

**Gonzalo
García
Palominos***

Universidad de los
Andes, Chile

ggarcia@uandes.cl

**Javier Tapia
Canales****

jtapia02@gmail.com

Recibido: 06.12.22

Aceptado: 13.01.23

El injusto del delito de colusión del art. 62 DL. 211: una reconstrucción desde la accesoriad administrativa***

Criminal unjust of Collusion, art. 62 DL. 211: a reconstruction from administrative accessory

Resumen: El artículo ofrece una reconstrucción sistemática del injusto del delito de colusión del art. 62 DL. 211, a partir de consideraciones de la teoría de las normas y de accesoriad administrativa del derecho penal. Para eso analiza el contenido de la norma administrativa del art. 3 del DL. 211 y, luego, la selección de conductas del derecho penal y sus particularidades.

Palabras clave: DL. 211; colusión; accesoriad administrativa del derecho penal; derecho de la libre competencia.

Abstract: The article offers a systematic reconstruction of Collusion's Criminal unjust, art. 62 DL. 211, from the theory of norms and the accessory nature of criminal law. For that, it analyzes the administrative norm content of art. 3 of the DL. 211 and the selection of criminal law behaviors and their particularities.

Keywords: DL 211; Collusion; administrative accessory; competition law.

La Ley N°20.945 de 2016 reintrodujo en el art 62 del DL. 211 el tipo penal de "colusión". Se trató de un cambio sustantivo que no solo significó el cambio de una estrategia preventiva radicada exclusivamente en el derecho administrativo sancionador (regulatorio) a una que suma al derecho penal (de manera limitada y fragmentaria), sino que además a una que reformuló el contenido de la norma de conducta administrativa (art. 3°, letra a. del DL. 211). Este nuevo sistema y técnica de tipificación *ad hoc* elegida por el legislador, adopta ciertas características especiales que generan desafíos necesarios de analizar y solucionar.

El presente artículo busca explicar el contenido material

del "injusto" del delito de colusión y su configuración típica. Para aquello el artículo se divide en tres partes. Una primera parte, tiene por objetivo determinar el contenido del ilícito administrativo de la colusión que sirve de base al penal (*infra* 1.); una segunda parte tiene por objetivo tomar posición respecto a la discusión eminentemente dogmático-penal, relativa al bien jurídico protegido y la lesividad social (*infra* 2.); finalmente, este trabajo propone una interpretación de los elementos objetivos del tipo legal del art. 62 DL. 211 y criterios de imputación general, sin pretensiones de formular o proponer consideraciones de política regulatoria ni criminal (*infra* 3.).

* Doctor en Derecho *Albert-Ludwigs-Universität Freiburg* (Alemania).

** Doctor en Derecho *University College London* (Reino Unido). Magíster *London School of Economics*.

*** Este artículo es parte de un trabajo más amplio desarrollado por los autores en conjunto al Prof. Jorge Grunberg, por lo que utiliza con la autorización respectiva, análisis que provienen de dichos estudios científicos previos. Valgan los agradecimientos para él. Los autores agradecen también a la ayudante de la cátedra de Derecho Penal de la Universidad de los Andes, Macarena Griffin por sus valiosos la revisión formal al manuscrito.

1. Accesoriedad administrativa: relación entre la norma de conducta del art. 3 DL. 211 y el tipo penal del art. 62 del DL. 211

1.1. Cuestiones generales

La propuesta dogmática que acá se desarrollará parte del supuesto teórico de que el derecho penal protege bienes jurídicos de especial relevancia social, en la medida que protege, a su vez, la validez de la norma de conducta extrapenal que ha sido diseñada por el legislador como una regla de comportamiento dirigida al ciudadano y que limita su libertad de decisión con dicho objetivo protector (Rudolphi, 1997; Kindhäuser, 1989; Vogel, 1993). Solo a modo de presupuesto inicial para el análisis penal, es necesario reconocer que el tipo penal del art. 62 del DL. 211 selecciona dentro de las reglas de interacción institucional —fundadas primariamente en consideraciones de eficiencia económica en el art. 3 DL. 211— aquellas merecedoras de pena por razones ético-sociales (sobre la accesoriedad administrativa Frisch, 1988, pp. 112-113).

1.2. Estrategias regulativas en el derecho administrativo y libre competencia

(aa) La competencia económica representa un interés organizado y protegido esencialmente porque constituye un instrumento conductor y “vertebrador” de la vida económica moderna (Tiedemann, 2012, pp. 183 y s.), lo que supone la necesidad de organización de las interacciones económicas y la tutela del ejercicio de la autonomía privada. Esto ha obligado al derecho y la economía a identificar modos conductuales que pueden afectar el funcionamiento de aquel mecanismo de interacción, de manera de adoptar estrategias correctivas, disuasivas y preventivas contra ellos. Entre aquellas conductas se pueden nombrar los acuerdos restrictivos de la competencia, las prácticas predatorias, abusos de posición dominante, etc. El principal y ciertamente el más

antiguo de los modos de comportamiento desvalorados en el ámbito del derecho de la competencia es la colusión (Bork, 1978, p. 263). Su forma más característica son los “carteles duros” (*hardcore cartels*) consistentes en el acuerdo entre competidores para fijar los precios, limitar la producción o repartirse mercados o cuotas de participación en éstos. Actuando conjuntamente, los miembros de un cartel pueden llegar a generar resultados muy cercanos a los de una industria monopólica, no sólo incrementando sus propios beneficios, sino generando al mismo tiempo un daño social sistémico (Crycraft *et al.*, 1997; Furse y Nash, 2004, p. 27; Lamed *et al.*, 2018, p. 119).

Otro grupo de conductas colusorias —en tanto constituyen acuerdos destinados a eliminar la competencia—, comúnmente consideradas anticompetitivas, bajo ciertas circunstancias, son los denominados “boicots” (*group boycotts*), esto es, aquellos acuerdos tendientes a no pactar con una firma y/o aislarla en el mercado. Este concepto, sin embargo, agrupa una amplia gama de prácticas diversas: competidores que se niegan a pactar con rivales; competidores que se niegan a contratar con terceras partes que a su vez pactan con rivales; competidores que se niegan a pactar con consumidores o proveedores, o que acuerdan hacerlo solo bajo ciertas condiciones; etc. (Tapia, 2010a; Tapia, 2010b).

Junto a esta clase de conductas colusorias coexisten otras que comparten ciertos aspectos generales — en especial, el de tratarse de acuerdos —, pero que no generan efectos o riesgos anticompetitivos, aunque se mantienen en un ámbito de riesgo para la competencia. Se trata de acuerdos expresos que tienen por objetivo promover modos más eficientes de organización a través de la colaboración o cooperación entre rivales para

facilitar el desarrollo de nuevos productos y servicios, también conocidos como acuerdos de colaboración o cooperación entre competidores (Bennett *et al.* 2014, p. 884). Ejemplos de ellos son los *joint ventures* para efectuar una actividad en conjunto entre dos competidores, los consorcios para participar en concretas licitaciones o los créditos bancarios sindicados para el financiamiento de obras públicas (ej.: autopistas o aeropuertos).

(bb) De lo ya analizado, se puede observar que uno de los desafíos más importantes en materia de derecho de la libre competencia (y, con ello también, para el derecho penal) consiste en asegurar que el sistema normativo-institucional sea capaz de distinguir entre aquellos acuerdos cuya naturaleza es puramente anticompetitiva (*naked agreements*) de aquellos acuerdos de colaboración que persiguen fines legítimos y socialmente beneficiosos, o simplemente no dañan la competencia por no tener la entidad suficiente para hacerlo (*ancillary restraints*) (Bork, 1978 p. 263; Hovenkamp, 2005).

Las legislaciones se ven enfrentadas entonces a la decisión de optar por diferentes estrategias que posibiliten la diferenciación, tanto a nivel de normas de conducta como de normas de sanción (administrativas y penales). Es posible —al menos, desde una perspectiva científica— identificar dos modelos regulatorios puros de administración de justicia de la competencia.

El primero establece una prohibición echando mano a una “prohibición general”, que debe ser corregida por el juez o aplicador del derecho (o el regulador), quien debe analizar la razonabilidad de la práctica, y su capacidad para afectar o no a la competencia. Se trata de un modelo flexible que normalmente utiliza expresiones “vagas, genéricas e imprecisas” (Fonseca, 2017, p. 37) que transfiere al aplicador del derecho (al juez) la definición de “anticompetitiva” de una conducta (Handler, 1957, p. 39). Para algunos genera una especie de “cheque en blanco” para el adjudicador (Easterbrook, 1986, p. 1702). El desarrollo de la “*rule of reason*” implica, entonces, que el aplicador del derecho debe determinar la legalidad de la conducta a través de un ejercicio de balance o ponderación entre las eficiencias

procompetitivas y los riesgos o efectos anticompetitivos que ella genera (Tiedemann, 1976, p. 166; Crane, 2014, pp. 52-56.). No cabe duda de que, en un modelo de estas características, la función de la autoridad supervigiladora y reguladora debe ser más activa y explícita, en la medida que debe ir definiendo criterios generales que orienten los comportamientos “ex ante” (o sistematizando hipótesis) y controlando activamente a los regulados. Precisamente el surgimiento y masificación del uso de *guidelines* – recomendaciones dirigidas a aplicadores del derecho— tiene por objetivo adecuar dichas normas a criterios económicos (Fonseca, 2017, p. 43).

A este modo de analizar una conducta de mercado se suele contraponer un segundo modelo, que se sirve de la denominada regla “*per se*”. Se trata de la incorporación de una norma que describe el modo conductual específico, sin considerar la prueba de la aptitud de la conducta para atentar en contra de la competencia (ex post); esto es, sin necesidad de probar los efectos anticompetitivos que ella produce, ni tampoco admitiendo defensas de eficiencia, pues considera que estaría demostrado *de modo empírico*, por práctica judicial y científica, que dichas hipótesis siempre generan tales efectos perniciosos (Melamed *et al.* 2018, p. 119; Krattenmaker, 1988, p. 165). Este segundo modelo es seleccionado normalmente para los carteles duros. Nótese, que en el ámbito regulatorio no se trata necesariamente de una regla sustantiva, sino de gestión del sistema. Se trata de una estrategia que simplifica el análisis de las autoridades reguladoras y supervigiladoras, en la medida que no deben analizar las motivaciones ni los efectos de un determinado acuerdo ni deben probar, verificar o acreditar dichas consecuencias. Grunberg (2020, p. 4) ha señalado recientemente que un modelo de regulación basado en la regla *per se* genera importantes beneficios para la política de competencia, tales como el efecto disuasorio para quienes puedan estar considerando participar de un cartel duro o el ahorro en los costos administrativos destinados a la persecución de los carteles duros por la agencia de competencia.

(cc) ¿Cuál de las estructuras sigue el art. 3 letra a) del DL 211 referida a la colusión?

