



# SOSTENIBILIDAD Y COMPETENCIA: UN ENTENDIMIENTO DESAFIANTE

Vanessa Facuse Andreucci y Stefan Goecke Ruz



# Sostenibilidad y competencia: un entendimiento desafiante

Noviembre 2021



**Vanessa Facuse Andreucci**

Abogada Universidad de Chile. Socia de Bofill Escobar Silva Abogados. Cofundadora Red Procompetencia. Fue jefa de Litigios y Coordinadora de Mercados Regulados de la Fiscalía Nacional Económica.



**Stefan Goecke Ruz**

Abogado Universidad de Chile. Asociado de Bofill Escobar Silva Abogados. Fue procurador en la Fiscalía Nacional Económica y ayudante de Derecho Civil y Administrativo en la Universidad de Chile.

## I. ANTECEDENTES

La necesidad de un desarrollo sostenible se ha convertido en una prioridad a nivel mundial y, en este sentido, fomentar el uso de energías limpias y renovables, reducir las emisiones de carbono, optimizar el consumo de recursos hídricos, mejorar la gestión de residuos y reflexionar sobre los patrones de alimentación de la población, son algunas de las medidas que los gobiernos y los agentes económicos deben adoptar en el marco de sus procesos productivos para hacer frente a la crisis climática.

Este diagnóstico marcó el día de la competencia 2021 organizado por la *Organisation for Economic Co-operation and Development* (OECD), donde Cristina Volpin, experta en competencia, inició su exposición sentenciando “El cambio climático es una emergencia global y una amenaza a nuestra sobrevivencia”, anunciando la importancia de considerar objetivos de sostenibilidad<sup>1</sup> en el análisis de libre competencia.

Ello, en consideración a que se han emitido una serie de informes que dan cuenta de la crisis ambiental en que nos encontramos, lo que exige tomar medidas inmediatas e involucrar al sector público y privado. Ya en 2015, la Asamblea General de las Naciones Unidas, en busca de garantizar una protección duradera de los recursos naturales, presentó la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, que contempla 17 objetivos y 169 metas que los estados miembros deben adoptar, y dicen relación con garantizar la disponibilidad de agua, energía, protección del medio ambiente, crecimiento sostenible, entre otros.

Luego, el 2018, el Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático de Naciones Unidas (IPCC, por sus siglas en inglés) indicó que debemos reducir las emisiones globales de CO<sub>2</sub> en un 50% para el año 2030 si queremos evitar una catástrofe ambiental. En esta línea, la Unión Europea elaboró el Pacto Verde

---

<sup>1</sup> La Real Academia de la Lengua Española define sostenibilidad como “especialmente en ecología y economía, que se puede mantener durante largo tiempo sin agotar los recursos o causar grave daño al medio ambiente”. La idea de un desarrollo sostenible apareció por primera vez en el Informe Brundtland elaborado por las Naciones Unidas en 1987, titulado “Nuestro Futuro Común”, mediante el cual se advirtió por primera vez de las consecuencias ambientales negativas del desarrollo económico y la globalización (Asamblea General de las Naciones Unidas, *Informe de la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo* (agosto 1987), <https://daccess-ods.un.org/access.nsf/GetFileUndocs?Open&DS=A/42/427&Lang=S&Type=DOC>). Hoy en día la sostenibilidad intenta garantizar la satisfacción de las necesidades de la sociedad actual sin comprometer a las generaciones futuras.

Europeo (“Green Deal”), acuerdo que pretende eliminar las emisiones netas de gases de efectos invernadero para el 2050<sup>2</sup>, proponiendo medidas socioeconómicas para lograr ser el primer continente climáticamente neutro<sup>3</sup>, entre ellas promover la eficiencia energética y ecológica, ayudas a empresas para modernizar sus procesos y estimular la producción circular.

Lo anterior, supone revisar los procesos productivos a todo nivel y en todas sus etapas, e incentivar ciertos métodos de producción para volcarse a un desarrollo económico sostenible que repercuta en una mejor calidad de vida.

Por su parte, a partir de diciembre de 2019 y con motivo del brote mundial del virus COVID-19 que ha impactado la vida de la población mundial, se ha provocado una mayor sensibilidad por parte de los consumidores en materia de sostenibilidad respecto a la necesidad de cuidar los recursos naturales. Así, “el 67% de los consumidores afirma que será más consciente de la escasez de recursos naturales debido a la crisis del Covid-19, y el 65% comenta que tendrá una mayor conciencia sobre las repercusiones de su consumo general en la nueva normalidad”<sup>4</sup>.

En este mismo sentido, los resultados de una encuesta realizada por la Comisión Europea, que arrojó que los consumidores consideran que el cambio climático es el problema más grave al que se enfrenta el mundo, señalando el 64% de ellos que ya están tomando medidas personales por la sostenibilidad en su vida cotidiana<sup>5</sup>, lo que impacta en sus decisiones de consumo. De esta manera, la sostenibilidad se incorpora como una variable competitiva que incentiva a los agentes económicos a tomar medidas en la materia y con ello obtener la preferencia de los consumidores.

Por lo anterior, la política antimonopolio no puede abstenerse de esta problemática, debiendo analizarse si tiene un rol y cuál sería. De ahí que han surgido –al menos– dos corrientes de pensamiento: el denominado movimiento “*Green Antitrust*” que es proclive a fomentar los efectos de la sostenibilidad permitiendo restricciones a la competencia en favor de una economía climáticamente neutra<sup>6</sup>, y por otro lado, quienes se oponen por considerar que permitiendo los acuerdos verdes habrá menos incentivos competitivos para producir en forma sostenible, lo que incentivaría el “*green washing*”, con la consiguiente sobrecarga a las autoridades de competencia, y la reducción de incentivos para dictar regulaciones adecuadas<sup>7</sup>.

---

2 Además de estos esfuerzos, el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea señala en su artículo 191 que “la política de la Unión en el ámbito de medio ambiente contribuirá a alcanzar los siguientes objetivos: - la conservación, la protección y la mejora de la calidad del medio ambiente; - la protección de la salud de las personas; - la utilización prudente y racional de los recursos naturales; - el fomento de medidas a escala internacional destinadas a hacer frente a los problemas regionales o mundiales del medio ambiente y en particular a luchar contra el cambio climático”.

3 En agosto de 2021, un nuevo informe del IPCC, concluye inequívocamente que el aumento de las concentraciones de gases de efecto invernadero se debe a actividades humanas, junto con constatar que las concentraciones atmosféricas de CO<sub>2</sub> son las más altas al menos en dos millones de años, haciendo un llamado a la acción para limitar los devastadores efectos del cambio climático. Para más información ver el resumen para responsables de políticas públicas en IPCC, *Climate Change 2021. The Physical Science Basis. