención colusiva la entendió y reaccionó actuando de manera interdependiente. Así, el mero silencio frente a una práctica facilitadora puede indicar que se ha aceptado participar de un esquema colusorio, por lo que se ha exigido que haya un distanciamiento público de tal esquema para evitar una sanción<sup>108</sup>.

Antes de terminar, debemos hacer una salvedad: deberíamos dejar de usar el término “acuerdos tácitos”, al menos en su acepción técnica, dado lo equívoco que es. Son más claros los términos “prácticas concertadas” o “acción concertada” en tanto no evocan la errónea tesis de que lo que distingue a los acuerdos de las prácticas concertadas es el tipo de evidencia que se puede invocar.

En última instancia, si se opta por no desechar el término “acuerdo tácito”, al menos deberíamos interpretarlo según su uso ordinario. A esto se acerca la aproximación del derecho privado. En esta rama del derecho, los contratos o convenciones nacen cuando las partes se ponen de acuerdo<sup>109</sup>, siendo necesario para que este consentimiento se forme que haya una oferta por parte de una persona que sea aceptada por la otra<sup>110</sup>. A este respecto, hay oferta expresa y tácita<sup>111</sup>. Por un lado, la oferta expresa se hará valer *“de cualquier modo que traduzca esa voluntad: verbalmente (art. 97 Código de Comercio) o por escrito (art. 98 Código de Comercio), valiéndose de un medio mecánico que revele fielmente esa expresión; por sí o por mandatario o mensajero, etc”*<sup>112</sup>. Por otro lado, una oferta tácita supone que *“el proponente ejecuta un hecho que demuestre en forma inequívoca su voluntad de celebrar un contrato*

---

<sup>103</sup> HAY (2006), p. 896.

<sup>104</sup> PAGE (2017), pp. 610-611.

<sup>105</sup> PAGE (2007), p. 409. Respecto de esto último tienen gran importancia los plus factors que permitan inferir tal coordinación. PAGE (2013), p. 227. Sobre los plus factors, ver: GRUNBERG (2017), pp. 39 y ss.

<sup>106</sup> PAGE (2007), p. 445. Al decir de Tapia: *“en el derecho europeo la regla es que deben adoptarse acciones positivas para evitar participar en tales intercambios. No es suficiente que los términos del acuerdo no sean acatados o guardar silencio al momento de la adopción de una acción concertada: las firmas deben “distanciarse públicamente” de tomar parte en las reuniones que llevan al acuerdo. De lo contrario, la participación de una firma en la reunión sin distanciarse públicamente de lo discutido puede dar a entender a las demás que aquella concuerda y cumplirá con lo decidido. El mensaje es claro: si un ejecutivo asiste a una reunión con sus competidores en la cual éstos comienzan a discutir sobre precios, debe pararse de su asiento, despedirse cordialmente (“lo valiente no quita lo cortés”) y retirarse”*. TAPIA (2009), p. 54.

<sup>107</sup> TAPIA (2009), p. 54.

<sup>108</sup> OECD SECRETARIAT (2012), p. 13.

<sup>109</sup> ALESSANDRI (1991), p. 67.

<sup>110</sup> ALESSANDRI (1991), p. 69.

<sup>111</sup> ALESSANDRI (1991), p. 77.

<sup>112</sup> ALESSANDRI (1991), p. 77.

determinado”<sup>113</sup>. Y lo anterior también vale respecto de la aceptación, la cual también podrá ser expresa o tácita<sup>114</sup>. Todo lo anterior debiese aplicar (*mutatis mutandis*) en el caso de los acuerdos colusorios.

#### 4. Las prácticas concertadas en su variante hub & spoke y el Caso Supermercados. Una aplicación del modelo

La creciente fiscalización y sanción de las prácticas anticompetitivas que hemos visto en los últimos años ha empujado a que las empresas que infringen la ley realicen acciones cada vez más novedosas. Así, ahora hay más comunicación e intercambio de señales de tipo indirecto, antes que los típicos casos de comunicación directa en esquemas colusorios<sup>115</sup>. En relación a lo anterior, una de las alternativas que tiene una empresa con ánimo colusivo para comunicarse indirectamente es compartir información verticalmente con un proveedor o distribuidor que ella y más competidores tienen en común con tal de que este filtre la información y haga posible un esquema colusorio<sup>116</sup>.