Si bien en nuestro país, tanto el Tribunal de Libre Competencia (NC-434-2016, Resolución TDLC N° 54/2018 (2018), c. 13 y c. 14; C-361-2018, Sentencia TDLC N° 175/2020 (2020), c. 64 a c. 76) como la Corte Suprema (Sentencia Corte Suprema, Rol N° 31.502-2018 (2019), c. 18) han interpretado con contundencia la opción del legislador por la regla *per se* en el art. 3 letra a) del DL. 211 —aunque señalando, de todos modos, la necesidad de distinguir entre “carteles duros” y acuerdos de colaboración entre competidores—, otra parte de la literatura (Vásquez, 2020; Lizana y Appelgren, 2021) e, incluso, algunos actuales ministros economistas del TDLC, han rechazado dicha interpretación. En un voto de prevención (TDLC N° 175/2020, pp. 78 y ss.), estos ministros desarrollaron un planteamiento que abandona como referencia el art. 3 y opta por una interpretación *sui generis* de la jurisprudencia norteamericana y su método (caso *NCAA v. Board of Regents*). Proponen conciliar la interpretación de la regla *per se* con la regla de la razón, lo que supondría la posibilidad de identificar en algunos acuerdos sobre precios y producción efectos potencialmente procompetitivos (considerando 8). La interpretación, al mismo tiempo, entiende que debería siempre mantenerse en manos del aplicador de las potestades administrativas o adjudicador administrativo —recaiga o no en variables de las denominadas duras— la posibilidad de ponderar la conducta y sus consecuencias para la libre competencia (considerando 10). Aquello, como modelo regulativo, permitiría evitar errores o falsos positivos (considerando 11). Siguiendo dicha lógica, Artaza *et al.* (2018, p. 573) han defendido la idea de que la norma de conducta del art. 3 letra a) DL. 211 no impediría que fuera interpretada como un modelo del “quick look”. Aquello significaría que siempre sería necesario analizar la participación en el mercado de los agentes económicos involucrados y otros antecedentes de contexto (Artaza *et al.*, 2018, p. 574). La opción por la interpretación de un modelo de norma *per se* atenuada o de análisis “quick look” genera efectos penales relevantes, en la medida que abre la posibilidad de que el acuerdo colusorio entre competidores del art. 62 sea reconocido solo como “una conducta riesgosa” que no signifique inmediatamente la vulneración de la regla de comportamiento y el cumplimiento de los requisitos típicos.

La disyuntiva generada en el ámbito regulatorio exige de nosotros una toma de postura basada en aspectos estructurales de la norma.

1.3. Estructura de la norma regulatoria en la ley chilena: la opción final por la regla *per se*

El diseño y configuración normativa de las conductas prohibidas en la regulación de la libre competencia y, particularmente de la colusión, muestra un desarrollo histórico zigzagueante. Dos aspectos, sin embargo, han de ser reconocidos como permanentes.

En primer lugar, el sistema regulatorio nacional, a diferencia del europeo, ha tendido a describir los comportamientos prohibidos (X está prohibido, absténgase de X) siempre insertos en los presupuestos de sus normas de “sanción” y, por lo tanto, utilizando una fórmula condicional: “si el sujeto activo ejecuta X (+R), entonces el juez puede aplicar P” (+R es cualquier presupuesto de la sanción adicional a la infracción a la norma prohibitiva, como el resultado o un peligro concreto que debe probarse *ex post*). Esta estrategia le permite al sistema regulativo acentuar el carácter desvalorativo de la conducta prohibida por su tendencia a la lesión (X→r) o por generar un resultado lesivo (X+r). Sin embargo, es una fórmula que tiende a confundir el contenido de la prohibición (X), con los elementos cualificadores (+r o →r).

En segundo lugar, ha sido permanente la disposición de una estructura dual, compuesta por dos fórmulas regulativas (o mezclas de ambas).

Una *primera fórmula* —una prohibición de causación de resultados— es diseñada a partir de un supuesto de hecho (X) genérico y residual que no describe la conducta o es muy genérica (ej. X = cualquier hecho o convención), pero que se construye de dos formas alternativas: i) ya sea exigiendo la acreditación *ex post* de que X es capaz o idónea para generar un “acontecer lesivo” (ej. tender a o ser capaz de = X→r) o exigiendo acreditación de la lesión (ej. impedir, restringir o falsear = X + r); o ii) por exigir la acreditación de un elemento subjetivo vinculado con

la lesión o resultado (Xr): “Quien realiza X con motivo de afectar R, entonces P” (prohibición de la causación de un resultado asociado a una tendencia interna trascendente).

En una *segunda fórmula* el legislador sí describe conductas específicas en base a su particular desvalor conductual (XYr está prohibido, absténgase de XYr) – como la colusión o el interlocking– en que el legislador ya ponderó especialmente el peligro o la lesión al bien jurídico para libre competencia. Esta estructura normativa al optar por el diseño de una norma de sanción adopta la fórmula: “Ya que XYr afecta R o es idónea para afectar R, entonces quien ejecuta XYr, debe recibir P”.

La fórmula dual no fue claramente adoptada en la primera Ley de Defensa de la Libre Competencia, N°13.305 (Título V, arts. 172 y ss.), de 1959, aunque si algunos aspectos embrionarios. Esta estructuró un sistema regulatorio con base en una norma de sanción (si el sujeto activo ejecuta X, entonces el juez puede aplicar P) de naturaleza penal —el antiguo art. 173 inc. 1°— desde donde se debía deducir el contenido de las normas de conductas prohibidas (X). El diseño de la norma penal del art. 173, contenía copulativamente una cláusula base con una conducta muy general (“todo acto o convención” =X) y una cláusula de idoneidad lesiva (X→r) que exigía que tuvieran una capacidad real de “impedir la libre competencia” (criterio consecuencialista: desvalor por efectos). Luego, se establecían dos sub-hipótesis alternativas que serían modos cerrados de la fórmula base (sea del tipo XYr o sea del tipo Xr). La primera sub-hipótesis era específica y describía taxativamente modos conductuales específicos (XYr) tales como los convenios de fijación de precios o repartos de cuotas de producción, etc. La segunda sub-hipótesis se construía como una cláusula residual (y general), que no limitaba mucho la fórmula base (“cualquier otro arbitrio”), pero que lo compensaba agregando un elemento subjetivo que se vinculaba con un elemento no exigido objetivamente como resultado: que tenga por finalidad la impedición o eliminación de la libre competencia (del tipo Xr). El sistema interpretó la norma de prohibición subyacente (X) desde la lógica de la regla de la razón o “por sus efectos” (Bermedo, 2013, p. 43).

La fórmula dual que conocemos hasta hoy se adoptó en el art. 1 del Decreto Ley N°211, de 22 de diciembre de 1973. Si bien el estatus normativo de la regulación no varió sustancialmente, en la medida que siguió siendo una norma de sanción penal, separó claramente formas abiertas y cerradas de regulación. En concreto, originalmente el tipo penal del art. 1° incorporó una primera fórmula genérica (“El que ejecute o celebre, individual o colectivamente, cualquier hecho, acto o convención) al que le agregó un elemento de idoneidad lesiva (tendencia) para la libre competencia (“tender a” = X→r) que servía de configurador de la prohibición. Por su parte, el artículo 2° —describiendo una generalidad de conductas “hechos, actos o convenciones”— incorporó un elemento que podía ser interpretado ya sea como una especie de presunción simplemente legal de la idoneidad del art. 1, hipótesis ejemplificadoras o como hipótesis específicas autónomas (Bascuñán, 2016, pp. 47-48), del tipo “Se entiende que XYr cumple con X→r”; Si XYr, entonces P”.

La Ley N° 19.911, de 2003, modificó en gran parte la institucionalidad de defensa de la libre competencia y, junto con modificar completamente la institucionalidad, creó un sistema sancionador esencialmente administrativo, despenalizando absolutamente las conductas anticompetitivas (Depolo, 1997, pp. 435-441). En este nuevo sistema, la norma de sanción administrativa —única norma desde donde se podía extraer (deducir) el contenido de las normas de conductas prohibitivas— quedó radicada en el art. 3°. Aquí, al igual que las leyes anteriores, también se presenta una estructura dual. *En la primera fórmula*, la conducta es genérica (X= ejecute o celebre, individual o colectivamente, cualquier hecho, acto o convención), pero se compensa exigiendo ya sea un resultado (X + r= “que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia”) o una cláusula de idoneidad (“tienda a”) del tipo “X→r”. Esto es, al mismo tiempo, se establecía una infracción tanto de resultado como de mera actividad (Bascuñán 2016, p. 174 y s; se refiere a la misma idea bajo la nomenclatura de peligro/lesión). *En la segunda fórmula*, en el inc. 2°, el legislador agregó específicamente las hipótesis especiales más típicas de afectación de la libre competencia (“Se considerarán, entre otros, como

hechos, actos o convenciones = del tipo $X+r$ o $X \rightarrow r$, las siguientes: a – c”), entre ellas la de colusión en la letra a). En esta hipótesis específica de la letra a), describió específicamente tanto la conducta como sus objetos; por un lado, a “acuerdos expresos o tácitos entre agentes económicos” (no lo limitó solo a competidores y lo extendió también a prácticas concertadas) y por otro, según su objeto (“que tengan por objeto”) se limitó a “fijar precios de venta o de compra, limitar la producción o asignarse zonas o cuotas de mercado”. Esta última decisión la dejó ubicada en la afectación de los aspectos más sensibles de la libre competencia. Además, cualificó el ilícito de la colusión agregando un nuevo —y extraño— ilícito adicional: el abuso del “poder de mercado”. Este elemento, por su fórmula compuesta, generó un efecto complejo: “Si se ejecuta $XYr + YYr$, entonces P”.

Esta extraña estructura normativa, produjo dudas respecto a si creaba un tipo de norma similar a una “regla de la razón” o si, por el contrario, podía ser considerada como una regla *per se*. Así, dos problemas surgieron de la elección del modelo regulativo del legislador. El primero era relativo al elemento “abuso de poder de mercado”, que podía ser interpretado como una limitación a la prohibición (Valdés, 2006, p. 529; Valdés, 2008, p. 81 y s.) o como una figura dependiente y no autónoma del abuso de dominancia. El segundo problema era relativo a la posibilidad de entender la prohibición como *per se*, lo que podía significar que se debía ignorar cualquier argumento pro-competitivo cuando la violación a la competencia era manifiesta e indefendible (véase también Broder, 2010, pp. 35-36.). Con todo, no quedó totalmente aclarada la problemática por el modelo de prohibición (Valdés, 2006 p. 529) e incluso la figura, desde un punto de vista típico, resultaba ser dependiente y no autónoma del abuso de dominancia, con todos los problemas de categorización que ello generaba (Tapia, 2010a, p. 69).

En definitiva, las exigencias de la Ley N° 19.911 (desde noviembre de 2003 a julio de 2009) relativas a que los competidores debían actuar coludiéndose y “abusando del poder que dichos acuerdos o prácticas les confieran” y de la Ley N° 20.361, que exigía que el acuerdo “les confiera poder de mercado” a los competidores, significó

una inclusión que, como ha señalado Grunberg (2020, p. 3), ningún otro sistema jurídico comparado de países desarrollados había agregado.

A partir de estas expresiones, la Corte Suprema chilena, en el denominado caso “Farmacias”, señaló que “el marco jurídico nacional excluye considerar la colusión como falta *per se*, a diferencia de lo que ocurre en ciertas legislaciones extranjeras” (Corte Suprema, *FNE contra Farmacias Ahumada S.A. y otros*, Rol 2578-2012, Sentencia de 7 de septiembre de 2012, C. 81). Eso no le impidió, sin embargo, concebir una colusión ilícita en el pacto entre competidores, pero le obligó a desarrollar una justificación adicional relativa a los efectos. Aun así, son llamativas las observaciones que se hacían desde la academia, en el sentido de que la Corte Suprema habría alterado la configuración de la norma infraccional, desde un delito de resultado a uno de mera actividad y de peligro (de aptitud).

1.4. Estructura y contenido del art. 3 DL. 211 luego de la reforma de la Ley N°20.945, de agosto de 2016

Las últimas modificaciones al DL. 211 son consecuencia de la Ley N°20.945, de agosto de 2016 que modificó nuevamente el contenido del art. 3° y, en particular, de la letra a) referida a la colusión, y reintrodujo el tipo penal, creando dos estatutos de punición: uno administrativo (art. 3°) y otro penal (ahora en el art. 62), que se mantienen hasta hoy. Si bien en virtud del art. 1 del DL. 211 la institucionalidad tiene por objetivo promover y defender la libre competencia (corrigiendo, prohibiendo o reprimiendo conductas atentatorias), el núcleo normativo está puesto nuevamente en una norma —el art. 3 DL. 211— estructurada para sancionar administrativamente: una “norma de sanción”. Adicionalmente, su estructura siguió siendo la dual con una fórmula abierta (art. 3 inc. 1°) y otra cerrada (art. 3 inc. 2°, letras a – d), aunque corrigió el contenido de algunas hipótesis (como se verá).

(aa) El art 3 inc. 1°, mirado en su perspectiva de norma de sanción, utiliza una fórmula abierta. Su supuesto de hecho típico, al igual que sus antecesoras, solo apela a un criterio de ponderación económica (eficiencia) para

definir los presupuestos de la prohibición y de la sanción, sin describir características específicas de conducta alguna; esta se sirve de una “ideoneidad lesiva para la Libre Competencia” para entender una conducta como merecida de sanción, prevención o corrección. Esa idoneidad se expresa, entonces, no solo en la lesión (impedir, restringir o entorpecer = $X+r$), sino principalmente en su tendencia a ella ($X\rightarrow r$), esto es, en la capacidad de la conducta de alcanzar un grado de aproximación progresiva a la lesión, sin llegar a lesionarlo [“dirigirse de manera natural hacia algo” (Rae)]. La fórmula es: “Si $X+r$ o $X\rightarrow r$, entonces P”.

El hecho de que dicha idoneidad —esto es, la tendencia a impedir, restringir o entorpecer— esté exigida expresamente por la norma de sanción infraccional ($X\rightarrow r$), puede entenderse como una exigencia de acreditación “ex post”, al menos específicamente cuando se utilice como norma habilitadora de una sanción. Aquello permite que el inc. 1° pueda comprenderse como una infracción de resultado ($X + r$) en el caso de exigir cualquiera de dichas hipótesis lesivas o, en el caso de exigir solo la tendencia, sea entendida como una infracción de mera actividad, pero con la necesidad de acreditar la idoneidad ($X\rightarrow r$), lo que algunos denominan delito de aptitud y, otros, delito de “peligro abstracto-concreto”. Esto es, que exige que el aplicador de la sanción no deba contentarse con la sola capacidad abstracta de la conducta para generar peligro o lesión, sino además exigir la acreditación ex post y prueba de dicho peligro para el caso concreto. En principio, pareciera que el tipo de norma que representa el inc. 1° del art. 3 permite al regulador establecer criterios propios de las ciencias económicas para, a partir de ponderaciones entre las eficiencias procompetitivas y los riesgos o efectos anticompetitivos que ella genera, pueda definir el alcance de la prohibición y las condiciones de sancionabilidad. Aquello acerca la fórmula elegida en el inc. 1 a la de la regla de la razón.

Mirado desde su perspectiva de norma de conducta (el deber subyacente al art. 3 inc. 1°), y considerando que, lo que puede prohibir el derecho no son resultados o lesiones ($+R$), sino el emprendimiento de conductas con capacidad para afectar el bien jurídico libre

competencia (Xr o $X\rightarrow r$), es que podría decirse que la norma de conducta que subyace a la de sanción, reza: está prohibido realizar o ejecutar cualquier hecho, acto o convención que tenga la capacidad o idoneidad de impedir, restringir o entorpecer la libre competencia (sobre teoría de las normas ver Robles, 2021).

Como el restringir la libre competencia (o la tendencia a esta) no constituye una lesión estática a un objeto material de la acción, como lo sería en el caso del homicidio o las lesiones, sino la afectación a ciertas condiciones de participación e interacción garantizadas institucionalmente, entonces, los encargados de reconstruir las hipótesis conductuales prohibidas (desde una perspectiva ex ante) deberán hacerlo a partir de las expectativas normativamente creadas y a partir de razonamientos técnicos que permiten definir cuando la conducta produce el efecto indeseado en la competencia y cuándo, sin perjuicio del efecto, el sistema acepta la conducta como técnicamente eficiente. Para dichos efectos, el legislador —adoptando una fórmula internacional— incorporó tres formas/grados de idoneidad lesiva que son entendidas como lesión o a partir de la cual se construye “la tendencia a”: impedir, restringir o entorpecer la libre competencia ($= + r1, r2$ o $r3$).

Se trata de una fórmula levemente modificada del modelo de regulación europeo. A diferencia de la fórmula norteamericana (Sección 1 de la Sherman Act: “contrato, combinación o conspiración que restrinja el comercio”), la europea (art. 81.1 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de 1957 y luego art 101.1. del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea: impedir, restringir o falsear el juego de la competencia) provee una nomenclatura específica para dar cuenta de distintos efectos indeseados o lesivos para la competencia. Esta fórmula ($X+ r1, r2$ o $r3$) utiliza verbos transitivos que crean un campo semántico en que, más que describir conductas propiamente tales, dan cuenta de la producción de formas/grados diferenciados de afectación a un objeto, que en este caso está vinculado con el sustantivo competencia o libre competencia. La literatura europea, entiende por impedir ($+r1$) la exclusión total de la libertad de acción económica; mientras que

por restringir (+r2) entiende cualquier conducta que reduzca a menores límites la competencia. Respecto al verbo “falsear” (+r3) existe menos claridad en relación con su aporte diferenciador, aunque pareciera referirse a efectos sobre las condiciones de competitividad que son artificialmente modificadas (véase con mayores referencias (Bender, 2005, p. 135). Probablemente dicha falta de claridad, así como la tendencia de la literatura a utilizar el concepto “falsear la competencia” para caracterizar hipótesis de competencia desleal —cuestión que generaría confusiones— es que el legislador chileno prefirió utilizar el verbo “entorpecer”. Con este concepto, la tipología de efectos negativos incorpora una hipótesis menos intensa de afectación, de manera tal que no es necesario la exclusión total de competencia, sino solo cualquier obstaculización para acceder a los beneficios de ella. Lo anterior parece hacer referencia más a la distorsión de la justicia procedimental de la competencia y, con ello también, a la alteración de la eficiencia productiva, asignativa y dinámica y no al bienestar económico resultante de lo anterior.

Si bien esta estrategia de la norma de sanción infraccional abierta (X) y sometida a criterios de razonabilidad o ponderación técnica-económica del tipo “Si $X + r_1, r_2$ o r_3 o; $X \rightarrow r_1, r_2$ o r_3 , entonces P” tiene la virtud de captar una gran cantidad de conductas de distinto tipo y facilitar la gestión del regulador (flexible), también presenta el déficit de generar incerteza y carecer de una verdadera capacidad orientadora *ex ante*. Se trata de un problema importante cuando esta norma se pretende utilizar como norma de conducta orientadora del comportamiento de los regulados o destinatarios de la norma (Toro et al., 2020). Un modelo de estas características —que se acerca al tipo de regla de la razón— necesita compensar dicho déficit con la elaboración de criterios por parte del regulador, como sucede con el uso de *guidelines* (Fonseca, 2017, p. 43).

(bb) En el inc. 2° del art. 3 (letras a-d) la estrategia del legislador es distinta: cerrada y específica (XYr). Aquí el legislador sí describe taxativamente las conductas que desvalora y que son merecedoras de sanción, no solo porque son entendidas como idóneas *ex ante*

para desencadenar un curso lesivo o crear un grave estado de inseguridad para el bien jurídico protegido (o porque concretamente lo causa) sino esencialmente por su particular desvalor conductual. No se trata, en consecuencia, de una mera inversión de la carga de la prueba o una presunción de lesividad (cumple con ser del tipo $X+r$ o $X \rightarrow r$). En realidad, se trata de una desvaloración social específica que, si bien considera en su configuración un grado relevante de aproximación intolerable y progresiva a impedir, restringir o entorpecer la libre competencia, además provee de propiedades específicas de cada conducta desvalorada o prohibida por razones prácticas.

Ya que la función del inc. 2° es establecer que las conductas de las letras a)-d) crean estados de cosas que se prohíben “directamente por el legislador”, entonces cumplirían las condiciones tanto de impedir, restringir o entorpecer como de tender a lesionar de ese modo la libre competencia. Cualquiera sea el caso, la función del inc. 2° - “se considerarán... como” – referida a la lesión o al peligro abstracto, no dice nada respecto al desvalor conductual adicional y específico de cada hipótesis. De hecho, aquello es lo que explica que se trate de infracciones distintas [letras a) a d)] y que puedan ser sancionadas también diferenciada y autónomamente.

Nos parece, entonces, que teniendo como alternativas (i) la presunción simplemente legal (inversión de la prueba), (ii) las reglas hermenéuticas o (iii) los supuestos de hechos específicos (Bascañán, 2016, p. 176), se impone funcionalmente la última. El inc. 2°, en realidad, tiene como objetivo sustituir las consideraciones de pura ponderación o eficiencia propias del inc. 1° ($X+r$) – que permiten ponderaciones de intereses *ex post* por el aplicador del derecho -, por unas en que las hipótesis prohibidas son *ex ante* definidas y descritas en su especificidad conductual directamente por el legislador (XYr). Aquello cumple dos funciones en el diseño regulativo. Primero, sirve como marco conductual orientador para el ciudadano (dirigido al círculo de destinatarios de la norma, en tanto norma de conducta que subyace a la de sanción) que no hace recaer la ponderación en la competencia del ciudadano (ni en el aplicador del derecho), sino determina las

consideraciones propias del desvalor conductual desde una perspectiva *ex ante*; segundo, en tanto norma de sanción administrativa, cierra la posibilidad al aplicador/ adjudicador de las potestades sancionadoras y correctivas de incorporar consideraciones adicionales que den cuenta del merecimiento de sanción (ilícito).