Una de las formas en que esta colusión horizontal verticalmente mediada ocurre es mediante la modalidad de colusión *hub & spoke*. En estos casos, hay un intermediario que se comunica directamente con cada uno de los competidores y coordina entre estos un entendimiento anticompetitivo, sin que los competidores se lleguen a comunicar directamente<sup>117</sup>. Así, bajo esta modalidad de colusión: a) dos o más proveedores se coluden a través de un distribuidor o b) dos o más distribuidores se coluden mediante un proveedor<sup>118</sup>.

A este respecto, tiene sentido tratar al menos algunos casos de colusión *hub and spoke*, como el caso *Interstate Circuit*, como prácticas concertadas. En este caso un representante de *Interstate Circuit*, una cadena de cines exhibidores de primera instancia (*first run movie theaters*), escribió una carta a todos los distribuidores de películas exigiendo que obligaran a los exhibidores de películas de segunda instancia<sup>119</sup> a que subieran sus precios y no funcionaran bajo la modalidad de doble programa<sup>120</sup>. En este caso, todos los distribuidores aceptaron en gran medida las demandas de los circuitos exhibidores de primera instancia y rechazaron los de segunda instancia<sup>121</sup>. Frente a esto, la Corte Suprema de EE.UU. afirmó que se podía inferir que los distribuidores habían conspirado si bien no había evidencia que demostrara comunicaciones directas entre ellos. Aún más, afirmó que incluso si no se comunicaron directamente, sus acciones uniformes e interdependientes en respuesta a la invitación a participar de tal arreglo era suficiente para afirmar que había una colusión<sup>122</sup>. En palabras de Page, “*los rivales aceptaron una propuesta común de parte de un socio comercial, así reduciendo la competencia*”<sup>123</sup>.

Es importante notar del anterior caso que acuerdos verticales pueden servir una función similar a la comunicación directa de intenciones entre rivales, y que estos acuerdos verticales pueden coordinar la respuesta interdependiente de ciertos competidores dentro de un mismo mercado al proveer de información estratégica a actores que saben que aquella misma información está siendo entregada a sus competidores. Y es crucial que aquí el patrón de

---

<sup>113</sup> ALESSANDRI (1991), p. 77.

<sup>114</sup> ALESSANDRI (1991), p. 78.

<sup>115</sup> SHAMIR Y SHAMIR (2015), p. 625.

<sup>116</sup> SHAMIR Y SHAMIR (2015), p. 629.

<sup>117</sup> HAY (2006), p. 882.

<sup>118</sup> GRUNBERG (2017), pp. 26 y ss.

<sup>119</sup> Distinción correspondiente a una modalidad de exhibición cinematográfica anteriormente vigente en EE.UU. Exhibidores de película de primera instancia (*First-run theater*): un cine que principalmente exhibe filmes de las grandes empresas audiovisuales y las grandes distribuidoras, durante el periodo en que recién se estrena cierta película. Exhibidores de película de segunda instancia (*second-run or discount theater*): un cine que principalmente reproduce filmes que ya fueron mostradas en un exhibidor de películas de primera instancia, y que lo hace a un menor precio.

<sup>120</sup> Doble programa (*double feature*): un fenómeno de la industria cinematográfica en que un cine muestra dos películas por el precio de una.

<sup>121</sup> Corte Suprema de EE.UU. Caso “*Interstate Circuit, Inc. v. United States*” (1939) pp. 216-218.

<sup>122</sup> PAGE (2017), p. 622. Ver un análisis de este caso en HAY (2006), p. 882.

<sup>123</sup> PAGE (2017), p. 622.

respuestas difiere de la simple interdependencia, dado que la forma de comunicación a cada uno de los proveedores aguas arriba, identificando a todos los otros receptores de dicha información sirve una función similar a la comunicación horizontal de una propuesta colusiva<sup>124</sup>.

A este respecto, el caso supermercados puede ser tratado como una hipótesis de lo anterior. Con justa razón el TDLC afirmó que lo central era determinar si acaso *“se trata de un acuerdo colusorio conocido como “hub & spoke”, es decir, una situación en que una firma (el “hub” o “centro”) mantiene varios acuerdos verticales separados con firmas que son aparentemente competidoras entre sí (los “spokes” o “rayos”), pero que en realidad mantienen un acuerdo implícito entre ellas.”*<sup>125</sup>