Aquello se traduce, de manera lógica, en dos consecuencias: i) cada una de las hipótesis de las letras a)-d) son ilícitos independientes entre sí, aunque especiales en relación con la general del inc. 1º; y ii) como norma de sanción que es, se trata en la mayoría de las hipótesis de una infracción de mera actividad y de peligro abstracto, que no exige probar idoneidad adicional (*ex post*), sino solo los supuestos típicos que ya suponen idoneidad en abstracto. La única excepción a lo anterior, lo constituye la segunda parte (segunda hipótesis de la letra a), que exige poder de mercado).

(cc) El art. 3º, letra a), distingue dos hipótesis específicas: una, referida a acuerdos o prácticas concertadas que consistan en “fijar precios”, “limitar la producción”, “asignarse zonas o cuotas de mercado” y

“afectar el resultado de procesos de licitación” (fórmula: “Si XYr, entonces R”); y otra hipótesis referida a acuerdos o prácticas concertadas que consistan en “determinar condiciones de comercialización” y “excluir a actuales o potenciales competidores”, a la que le agregó el otorgamiento de poder de mercado (fórmula: “Si XYr + YY, entonces R”). La exigencia del abuso del “poder de mercado”, solo quedó vinculado a la segunda hipótesis, asegurándose de que las hipótesis sancionables de los carteles duros no lo exigieran y que las instituciones encargadas de la regulación de la libre competencia no quedarán limitadas por dicha exigencia al momento de declarar la ilegalidad de la conducta.

En conclusión, el legislador de la Ley N° 20.945 optó por diseñar con el art. 3 letra a) primera parte del DL. 211, una regla para la colusión que no exigiera ni presupuestos de la sanción *ex post* (peligro concreto o abstracto-concreto) ni causales de justificaciones explícitas (procompetitivas). Se trata, entonces, de una regla cuyos efectos son muy cercanos a la *per se*, que no admiten justificaciones procompetitivas ni exigen prueba de idoneidad.

2. Aspectos relevantes de la estructura típica y el injusto penal del delito de colusión (art. 62 DL. 211)

2.1. La lesividad social como elemento fundante y cualificador del injusto penal

Que la colusión constituye una de las conductas más lesivas socialmente y reprochables en el ámbito de la libre competencia, bajo una lógica de eficiencia económica, pareciera ser un lugar común, repetido tanto por la literatura nacional e internacional como por tribunales y autoridades gubernamentales (Stigler, 1968, pp. 328; Stigler, 1964, pp. 44-61; Stigler, 1961; Salop, 1967, pp. 393-406; Salop y Stiglitz, 1982, pp. 1121-1130;

Dana, 1999, pp. 632-660; Harrington y Chen, 2006, pp. 1185-1212.). Aquella constatación empírica de carácter sistémico, sin embargo, “no necesariamente sirve ni son del tipo de razonamiento que legitima y que requiere prevención mediante sanciones penales” (Wardhaugh, 2012, pp. 369-395, p. 386.). La reconstrucción del injusto penal (*lege lata*) exige un análisis que lo explique no solo desde los paradigmas económicos, sino desde los suyos propios: de naturaleza penal.

Nos parece que además de las razones criminológicas

que se tuvieron para la criminalización, las consideraciones estrictamente valorativas se explican tanto por el tipo de lesividad radicada en la limitación, restricción y entorpecimiento de la libre competencia “en” los mercados (art. 3) como por la particular injusticia del modo conductual que está descrito en la letra a) del artículo 3. En efecto, dicha conducta, que en su porción más sustantiva es acogida por el delito del art. 62, está desvalorada precisamente porque el modo conductual del acuerdo entre competidores referido a ciertos aspectos de la interacción —fijación de precios, limitación de producción, asignación de zonas o cuotas de mercado y afectación del resultado de licitaciones públicas— tiene por objetivo eliminar “radical e injustamente” las bases de un sistema generador tanto de justicia distributiva como de justicia procedimental concreta. En otras palabras, la restricción de la competencia desvalorada penalmente no lo es solo por el daño sistemático a los mercados y a la confiabilidad de interacción en estos (lesión a la macroinstitucionalidad), sino por la afectación concreta de las condiciones de interacción —la rivalidad— en un mercado y, con ello adicionalmente, la generación de barreras de entrada, impedimento de acceso a la demanda o el aprovisionamiento o exclusión de otros competidores (Alonso, 2009, p. 74). No se trata entonces de hipótesis de mera ineficiencia sistémica (que también lo es), sino esencialmente de formas de afectación a subsistemas facilitadores de la interacción que garantizan formas de ejercicio de la libertad económica y que son alterados injustamente, limitándose el ejercicio individual y colectivo de libertad económica. Aquello explica no solo su contenido regulativo administrativo, que en su aspecto formal consisten en el quebrantamiento de una “regla del juego”, sino también la generación un tipo de injusticia “socialmente inaceptable” y desvalorada penalmente.

Aquella injusticia distributiva y procedimental con incidencia en la libertad e igualdad de condiciones de interacción, es lo que el legislador penal ha considerado para elevar una porción de esa ilicitud regulativa a un ilícito penal. Esta lógica, presente en la selección conductual del legislador en el art. 62 DL. 211, valora el sistema de la libre competencia como institución y eleva la *Confianza institucional (garantía normativa) en condiciones de justicia*

distributiva y procedimental a la calidad de bien jurídico, por lo que permite comprender un amplio abanico de intereses protegidos institucionalmente: intereses de competidores, consumidores, clientes, proveedores, licitantes. Adicionalmente, y asociado (contextualizado) con la discusión ético social y modelos de tipificación, es que se deben sistematizar las conductas extrapenalmente desvaloradas y poner en su contexto sistemático el significado de limitar la conducta típica solo a “acuerdos” entre competidores y que adquiere una relevancia objetiva “radical” ya que “siempre” afecta las variables esenciales del proceso competitivo y afecta múltiples intereses (García Palominos, 2021). Sobre la base de estos elementos del tipo penal y su contextualización en las discusiones propuestas, es posible afirmar que el del art. 62 del DL. 211 protege “la confianza en la justicia distributiva y el procedimiento de interacción justo e igualitario de la libre competencia”.

2.2. Definiciones respecto a la estructura típica

Desde el punto de vista estructural, el delito de colusión del art. 62 DL. 211 es un delito de mera actividad (clasificación descriptiva) y de peligro abstracto (clasificación valorativa) lo que supone que la conducta típica se basta a sí misma para justificar la imposición de la pena, sin necesidad de corrección externa, como se expondrá.

Desde la perspectiva de la descripción de la conducta en los elementos del tipo de injusto, se trata de un delito de mera actividad ya que no exige de un resultado (incluyendo bajo este concepto algún tipo de peligro concreto o idoneidad) o una modificación en el mundo exterior separado espacio temporalmente de la conducta (resultado). El tipo de injusto diseñado por el legislador se configura solo a través de la realización de la acción descrita en el tipo, sin que sea necesario agregar algún elemento adicional que cualifique el injusto. Es importante destacar que, a diferencia de la posible lectura de la norma de sanción administrativa del art. 3 inc. 1º como infracción que exige prueba de la idoneidad (peligro abstracto-concreto), ni en el caso de la infracción administrativa (art. 3 letra a) ni del tipo penal de

colusión el legislador ha exigido algún elemento de esas características.

Desde el punto de vista valorativo (relación conducta y bien jurídico), la colusión se trata de un delito de peligro abstracto. Si bien, la conducta típica del delito del art. 62 —ejecución del acuerdo entre competidores— describe

modos conductuales que pueden alcanzar grados de afectación del bien jurídico cercanos a la lesión, el tipo penal incorpora otras conductas adicionales: anteriores al acuerdo mismo y posteriores a su ejecución. Estas, por cierto, se encuentran en una relación más lejana a la lesión del bien jurídico, por lo que configuran un verdadero peligro abstracto.

3. El tipo objetivo del delito de colusión (art. 62 DL. 211).

El delito de colusión tiene una configuración típica singular, que se expresa en la evidente intención de expandir los límites de la intervención delictiva y del *iter criminis*, más allá del núcleo de la conducta desvalorada prepenalmente: el acuerdo entre competidores (Santelices, 2020, p. 97). Esta estructura es consecuencia de que en su origen la fórmula jurisprudencial norteamericana estaba basada no solo en la celebración de acuerdos, sino esencialmente en una especie de combinación o conspiración, por lo que en la concreción técnico-legislativa chilena se optó por la estructura del “delito de emprendimiento”. Así, si bien el tipo penal ubica en el centro de la desvaloración social la celebración de un “acuerdo entre dos o más competidores entre sí” —lo que significaría que el sujeto activo se debería limitar a quienes celebran dicho acto y tienen la posición para representar (u obligar) al competidor—, este tipo lo amplía a otros modos de conducta y formas de intervención. En el análisis que se planteará se distinguen estas hipótesis según si la conducta típica consiste en celebrar un acuerdo o, por el contrario, si se trata de conductas previas a este como la de ordenar su celebración o intervenir organizándolo e, incluso, si es posterior a este, ejecutándolo o llevándolo a cabo. Al mismo tiempo, se destacan los efectos de la ampliación, lo que no solo supone afectar algunos modos de intervención normalmente accesorios como formas de autoría, sino también altera en cierta medida las reglas generales de *iter criminis* sancionando como hipótesis típicas consumadas tanto a hipótesis preparatorias, de tentativa inacabada, de consumación

y, luego, de concreción ejecutiva posteriores al acuerdo más cercanas al agotamiento.

3.1. Conducta típica: elementos objetivos

(aa) Relación de accesoriedad para con la norma administrativa y acuerdo ilícito

Como ya se ha señalado en la primera parte de este trabajo, el tipo penal de colusión del art. 62 DL. 211 se construye sobre la base de una selección entre las conductas del art. 3° y, en particular, de su letra a). Dicha selección conductual es intensa y específica (no genérica).

Si bien ambas normas alcanzan un alto nivel de similitud, se presentan en realidad algunas diferencias que es necesario destacar. El tipo penal selecciona, de entre las dos hipótesis de colusión descritas en el art. 3 letra a), solo una porción de la primera: el acuerdo entre competidores. Con relación a la segunda hipótesis de la letra a) del art. 3°, el legislador derechamente la extirpa del tipo penal.

Dentro de la primera hipótesis de colusión —que comprende los denominados carteles duros y que está regulada en la primera parte del art. 3 letra a)— se produce una selección concreta, que genera algunas diferencias.

El núcleo de la conducta ilícita del tipo penal es la

“celebración de un acuerdo que involucre a competidores entre sí”, excluyendo las denominadas “prácticas concertadas” (sí incluidas en el art. 3 letra a). No es contradictoria, por su parte, la eventual amplitud del art. 62 - celebre u ordene celebrar, ejecute u organice — si se lo compara con el art.3 letra a) que solo se refiere a “los acuerdos”. Esto, porque en materia administrativa rige una especie de sistema unitario de autor, por lo que cualquier intervención en el ilícito resulta estar abarcada por la norma de sanción. Más bien, lo extraordinario es que el tipo penal —cuyo sistema diferenciado limita el alcance del tipo—pretenda acercarse en su máxima medida a la norma administrativa.

Finalmente, la norma de sanción administrativa y su norma de conducta subyacente comprenden los acuerdos que afecten el resultado de procesos de licitación en general, mientras que el tipo penal del art. 62 solo comprende y capta restringidamente un grupo especialmente seleccionado de licitaciones realizadas por empresas públicas, privadas prestadoras de servicios públicos, u órganos públicos.

(bb) La “celebración” del “acuerdo” como limitación típica

Si bien en el origen de la Sherman Act, la descripción de la colusión no había utilizado el sustantivo “acuerdo”, fue la jurisprudencia estadounidense la que introdujo la conceptualización de la conducta ilícita a partir de las voces “combinación” (*combination*) o “conspiración” (*conspiracy*) que de alguna forma evocan la idea de confluencia organizada de voluntades entre varios sujetos (Areeda y Hovenkamp, 2010, p. 20; Grunberg, 2020 p. 19). Como explica Grunberg (2020, p. 19), es más bien la jurisprudencia del Tribunal General de la Unión Europea la que introduce el concepto “acuerdo”, que luego fue adoptado por la legislación chilena, entendiéndolo en un sentido laxo: “concordancia de voluntades entre por lo menos dos partes, cuya manifestación carece de importancia siempre y cuando constituya la fiel expresión de tales voluntades”.

La adopción de estrategias y diseños diferentes en

la norma estadounidense y en la europea —ambos modelos utilizados habitualmente como orientación en la literatura nacional— ha generado una tensión evidente en la dogmática especializada. Esta tensión se ha agudizado, desde que la entrada en vigor de la Ley N° 20.945 de 2016 que modificó la redacción del art. 3 letra a) que se había dispuesto desde la Ley N° 20.361 de 2009 y que había tipificado el ilícito bajo la fórmula de acuerdos “expresos” o “tácitos”. La redacción actualmente vigente, en cambio, agregó al concepto “acuerdo” el de “o prácticas concertadas”. El diseño sigue en parte la lógica conceptual de la conspiración que, por un lado, *a.* se construye a partir de una idea genérica de confluencia plural de voluntades (con independencia de sus contornos), pero se ve en la necesidad de acentuarlo al incorporar “las prácticas concertadas” y, por otro, *b.* la creación de un estado de cosas que sustituye de manera permanente la voluntad individual de competir (que incluye bajo el concepto, también la ejecución permanente de este). Ambos aspectos de la *sui generis* estructura normativa del art. 3 letra a) son, sin embargo, limitados por el tipo penal del art. 62 del DL. 211 por razones formales (y no de fondo), proveyéndole mayor seguridad y lealtad al principio de legalidad.

a. Como se decía, la norma del art. 3 letra a) incorporó, junto a los acuerdos, a las prácticas concertadas como conductas configuradoras de la colusión, distinción que no se encuentra reconocida en el art. 62. Si aquella distinción no responde a cuestiones de fondo, sino a cuestiones de mera técnica legislativa, tiene incidencia en la interpretación del tipo penal.

Para una parte de la literatura especializada el diseño de la norma significó la adopción de un modelo similar a la del artículo 101.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, que distinguía “los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las *prácticas concertadas*” (Grunberg, 2020 p. 16), cuestión que debería ser reconocida por la jurisprudencia como dos hipótesis diferenciadas. Otra parte de la doctrina, siguiendo a la Comisión Europea, ha señalado que los acuerdos y las prácticas concertadas deberían ser entendidas como una clasificación conjunta, no siendo

importante distinguir entre ambos conceptos, pues sus efectos o consecuencias jurídicas serían similares (Tapia, 2009, p. 121).

A favor de la primera interpretación, juega el hecho de que, si bien se trata de un diseño normativo que busca captar la mayor cantidad de hipótesis ilícitas bajo el control de la autoridad administrativa, asume la existencia de diferencias fenomenológicas y conceptuales. Los conceptos de acuerdo y práctica concertada, a los que apela la norma extrapenal del art. 3 letra a) DL. 211, en el contexto de la regulación de una interacción basada en competencia, buscan captar bajo la prohibición cualquier tipo de hipótesis que suponga la renuncia de los competidores a adoptar decisiones autónomas y la sustitución por aquellas previstas en común entre los competidores. Su amplitud es evidente, porque alcanzaría distintos modos de limitar la autonomía que es, precisamente, lo que pretende regular el art. 3. Si bien aquello no se produciría necesariamente en todos los casos en que los competidores se adaptan de forma inteligente al comportamiento comprobado o previsto de sus competidores (Suiker Unie v. Comisión, Caso 40/73 [1975] ECR 1663, párrafo 174), sí lo haría tanto en prácticas concertadas y acuerdos expresos o tácitos. Así, como señala Grunberg (2020, pp. 26-27), si bien ambos por igual neutralizan la independencia con que deben adoptarse las decisiones, la diferencia sería solo de grados de perfeccionamiento: el acuerdo se verificaría por la fiel expresión de la voluntad de los competidores, mientras que en una práctica concertada ello se concreta de forma menos definida en torno a cooperar en lugar de competir. Lo determinante del acuerdo, sin embargo, sería que no se trata de una conducta unilateral – también potencialmente lesiva para la competencia – sino esencialmente un intercambio de voluntades entre varios operadores económicos. En cualquier caso, para la regulación administrativa ambas estarían cubiertas por la norma prohibitiva.

A favor de esta primera interpretación – que reconoce un nivel de diferencia – juega el hecho de que en Chile el legislador no haya optado por la conjunción copulativa “y” de la norma europea (“los acuerdos entre empresas,

las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas”), que tiene como función “unir palabras o cláusulas en concepto afirmativo”, sino por la preposición “o” (“los acuerdos o prácticas concertadas”). Dicha preposición disyuntiva “o”, por el contrario, podría denotar “diferencia, separación o alternativa entre dos o más personas, cosas o ideas” (Diccionario de la Real Academia o RAE). En otras palabras, mientras la conjunción “y” permitiría una interpretación conjunta en términos afirmativos (comprensivos de una misma idea), la conjunción “o” utilizada por la ley chilena pretende acentuar sus diferencias.

Ahora bien, a favor de la segunda interpretación, por cierto, juega el hecho de que se interpreta el sistema en el sentido originario, lo que supone que el legislador no habría querido innovar en materia regulatoria utilizando diversos conceptos que, si bien son diferentes entre sí como el acuerdo o prácticas concertadas, sin embargo, los debe tomar como formas análogas de lesión o peligro para la libre competencia (Tapia, 2009, p. 121). En efecto, originariamente en la Sección § 1 de la Sherman Act, la conducta ilícita se referiría tanto a “contratos” en sentido estricto, como a “combinaciones” o “conspiraciones”, lo que podría eventualmente abarcar distintos grados de coincidencias de voluntades y una resolución común del hecho. Para Tapia, los niveles de coincidencia de voluntades son indiferentes y de escasa importancia, al punto de que bastaría solo “un guiño” para mostrar aquiescencia.

Si bien, entonces, ambas interpretaciones pueden llegar a ser compatibles en el ámbito del derecho regulatorio, su extrapolación a la interpretación del art. 62 no es posible. Es verdad, como ya se ha dicho, que el contenido de la formulación regulatoria puede ser muy determinante para la interpretación del tipo penal – en la medida que la accesoria administrativa exige ser deferente y coherente a la norma extrapenal – sin embargo, los alcances penales están limitados por las conceptualizaciones y cualificaciones especiales del legislador penal y limitados por principio de taxatividad. En el caso del art. 62 el legislador penal utiliza un diseño que selecciona y cualifica el ilícito meramente administrativo,

utilizando el verbo “celebrar” y el sustantivo “acuerdo”. Este diseño, como es propio del derecho penal, busca generar mayores niveles de certeza, aunque no busca abandonar el sentido original.

b. A diferencia del art. 3 letra a) del DL. 211 que describe la infracción administrativa a partir del uso de los sustantivos “acuerdos o prácticas concertadas”, el tipo penal del art. 62 apela a verbos que describen de manera taxativa el modo conductual específico. La fórmula administrativa es compatible y puede acercarse ampliamente a la fórmula originaria norteamericana del contrato, combinación o conspiración, en la medida que respecto de un sustantivo pueden concurrir un sin número de conductas (verbos), todos bajo una unidad de acción. Esta fórmula permite comprender la infracción, al igual que en su recepción europea, como una infracción única, compleja y continua, en la medida que la ejecución de la colusión se expresa en actividades ininterrumpidas o continuadas (con interrupciones intermedias) (Bascañán, 2016, p. 163, p. 167, p. 229, nota al pie 318; como infracción permanente en Juppet y Morales, 2018, p. 64). Por su parte, la fórmula penal –por las exigencias del principio de legalidad– se aleja de la administrativa y adopta el modelo de los “delitos de emprendimiento”, esto es, el legislador describe cada una de las conductas emprendidas para alcanzar un determinado objetivo delictivo; aquello va a significar que tanto las conductas preparatorias, de tentativa inacabada, tentativa acabada y hasta la consumación (ejecución) serán entendidas como hechos formalmente consumados, pero unidos bajo una unidad jurídica. En el caso particular de la colusión, el tipo del art. 62 se diseña a partir de una conducta nuclear y particularizada de “celebrar un acuerdo” (no de coludirse), pero que se extiende tanto a las conductas previas – mandar u organizar– como a las posteriores: mantener la ejecución del acuerdo (véase también Juppet y Morales, 2018, p. 106). Si bien los efectos de la decisión legislativa tienden a ser similares, también tienden a generar un marco de aplicación más rígido como consecuencia de los límites lingüísticos de los verbos utilizados.

Aquello sucede con el verbo “celebrar” que, a modo de ejemplo, en el lenguaje castellano, significa realizar

“un acto formal con las solemnidades que este requiere” (Rae). Lo anterior, pareciera significar que con éste el legislador solo apela a la existencia de una concreta y específica coincidencia de voluntades y una resolución común del hecho cuya existencia y marco de referencia sea explícito. Por cierto, en este caso no se exigiría algún tipo de formalidad, ni siquiera que este se lleve a cabo por escrito, aunque sí que conste en términos fieles. La exclusión, por otra parte, de las “prácticas concertadas”, de alguna forma también confirma una tendencia a la idea de *pactum scaeleris* de la “conspiración” y que supone un concierto de voluntades previo para el desarrollo o ejecución de los hechos ilícitos (*unlawful act*), que no puede ser meramente abstracto o indefinido, sino que debe ser resolutorio en cuanto a la ejecución de la infracción (véase en Blanco Lozano, 2004, p. 431).