A este respecto, como vimos hacia el comienzo, *“la conducta desplegada por las cadenas consistió en la mantención de un precio mínimo de reventa del pollo fresco, en el entendido que las demás cadenas también actuarían de la misma forma, y que cualquier conducta distinta podría ser “sancionada”.*<sup>126</sup> Con todo, bajo este modelo la cuestión crucial es cómo se llegó a este entendido, y si fue mediante comunicación entre los diversos competidores. A este respecto, el TDLC insistió en que *“lo relevante consiste, entonces, en establecer cuándo un acuerdo meramente vertical (es decir, entre firmas que participan en diferentes niveles de una cadena de distribución), que puede ser legal o contrario a derecho dependiendo de las circunstancias, pasa a configurar uno de tipo horizontal (es decir, entre competidores), de naturaleza ilegal. Para ello se requiere acudir a elementos adicionales que permitan inferir una coordinación horizontal”*<sup>127</sup>. Es decir, se debe establecer como se configuró la comunicación horizontal que necesariamente debe haber para poder sancionar esta conducta. Y, a este respecto, la sentencia estableció que en *“el presente caso y atendida la naturaleza del acuerdo, la conducta acusada se infiere de la actuación de las partes, la cual fue materializada en comunicaciones entre cada una de ellas y los proveedores, principalmente a través de correos electrónicos”*<sup>128</sup>. Así, el TDLC tuvo por cierto que *“las tres cadenas requeridas adhirieron a una regla de comportamiento consistente en una restricción vertical de vender a un precio mínimo el pollo fresco en sus diversos locales. Además, la adhesión estaba condicionada al hecho que el resto de ellas también lo hiciera, lo cual se concluye especialmente al observar que cada supermercado exigió a los proveedores el cumplimiento de la regla por parte de sus competidores”*<sup>129</sup>.

Así, por lo anterior, este caso terminó siendo uno en que, no habiendo un acuerdo, sí hubo una práctica concertada. Esto, pues diversos supermercados actuaron interdependientemente, siendo tal comportamiento explicado por comunicación entre estos que fue intermediada verticalmente por los proveedores de pollo. Todo esto, bajo un esquema de *hub & spoke*.

## 5. Conclusión

Dado lo anterior, podemos ahora repasar la distinción entre los siguientes elementos: un acuerdo, la puesta en práctica de un acuerdo, y una práctica concertada. Por un lado, un acuerdo consistiría en el intercambio de una oferta y una aceptación, y su ejecución consistiría en la realización del contenido de ese acuerdo. Por otro lado, respecto de las prácticas concertadas, podríamos distinguir entre una concepción general y una concepción especial. La concepción general podría ser aquella entregada por Page, concepción según la cual una práctica concertada involucra comunicación que va seguida de acción paralela. La concepción especial, a la cual podríamos acudir cuando tuviéramos mayores dudas, sería la de Black que contiene las 10 condiciones indicadas más arriba. Por último, sería bueno desechar el término “acuerdos

---

<sup>124</sup> PAGE (2017), p. 624.

<sup>125</sup> TDLC, Rol N° 167, de 28 de febrero de 2019, considerando décimo séptimo.

<sup>126</sup> TDLC, Rol N° 167, de 28 de febrero de 2019, considerando cuarto.

<sup>127</sup> TDLC, Rol N° 167, de 28 de febrero de 2019, considerando décimo quinto.

<sup>128</sup> TDLC, Rol N° 167, de 28 de febrero de 2019, considerando sexagésimo octavo.

<sup>129</sup> TDLC, Rol N° 167, de 28 de febrero de 2019, considerando nonagésimo tercero.

tácitos” o utilizarlo de acuerdo con su acepción natural o de derecho privado antes que bajo su acepción técnica.

Dicho todo lo anterior, vale la pena notar que al afirmar que la distinción entre acuerdos y prácticas concertadas “está superada” y al no tomar en cuenta el tenor literal, se generan problemas en cuanto se pierde claridad en lo relativo a lo que se sanciona, y por ello se arriesga sancionar menos conductas en sede administrativa que las que se debería sancionar. Sin claridad conceptual respecto de qué es un acuerdo y qué es una práctica concertada pareciera que se está actuando como el intuicionista Juez Stewart, quien ante la necesidad de decidir si algo contaba como pornografía hard-core tan solo afirmó “*no trataré hoy de definir el tipo de material que entiendo que cae bajo tal definición, y quizás nunca logre hacerlo de manera inteligible. Pero cuando lo veo lo reconozco*”<sup>130</sup>.

#### BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, ARTURO (1991): *De Los Contratos* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- ARAYA, FERNANDO (2015): “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”, en: *Revista Chilena de Derecho Privado* (Nº 24), pp. 233-250.
- ARTAZA, OSVALDO; BELMONTE, MATÍAS y ACEVEDO, GERMÁN (2018): “El delito de colusión en Chile: Propuesta analítica de la conducta prohibida a través de su interpretación como un acuerdo anticompetitivo”, en: *Revista Ius et Praxis* (Vol. 24, Nº 2), pp. 339-366.
- ARTAZA, OSVALDO; SANTELICES, VÍCTOR y BELMONTE, MATÍAS (2020): *El delito de Colusión* (Valencia, Tirant lo Blanch).
- BLACK, OLIVER (2005a): *Conceptual Foundations of Antitrust* (Cambridge, Cambridge University Press).
- BLACK, OLIVER (2005b): “Communication, Concerted Practices and the Oligopoly Problem”, en: *European Competition Journal* (Vol. 1, Nº 2), pp. 341-346.
- BLACK, OLIVER (2008): “Agreement: Concurrence of Wills, or Offer and Acceptance?”, en: *European Competition Journal* (Vol. 4, Nº 1), pp. 103-125.
- DE MIRANDA, CARLOS (2015): “Prueba directa vs prueba indirecta (un conflicto inexistente)”, en: *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho* (Nº 38), pp. 73-100.
- DEL MAR, MAKSYMILIAN (2011): “Concerted practices and the presence of obligations: joint action in competition law and social philosophy”, en: *Law and Philosophy* (Nº 30), pp. 105-140.
- DWORKIN, RONALD (2011): *Justice for Hedgehogs* (Cambridge-Massachusetts, The Belknap Press of Harvard University Press).
- EZQUIAGA, FRANCISCO (1994): “Argumentos interpretativos y postulado del legislador racional”, en: *Isonomía: Revista de teoría y filosofía del derecho* (Nº 1), pp. 70-99.
- FRENZ, WALTER (2016): *Handbook of EU Competition Law* (Traducc. Craig R. Aird, Heidelberg New York Dordrecht London, Springer).
- GRUNBERG, JORGE y MONTT, SANTIAGO (2017): “La Prueba de la Colusión”, en: Belmar T., Felipe y Chible, Pía (Eds.), *Reflexiones Sobre el Derecho De la Libre Competencia: Informes en Derecho Solicitados por la Fiscalía Nacional Económica (2010 - 2017)* (Santiago, Ediciones de la Fiscalía Nacional Económica), pp. 305-383.

---

<sup>130</sup> “*I shall not today attempt further to define the kinds of material I understand to be embraced within that shorthand description, and perhaps I could never succeed in intelligibly doing so. But I know it when I see it*”. Corte Suprema de EE.UU (1964). *Jacobellis v. Ohio* (1964), p. 197.

GRUNBERG, JORGE (2017): "Los Acuerdos y las Prácticas Concertadas como medios para cometer el ilícito de Colusión y las Colusiones Hub and Spoke", en: Belmar T., Felipe y Chible, Pía (Eds.), *Reflexiones Sobre el Derecho De la Libre Competencia: Informes en Derecho Solicitados por la Fiscalía Nacional Económica (2010 - 2017)* (Santiago, Ediciones de la Fiscalía Nacional Económica), pp. 15-52.

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 105*, pp. 1-24. Disponible en: [http://scholarship.law.cornell.edu/clsops\\_papers/105](http://scholarship.law.cornell.edu/clsops_papers/105) [visitado el 05 de septiembre de 2021].

HERNÁNDEZ, HÉCTOR (2016a): "Informe en Derecho C-304-2016". Disponible en: [https://consultas.tdlc.cl/do\\_search?proc=3&idCausa=42033](https://consultas.tdlc.cl/do_search?proc=3&idCausa=42033) [visitado el 05 de septiembre de 2021].

HERNÁNDEZ, HÉCTOR (2016b): "La inconveniente exigencia de un acto funcionario determinado como contraprestación en el delito de cohecho", en: *Revista de Ciencias Penales* (Vol. 43, Nº 4): pp. 15-27.

NINO, CARLOS (1986): *Consideraciones sobre la Dogmática Jurídica (con referencia particular a la dogmática penal)* (México, Universidad Nacional Autónoma de México).

MORALES, JOAQUÍN y JUPPET, MARÍA FERNANDA (2018): *La colusión en Chile, Análisis Doctrinario y Jurisprudencial* (Santiago, Thomson Reuters).

WALKER, AGUSTÍN (2020): "Criminalización de la colusión y delación compensada: Elementos para un análisis riguroso de la persecución penal de carteles", en: *Revista de Estudios de Justicia* (Nº 33), pp. 131-166.

OECD SECRETARIAT (2012): "Policy Roundtables Unilateral Disclosure of Information with Anticompetitive Effects". Disponible en: <https://www.oecd.org/daf/competition/Unilateraldisclosureofinformation2012.pdf> [visitado el 05 de septiembre de 2021].