Esta exigencia, si bien obliga a alcanzar altos grados de explicitud, no entra en contradicción con la idea amplia ya desarrollada en nuestro país por la literatura (Tapia, 2010 o Grunberg, 2020) y por la jurisprudencia (Grunberg, 2020). La Corte Suprema ha señalado que el acuerdo es un concierto que puede ser escrito u oral, de ejecución instantánea o diferida, formal o informal (Corte Suprema, FNE contra Farmacias Ahumada S.A. y otros, Rol 2578-2012, Sentencia de 7 de septiembre de 2012, C. 78°.), mientras que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia puede asumir múltiples formas contractuales, convenciones, meras tratativas, promesas, protocolos de entendimiento, “acuerdos o pactos de caballeros”, pautas de conducta, circulares, etc. (Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, FNE contra Asociación Gremial de Ginecólogos Obstetras de la Provincia de Ñuble y otros, Rol C 265-2013, Sentencia N° 145/2015, C. 5°). La única limitación está referida a la exigencia de su nitidez respecto a su alcance o marco de referencia, lo que supone “ser explícito” respecto de su objeto y alcance.

Así, entonces, si bien concordamos con Artaza, Belmonte y Acevedo (2018, pp. 7 y ss.), Artaza (2020, p. 78) o Santelices (2020, p. 98) en el sentido de que el acuerdo penalmente relevante es un encuentro o coordinación de voluntades entre competidores que

excluiría hipótesis de paralelismos conscientes, no compartimos necesariamente que la exigencia del tipo penal sea también compatible con cualquier acuerdo tácito o práctica concertada. Estas últimas, si bien serían un plan dañoso para el proceso competitivo (Bishop y Walker, 2002, pp. 139-140), y supone la sustitución de la voluntad individual por la colectiva, no alcanza el grado de especificación de un acuerdo “celebrado”. Dos aspectos deben ser considerados: i) la exigencia de que el acuerdo sea “celebrado” supone necesariamente grados de explicitud y concreción respecto al objeto y sus efectos que, en su esencia, supone grados más altos que la mera similitud, seguimiento o paralelismo, entre otros. El acuerdo tácito o la práctica concertada, por estar cubiertas por el art. 3 letra a), por cierto, siguen siendo prohibidas y sancionadas administrativamente, aunque no necesariamente cubiertas por el tipo penal. Su comprensión dependerá del nivel de concreción y explicitud de su marco referencial, de manera que se pueda deducir que este se ha celebrado. ii) La diferenciación, en el art. 3 letra a), entre acuerdo y práctica concertada (y su no comprensión en el art. 62), no puede ser ignorada por el intérprete y, siendo leal al marco gramatical, debe ser seriamente considerada.

Lo dicho anteriormente, por lo tanto, no se contrapone con el hecho de que un acuerdo concreto y explícito pueda ser acreditado por medio de indicios, esto es, que a partir de hechos conocidos, a saber, comportamientos coordinados, vínculos y contactos entre competidores o tiempo de duración de la coordinación, entre otras, se pueda deducir un hecho desconocido, a saber, el acuerdo y su marco de referencia. Este último aspecto, al no referirse a cuestiones sustantivas sino meramente procedimentales o adjetivas, no genera contradicciones.

(cc) Análisis de los objetos del acuerdo

Como se ha señalado más arriba, el art. 62 establece tres objetos del acuerdo: i. la fijación de precios de venta o de compra de bienes o servicios en uno o más mercados, llamados *Price-Fixing Agreement*; ii. La limitación de la producción o provisión, división, asignación o repartición de zonas o cuotas de mercado,

o *market allocation schemes*; y iii. el llamado *Bid Rigging* o licitaciones realizadas por empresas públicas, privadas. Como se ha señalado más arriba, el art. 62 establece tres objetos del acuerdo: i. la fijación de precios de venta o de compra de bienes o servicios en uno o más mercados, llamados *Price-Fixing Agreement*; ii. La limitación de la producción o provisión, división, asignación o repartición de zonas o cuotas de mercado, o *market allocation schemes*; y iii. el llamado *Bid Rigging* o licitaciones realizadas por empresas públicas, privadas prestadoras de servicios públicos, u órganos públicos. Solo los dos primeros objetos –fijación de precios y limitación de la producción, asignación de zonas o cuotas de mercado– corresponden al núcleo de lo denominado “cartel duro”.

Si bien en términos regulatorios el concepto “fijación de precios” constituye una fórmula abreviada para describir ciertas categorías de comportamiento general, no es seguro que aquello también alcance al Derecho penal. En una primera aproximación, Santelices (2020, p. 55 y s.) se inclina por utilizar el mismo alcance amplio del derecho regulatorio para el Derecho penal. Señala, que bajo el concepto “fijación de precios” no solo se hace referencia a la fijación estricta de un precio de venta o de compra, sino también de todo supuesto que involucre una determinación directa o indirecta del precio, incluyendo hipótesis de acuerdo sobre insumos relevantes para el precio final. El límite impuesto por el principio de legalidad (en su variante de taxatividad y certeza) atenta contra dicha interpretación amplia, por lo que solo debería abarcar acuerdos dinámicos (formas generales de coordinar la fijación de precios) o estáticos (precio concreto).

Por su parte, mucho más amplias son todavía las hipótesis de *market allocation schemes* que incluyen las variables de limitación de la producción o provisión, lo que supone obligarse a omitir total o parcialmente la presencia de un competidor en un mercado y la variable de la división, asignación o repartición de zonas o cuotas de mercado. Esta última supone un compromiso de no competir que, como explica Santelices, consiste en asignar participaciones preferentes o exclusivas a algunos competidores en ciertos mercados o partes

de estos sobre la base del compromiso recíproco de algunos de no entrar o abandonar total o parcialmente su participación en el mercado a cambio de dicha misma preferencia en otros mercados o partes de este (véase con más detalle Santelices, 2020 p. 58).

Si bien las hipótesis denominadas *Bid Rigging* o colusión en licitaciones públicas constituye una forma de colusión concreta en que se afecta de manera directa la justicia procedimental o el mecanismo de adjudicación en base a la tensión competitiva, este aspecto “aparentemente” no ha sido suficiente para su criminalización autónoma. El art. 62 DL. 211 pareciera agregar como condición de la pena –bajo la lectura de parte de la dogmática nacional– un peligro para el erario estatal que, eventualmente puede verse afectado por los resultados manipulados del proceso de licitación. Bascuñán, en un artículo anterior a la modificación, había sostenido que la razón para la criminalización de esta hipótesis no estaría radicada en su lesividad para la libre competencia –cuestión que no sería obvia– sino debido a su cercanía (adelantamiento) con la consumación de una lesión para el patrimonio estatal. Como una especie de adelantamiento de una estafa al Estado (Bascuñán, 2015, p. 8). Cualquiera sea el caso, la interpretación debería hacerse cargo de dos aspectos. a. Primero, de las razones del establecimiento de dos hipótesis colusión diferenciadas (con la misma pena) y las razones para agregar a una de ellas un condicionamiento, presupuesto adicional o un marco específico (“...afectar el resultado de las licitaciones...”); y b. segundo, de las razones para que aquella condición sea el resultado únicamente de las licitaciones “realizadas por empresas públicas, privadas prestadoras de servicios públicos, u órganos públicos”.

a. La primera interrogante tiene sentido en la medida que no se busca justificar la criminalización (ya en su base criminalizada por otras razones) ni explicar una agravación de la pena de la colusión (misma pena que las otras hipótesis), sino busca explicar la inclusión de esta hipótesis como una adicional y específica. Por lo mismo, lo lógico sería entenderla a partir de algún déficit de injusto que es complementado o compensado por el

efecto en las licitaciones públicas o de relevancia pública o su contexto. Se está pensando en aquellas hipótesis en que la licitación no es un mercado relevante en sí mismo o en que faltan algunas características sustantivas (ya que de lo contrario ya estaría abarcada por las hipótesis anteriores de colusión). Existen dos posibilidades interpretativas para esta primera interrogante.

Una primera posibilidad es considerar la criminalización de la colusión en las licitaciones como una hipótesis menos cualificada que las anteriores, debido a que, si bien considera el mismo modo conductual, se desarrolla contextualmente en un ámbito de interacción más acotado que el mercado en general: un proceso licitatorio. Cuatro características abonan a dicho argumento cuando se trata de licitaciones públicas (véase al respecto Valenzuela, 2016, p. 7 y s): primero, el hecho de que se trata de un proceso con demandante “único” (no de atomicidad); segundo, que los contratantes no se encuentran en igualdad de condiciones; tercero, la mutabilidad del contrato administrativo (posibilidad de que la Administración altere el contenido del contrato unilateralmente) y la existencia de barreras de entrada (creadas por la propia administración).

Una segunda posibilidad es entender que la decisión del legislador excede las compras públicas (incluye algunas privadas), por lo que en realidad busca captar solo una hipótesis de *Bid Rigging* que, si bien constituye una forma específica de acuerdo horizontal, no reuniría todos los requisitos de la colusión de núcleo duro, en la medida que no tiene por objeto la fijación de precios “del mercado” o la limitación de la producción, asignación de zonas o cuotas “de mercado”. Aquello sería el caso de las hipótesis en que no hay, en estricto rigor, reparto de cuotas de mercados concretas, sino de participación simulada en las licitaciones por omisión de la competencia, ya sea presentando ofertas meramente simbólicas o de resguardo (de menor calidad o altos precios), retirando de manera retardada las ofertas ya presentadas u otras, con el objetivo de asegurar coordinadamente la adjudicación, entonces podría ser abarcada por la hipótesis específica. Lo mismo sucedería, cuando se trate de acuerdos menos relevantes, como en los intercambios de información

respecto de las posturas que cada cual presentará en la licitación.

b. La segunda interrogante se pregunta por la razón de limitar el efecto solo a un tipo de licitaciones (y la forma de concreción típica: resultado, idoneidad o elemento subjetivo).

La respuesta es coherente con la interrogante anterior. Para la interpretación que considera la criminalización de la colusión en las licitaciones como una hipótesis menos cualificada por el contexto más acotado que el mercado -el proceso licitatorio, este elemento podría cumplir una función de justificación de la inclusión particularizada. En Alemania, Tiedemann (2016, p. 201) sostuvo (en relación con los acuerdos de sumisión) que la razón es criminológica, tanto por la tendencia a repetirse como por su tendencia a afectar e incrementar los precios. Para ésta, entonces, si bien la técnica legislativa podría agregar el efecto en las licitaciones como resultado o idoneidad lesiva, le basta con incluirla adicionalmente como peligro abstracto. Es una cuestión de técnica legislativa. Para la segunda interpretación, la comprensión de licitaciones de incidencia pública no puede ser justificada a partir únicamente como la protección del patrimonio estatal o, al menos, con la capacidad de gestión presupuestaria de los entes estatales (ya que no afecta solo a órganos públicos), sino esencialmente de la protección del “interés público” que se puede ver perjudicado. Acá el riesgo de afectar o el interés público o el resultado puede justificar su inclusión y compensar el déficit.

Objetivamente, el tipo penal al agregar la exigencia “o afectar el resultado de las licitaciones...” no está incorporando una exigencia de “aptitud objetiva del acuerdo para provocar perjuicios” ni “un resultado”, sino solo el objeto del acuerdo entre competidores. Esto es, acentúa un ámbito de interacción o marco referencial y situacional más concreto (licitación y no mercado). La técnica utilizada sería la de agregar un objeto de acuerdo adicional o el motivo subjetivo que explica el sentido u orientación del acuerdo. Aquella lectura es posible por la conjunción entre la frase “El que celebre u ordene celebrar, ejecute u organice un acuerdo que involucre a dos o más

competidores entre sí, para...” y la frase que designa los distintos objetos del acuerdo, incluyendo el “afectar el resultado de las licitaciones...”. Esta interpretación tiene la virtud además de ser más coherente con la tipificación de conductas adicionales (ordenar, organizar, celebrar) a la “ejecución del acuerdo”, en la medida que solo la última es la que podría generar resultados adversos.

Si la lectura de la exigencia fuera la inversa, esto es, que “o afectar el resultado de las licitaciones...” es una exigencia de resultado, entonces, lo que sucedería es que surgirían dos hipótesis de colusión en licitaciones (cuestión también plausible):

i. Hipótesis 1: la primera forma es captada por la colusión propiamente tal, en que el acuerdo entre oferentes tiene por objetivo eliminar la competencia de un proceso de licitación como parte de un mercado relevante y tenga por objeto la fijación de precios o la limitación de la producción, asignación de zonas o cuotas de mercado. En este caso, el proceso licitatorio es el mercado relevante en sí mismo. Piénsese en casos como “Laboratorios II” en que el entorno de la interacción es el de licitaciones públicas, pero que este es irrelevante para la calificación de la conducta como colusiva o no, por afectar el mercado del producto. En este caso, por haber tenido ya sea como objeto la fijación de precios o limitación de provisión o división de cuotas de mercado, la calificación de ilícito (penal) de la colusión no debe ser dependiente de afectar o no “el resultado de licitaciones”. Es el caso de dos procesos de licitación pública de la adquisición de Cloruro de Sodio 0,9% inyectable, por ejemplo, convocado por el Hospital Guillermo Grant Benavente de Concepción respecto del cual se produjeron dos acuerdos, ninguno de los cuales afectó el resultado de la licitación. El primero, porque la abstención no fue cumplida por una de las compañías y en el otro, porque la abstención cumplida no fue eficiente, en la medida que existió otro competidor. Sin perjuicio de lo anterior, el injusto de la colusión se configuró. En estas hipótesis de acuerdos horizontales en licitaciones públicas y privadas, con y sin incidencia pública, en la medida que tengan el objeto exigido por el art. 62,

deberían recibir el tratamiento común de la colusión. Con ello, no se requeriría la exigencia de la verificación de un perjuicio para el Estado como consecuencia de haber afectado el resultado de licitaciones.

ii. Hipótesis 2: La segunda forma de colusión en licitaciones, no estaría referida a fijación de precios o limitación de la producción, asignación de zonas o cuotas de mercado, aunque sí con otras variables idóneas para afectar el resultado de licitaciones realizadas por empresas públicas, privadas prestadoras de servicios públicos, u órganos públicos. Entre estas, por ejemplo, hipótesis de omisión de la competencia (sin reparto de mercado) o de intercambios de información respecto de las posturas que cada cual presentará en la licitación.

(dd) Acuerdo entre competidores y el sujeto activo en la hipótesis central

El art. 62 del DL. 211, al igual que el art. 3 letra a), exige que el acuerdo “involucre a dos o más competidores entre sí”, esto es, lo que se conoce como acuerdo horizontal por tratarse de un acuerdo que involucra a operadores que se encuentran situados en el mismo escalón del proceso productivo y compiten directamente entre sí (Alonso, 2009, p. 82). Como es posible observar, el legislador se cuida de no describir la conducta nuclear exigiendo que sean directamente los competidores quienes celebren el acuerdo, sino solo que “involucre” a dos o más competidores. Si bien desde la perspectiva regulatoria esta norma tenía por objetivo principal abarcar tanto acuerdos “directos” como “*hub & spoke*”, para los efectos penales es útil también el sentido de que permite no confundir la propiedad o la representación legal o fáctica de una compañía. Con esto, se puede distinguir al competidor (empresa) de aquella persona que fácticamente está en posición de comprometer la voluntad de esta y celebrar el acuerdo. Belmonte (2020, p. 120) correctamente identifica el punto central en la posición de “un interlocutor válido al momento de celebrar el acuerdo colusorio” (Belmonte, 2020, p. 122). Con ello se quiere defender la idea de que lo relevante no solo es que se trate de un sujeto capaz de celebrar el

acuerdo, sino adicionalmente de comprometer y sostener internamente el objeto del acuerdo.

El círculo de autores, en la hipótesis de acuerdo entre competidores en licitaciones, puede verse afectado. Si bien se trata de un delito común —con exigencia de una posición en relación con la empresa— no hay claridad de si el acuerdo en esta hipótesis particular (al menos, en la celebración del acuerdo) exija que se trate de competidores potenciales o solo “postores competidores”. Creemos que, a diferencia del § 298 StGB alemán que se refiere concretamente a oferentes, el tipo chileno comprende a competidores potenciales en el mercado que, precisamente como consecuencia del acuerdo, puedan eventualmente omitir su intervención en una licitación o participar simuladamente.

Finalmente, es necesario destacar que cuando la ley se refiere a *competidores*, lo hace en un sentido jurídico económico, vale decir entendiendo que un competidor es una unidad económica que representa un centro de imputación de intereses económicos y ofrece productos y/o servicios en un mismo mercado relevante y determinado. De ahí que no sea problemático la hipótesis en que una misma empresa ofrezca distintos productos, una línea particular de marca o servicios que, por competir entre sí, se considere a cada líder de unidad de negocio como potencial competidor; o que a un mismo grupo económico pertenezcan dos o más empresas cuyos productos/marcas o servicios compitan en un mercado. Creemos que el concepto de competidor que es comprendido por el sentido del art. 3 y art. 62 es uno que lo entiende como un centro de imputación de intereses económicos, según dichos criterios jurídico-económicos, lo que permite no considerar competidores a dos productos de una misma empresa. Cuando se trata de dos productos o servicios de un mismo grupo, lo importante es determinar si se trata de un mismo centro de imputación de intereses económicos, de manera tal que, como lo ha señalado la FNE en su guía de la competencia (pp. 17-18), determinante es si de jure o de facto, se identifique un centro de definición de decisiones sobre la estrategia y comportamiento competitivo de un agente económico.

(ee) Otras conductas diferentes a la celebración del acuerdo y la autoría.

Como ya se señaló, la conducta típica nuclear es la celebración de un acuerdo ilícito, desde donde se configuran otras conductas típicas accesorias: “orden de celebrar dicho acuerdo”, la “organización de dicho acuerdo” y “la ejecución de dicho acuerdo”. Con ello se concretó, siguiendo las exigencias penales, los requerimientos de esta infracción compleja y continua y, adicionalmente, se extendió el tipo legal a formas más amplias de intervención delictual a título de autoría (extrayéndolas de la mera participación). Además, se introdujeron formas adelantadas o atrasadas como modos autónomos de consumación típica. Cualquiera sea el caso, su referencia final lo constituye el acuerdo y su objeto.

Belmonte (2020, p. 116), siguiendo la tesis de que la finalidad del legislador fue generar protección penal bajo la lógica de la prevención general negativa, señala que los principales destinatarios de la norma de conducta serían los ejecutivos más relevantes de una empresa. Con el objetivo de limitar el alcance de las conductas típicas –incluidas las adyacentes al acuerdo– sostiene que no solo los que celebren el acuerdo, sino también otros intervinientes abarcados deben ser sujetos que tengan la posición de interlocutor válido al momento de celebrar el acuerdo colusorio. Aquí no se comparte completamente dicha opinión, debido a que, en principio, aquello supone una interpretación puramente económica de los sujetos relevantes en el acuerdo y que solo comprende una significación limitada en relación con el tipo. Se debe recordar que la lógica del acuerdo colusorio proviene de la *conspiracy* norteamericana que, por su naturaleza, supone no solamente el acuerdo de ejecutar el acto ilícito futuro, sino también de disponer la comisión del acto, por uno o más *miembros de la conspiración* dirigido hacia la realización del objeto de la conspiración (*overt act*) (Cordini, 2017, p. 90). Si el legislador chileno ha pretendido seguir dicha lógica – cuestión que de alguna forma confirma el diseño amplio del tipo penal– es porque entiende que el acuerdo entre competidores no solo tiene una dimensión económica,

sino también una jurídica: un desvalor conductual propio. Este último, supone entender dicho acuerdo como una planificación multilateral de actos futuros que abarca también a aquellos que, sin tener la capacidad de condicionar la voluntad de la empresa competidora, si tienen la capacidad de ejecutar los hechos que son presupuestos para su celebración. Se trata, por sobre todo, de ejecutar los hechos finales que concretan la colusión, como parte del plan común y en conocimiento de este, aunque por actos muy anteriores y posteriores a la celebración del acuerdo. Esta estructura del injusto permite una imputación de intervinientes de distintas jerarquías y posiciones, en la medida que se tenga conocimiento de estar realizando una orden explícita a la celebración del acuerdo o colaborando en la organización o ejecución del objeto. Así, es efectivo que quien “celebra” el acuerdo no es propiamente el competidor, pero sí quién tiene la capacidad de representarlo (jurídica o fácticamente) y condicionar la voluntad de competir; por su parte, quien ordena la celebración del acuerdo debe detentar una posición en la estructura de la empresa que jerárquicamente pueda mandar a otros la manifestación de la voluntad de omitir la competencia y sustituirla por la confluencia de otras voluntades; por su parte, quien ejecuta, debería mantener una posición que fácticamente le permita llevar a cabo los acuerdos y concretarlos. Menos cualificada es la hipótesis de organización del acuerdo, ya que es accesorio respecto de las anteriores, y solo exige posibilitar la coordinación y el encuentro de voluntades. Se trata de conductas de colaboración que, por decisión del legislador, pasan a ser conductas típicas a título de autoría. Eventualmente, la implementación del acuerdo desarrolladas por actores relacionados verticalmente en los acuerdos hub-and-spoke podrían estar abarcados bajo esta fórmula típica no como cómplices, sino como autores.

3.2. Cuestiones adicionales de parte general

3.2.1. Tipo Subjetivo

El delito de colusión admite solo imputación subjetiva dolosa. Si bien aquello supone la posibilidad de la aceptación de imputación a título de dolo eventual, lo cierto es que la riqueza y complejidad de los elementos

objetivos y consideraciones conductuales limitan mucho dicha posibilidad (se concuerda con Santelices, 2020, p. 100).

3.2.2. *Iter criminis*

El delito de colusión es un delito de emprendimiento, esto es, tipifica cada fase de desarrollo como delito consumado. Cada una de las hipótesis son, al mismo tiempo, delitos de mera actividad— ordenar, organizar, celebrar o ejecutar - por lo que puede alcanzar las fases de consumación y tentativa (art. 7 CP), más no la de

frustración. Si bien, el tipo penal altera el *iter criminis* de la celebración del acuerdo (como hipótesis central) y ubica conductas de preparación y tentativa en la consumación, cada una de las restantes hipótesis conductuales del tipo, a su vez, admiten tener su propia fase de tentativa. Estas consideraciones son eminentemente dogmáticas y de escasa relevancia práctica, debido a que las exigencias procesales del art. 64 del DL. 211, restringen las posibilidades de sanciones penales en estos grupos de conductas (sin efectos sobre la libre competencia).