ODUDU, OKEOGHENE (2006): *The Boundaries of EC Competition Law: The Scope of Article 81* (Oxford, Oxford University Press).

HERNÁNDEZ, HÉCTOR (2016b): "La inconveniente exigencia de un acto funcionario determinado como contraprestación en el delito de cohecho", en: *Revista de Ciencias Penales* (Vol. 43, Nº 4), pp. 15-27.

MAÑALICH, JUAN PABLO (2015): "La imputación de la adopción de un acuerdo colusorio bajo el derecho de la libre competencia. Informe en Derecho en Rol C-292-2015". Disponible en: [https://consultas.tdlc.cl/do\\_search?proc=3&idCausa=41292](https://consultas.tdlc.cl/do_search?proc=3&idCausa=41292) [visitado el 10 de octubre de 2021].

PAGE, WILLIAM (2007): "Communication and concerted action", en: *Loyola University Chicago Law Journal* (Nº 38), pp. 405-460.

PAGE, WILLIAM (2010): "Facilitating Practices and Concerted Action Under Section 1 of the Sherman Act", en: Hylton, K. (Eds.), *Antitrust Law and Economics* (Cheltenham, Edward Elgar Publishing), pp. 23-45.

PAGE, WILLIAM (2013): "Objective and subjective theories of concerted action", en: *Antitrust Law Journal* (Vol. 79, Nº 1), pp. 215-251.

PAGE, WILLIAM (2017): "Tacit Agreement Under Section 1 of the Sherman Act", en: *Antitrust Law Journal* (Nº 593), pp. 593-639.

SCRUTON, ROGER (1995): From Descartes to Wittgenstein: a short history of modern philosophy (Londres, Routledge & Kegan Paul).

SHAMIR, JULIA y SHAMI, NOAM (2015): "Colluding Under The Radar: Achieving Collusion Through Vertical Exchange of Information", en: Cleveland State Law Review (Vol. 63), pp. 621-674.

SIMON FRASER UNIVERSITY (s.f.): "Encyclopaedia Herder Online, s.v. "Extensión/Intensión"". Disponible en: <https://www.lib.sfu.ca/help/cite-write/citation-style-guides/chicago/encyclopedias-dictionaries> [visitado el 16 de junio de 2021].

TAPIA, JAVIER (2009): "Horizontal Anticompetitive Agreements (Carácter Anticompetitivo de los Acuerdos Restrictivos de la Competencia)", en: Montt, S. y Nehme, N. (Eds). Libre Competencia y Retail (Santiago, Legal Publishing), pp. 1-71. Disponible en: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1440695](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1440695) [visitado el 10 de octubre de 2021].

VALDÉS, DOMINGO (2016): "Informe en derecho: acerca de una supuesta práctica concertada. Informe en Derecho en Rol C-304-2016". Disponible en: [https://consultas.tdlc.cl/do\\_search?proc=3&idCausa=42033](https://consultas.tdlc.cl/do_search?proc=3&idCausa=42033) [visitado el 10 de septiembre de 2021].

ZHENG, WENTONG (2019). "A Knowledge Theory of Tacit Agreement", en: Harvard Business Law Review (Vol. 9), pp. 399-438.

#### JURISPRUDENCIA CITADA

INTERSTATE CIRCUIT, INC. v. UNITED STATES (1939): Corte Suprema de EE.UU. en: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/306/208/>

JACOBELLIS v. OHIO (1964): Corte Suprema de EE.UU. en: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/378/184/>

UNITED STATES OF AMERICA, APPELLEE v. JOHN P. FOLEY, JR., AND JACK FOLEY" (1979): Corte de Apelaciones de EE.UU., cuarto circuito. en: <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/598/1323/257018/>

FNE CON CENCOSUD, SMU Y WALMART (2019): TDLC 28 de febrero de 2019 (sede contenciosa), en: [https://www.tdlc.cl/wp-content/uploads/sentencias/Sentencia\\_167\\_2019.pdf](https://www.tdlc.cl/wp-content/uploads/sentencias/Sentencia_167_2019.pdf)

FNE CON CENCOSUD, SMU Y WALMART (2020): Corte Suprema 8 de abril de 2020 (sede contenciosa), en: <https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2020/04/Corte-Suprema-9361-2019.pdf>

#### NORMAS JURÍDICAS CITADAS

DECRETO LEY Nº 211, Fija normas para la defensa de la libre competencia. Diario Oficial, 22 de diciembre de 1973.

TRATADO DE FUNCIONAMIENTO DE LA UNIÓN EUROPEA. 1 de diciembre de 2009 en su versión actualmente vigente.