Referencias

- Abanto, M. (1994). Introducción al Derecho Penal de la Libre Competencia. Análisis histórico y comparativo del Decreto Legislativo 701. *Revista de Derecho PUC* (Pontificia Universidad Católica de Lima), 78, 253-291.
- Abanto, M. (1997). *Derecho de la Libre Competencia*. Lima: Editorial San Marcos, Lima.
- Abanto, M. (2010). Delitos contra el Mercado, viejas prácticas, nuevas figuras: delitos contra la libre y leal competencia. En: Abanto, M. *Dogmática Penal, delitos económicos y delitos contra la administración pública*, Breña: Grijley, 661-696.
- Achenbach, M. (2009). Strafrechtlicher Schutz des Wettbewerbs?, *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (KritV)*, vol. 92, núm. 3, 296-302.
- Alonso, R. (2009). Acuerdos, decisiones y otras conductas explícitas. En: Santiago Martínez L. y Amadeo Petitbò J. (dirs.). *Los acuerdos horizontales entre empresas*. Madrid: Marcial Pons.
- Artaza, O., Salazar, A., y Salgado, H. (2016). Protección de la libre competencia en Chile: Desafíos para el derecho penal y las ciencias económicas. *Política criminal*, 11 (22), 794-809.
- Artaza, O. (2017). La colusión como forma de agresión a intereses dignos de protección por el Derecho Penal. Primera aproximación. *Revista de Derecho (Valdivia)*, 30 (2), 339-366.
- Artaza, O, Belmonte, P., y Acevedo, G. (2018). El delito de colusión en Chile: Propuesta analítica de la conducta prohibida a través de su interpretación como un acuerdo anticompetitivo. *Revista Ius et Praxis*, 24 (2), 469-592.
- Artaza, O. (2020). Fundamentos: la colusión como delito económico. En Artaza, O., Santelices, V., Belmonte, M. *El delito de colusión*. Valencia: Tirant lo Blanch, 17-36.
- Areeda, Ph. E. y Hovenkamp, H. (2010). *Antitrust Law. An Analysis of Antitrust Principles and Their Application* (3ª ed.), VI. Nueva York: Aspen Publishers.
- Bascuñán, A. (2016). *Estudios sobre colusión*. Santiago de Chile: Thomson Reuters.
- Bascuñán, A. (2015). En Bergoing, R., y Sierra, L. *¿Cárcel para la colusión? Seis opiniones*. Puntos de Referencia, 409, 7-9. <https://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/137224/Sierra-Carcel-para-la-colusion.pdf?sequence=1>
- Bender, J. (2005). *Sonderstrafatbestände gegen Submissionssbsprachen*. Berlín: Centaurus Verlag & Media / Springer.
- Bennett, M., González Díaz, F. E., Leupold, H., Vernet, A., Woods, D. (2014). Horizontal Cooperation Agreements. En Faull J. y Nikpay A. (eds.). *The EU Law of Competition* (3a ed.). Nueva York: Oxford University Press.

- Bermedo, P. (2013). *Historia de la libre competencia en Chile 1959-2010*. Santiago de Chile: Ediciones de la Fiscalía Nacional Económica.
- Bishop, S. y Walker, M. (2002). *The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement* (2a ed.). Londres: Sweet and Maxwell.
- Blanco Lozano, C. (2004). *Tratado de Derecho Penal Español*, I. Barcelona: Editorial Bosch.
- Bork, R. H. (1978). *The Antitrust Paradox – A Policy at War with Itself*. Nueva York: The Free Press.
- Broder, D. (2010). *U.S Antitrust Law and Enforcement: A Practice Introduction*. Nueva York: Oxford University Press.
- Cordini, N. S. (2017). Delitos de organización: los modelos de ‘conspiracy’ y ‘asociación criminal’ en el Derecho interno y en el Derecho internacional. *Revista de Derecho Penal y Criminología, Universidad Externado de Colombia*, 38 (104), 75-119.
- Crane, D. (2014). *Antitrust*. Nueva York: Wolters Kluwer Law & Business.
- Crycraft, C. Crycraft, J. y Gallo, J. (1997). Antitrust Sanctions and a Firm’s Ability to Pay. *Review of Industrial Organization*, 12, 171-183.
- Dana, J. D. (1999). Equilibrium Price Dispersion Under Demand Uncertainty: The Roles of the Costly Capacity and Market Structure. *Rand Journal of Economics*, 30 (4), 632-660.
- Depolo Razmilic, R. (1997). El régimen jurídico de defensa de la competencia en Chile. Algunas proposiciones para su despenalización. *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, 18, 435-441.
- Easterbrook, F. H. (1986). Workable Antitrust Policy. *Michigan Law Review*, 84 (8), 1696-1713.
- Fonseca, R. (2017). *Carteles de núcleo duro y derecho penal. ¿Por qué criminalizar las colusiones empresariales?* Montevideo: Editorial Bdef.
- Frisch, W. (1988). *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*. Heidelberg: Müller, Jur. Verl.
- Furse, M., y Nash, S. (2004). *The Cartel Offence*. Oxford: Hart Publishing.
- García Palominos, G. (2015). La idealización y la administrativización de la punibilidad del uso de Información Privilegiada. Un análisis de los discursos penales en la doctrina chilena. *Política criminal*, 10 (19), 119-158.
- García Palominos, G. (2017). Equivalentes funcionales en los delitos económicos. Una aproximación de solución ante la falta de lesividad material en delitos de presentación de información falsa al mercado de valores. *Política criminal*, 12 (23), 151-206. http://www.politicacriminal.cl/Vol_12/n_23/Vol12N23A6.pdf
- García Palominos, G. (2021). Los equivalentes funcionales y el delito de colusión del art. 62 D.L. Nº 211. *Doctrina y Jurisprudencia Penal*, 44, 3-28.
- Grunberg, J. (2020). *Regla per se para carteles duros y acuerdos de colaboración entre competidores: un problema regulatorio aparente*. Santiago de Chile: Centro de Competencia, Universidad Adolfo Ibáñez, Investigaciones CeCo. https://centrocompetencia.com/wp-content/uploads/2020/02/Jorge-Grunberg_Regla-per-se-para-carteles-duros-y-acuerdos-de-colaboraci%C3%B3n-entre-competidores.pdf
- Handler, M. (1957). *Antitrust in Perspective: The Complementary Roles of Rule and Discretion*. Nueva York: Columbia University Press.
- Harrington, J., y Chen, J. (2006). Cartel Pricing Dynamics with Cost Variability and Endogenous Buyer Detection. *International Journal of Industrial Organization*, vol. 26 (6), 1185-1212.
- Hefendehl, R. (2002). *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*. Köln: Carl Heymanns Verlag KG.
- Hernández, H. (2012). La punibilidad de la colusión (secreta) de precios en el derecho chileno. *Política Criminal*, 7 (13), 147-157.
- Hovenkamp, H. (2005). Exclusion and the Sherman Act. *University of Chicago Law Review*, 72 (1), 147-164.
- Juppet, M. F., y Morales, J. (2018). *La colusión en Chile. Análisis doctrinario y jurisprudencia*. Santiago de Chile: Thomson Reuters.
- Krattenmaker, T. (1988). Per Se Violations in Antitrust Law: Confusing Offenses with Defenses. *Georgetown Law Journal*, 77 (1), 165-180.

- Lizama, C., y Appelgren, T. (2021). *Acuerdo entre competidores: ¿lícitos o ilícitos? Una definición pendiente*. Santiago de Chile: Centro de Competencia, Universidad Adolfo Ibáñez, Investigaciones CeCo.
- Melamed, A., Picker, D., Randal C., Weiser, Ph., y Wood, D. (2018). *Antitrust Law and Trade Regulation: Cases and Materials* (7ª ed.). Saint Paul: Foundation Press.
- North, D. (1990). *Institutions, institutional Change and Economic Performance*. Nueva York: Cambridge University Press.
- North, D. (1991). Institutions. *Journal of Economic Perspectives*, 5 (1), 97-112.
- Salazar, A. y Salgado, H. (2016). Protección de la libre competencia en Chile: Desafíos para el derecho penal y las ciencias económicas. *Política criminal*, 11 (22), 794-809.
- Salop, S. C. (1967). The Noisy Monopolist: Imperfect Information, Price Dispersion and Price Discrimination. *Review of Economic Studies*, 44, 393-406.
- Salop, S. C., y Stiglitz, J. (1982). The Theory of Sales: A Simple Model of Equilibrium Price Dispersion with Identical Agents. *American Economic Review*, 72, 1121-1130.
- Santelices, V. (2020). Delimitación de la colusión como ilícito en el marco de un sistema mixto de protección de la libre competencia. Artaza, O., Santelices, V., Belmonte, M. (2020a). *El delito de colusión* (pp. 37-72). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Stigler, G. (1961). The Economics of Information. *Journal of Political Economy*, 69, 213-225.
- Stigler, G. (1964). *A Theory of Oligopoly*. *Journal of Political Economy*, 72, 44-61.
- Stigler, G. (1968). *The Organization of Industry*. Homewood: Richard D. Irwing, Inc.
- Tapia, J. (2010a). *La prohibición de Colusión en el Derecho Chileno y Comparado*. Informe en Derecho en FNE contra ACHAP A.G. y otros, Rol C N° 177-2008. Santiago.
- Tapia, J. (2010b). Acuerdos Horizontales restrictivos de la competencia: Una visión crítica aplicada al sistema chileno. En Montt, R., y Nehme, Z. (eds). *Libre Competencia y Retail*. Santiago de Chile: Legal Publishing.
- Tiedemann, K. (1976). *Kartellrechtsverstösse und Strafrecht*. Colonia: Heymanns.
- Tiedemann, K. (2012). *Manual de Derecho Penal Económico. Parte Especial*. Breña: Grijley.
- Toro, L. E., Viertel, M., y Ureta, G. (2020). *Los acuerdos lícitos entre competidores y su (falta de) regulación bajo el ordenamiento jurídico chileno*: Santiago de Chile: Centro de Competencia, Universidad Adolfo Ibáñez, Investigaciones CeCo.
- Valdés, D. (2006). *Libre Competencia y Monopolio*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica.
- Valdés, D. (2008). Tipicidad y regla per se en las colusiones monopólicas horizontales. *Revista Anales Derecho UC. Temas de Libre Competencia*, 4, 81-123.
- Valenzuela, R. (2016). Regulación de los *bid-rigging* en Chile. colusiones enmarcadas dentro de un proceso de licitación pública (Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales). Valparaíso: Universidad Católica de Valparaíso.
- Vásquez, Omar. (2020). *El lógico alcance de la prohibición per se: una crítica al concepto de "cartel duro" y las lecciones de Socony*. Santiago de Chile: Centro de Competencia, Universidad Adolfo Ibáñez, Investigaciones CeCo.
- Wardhaugh, B. (2012). A normative approach to the criminalisation of cartel activity. *Cambridge University Press*, 32, 369-395.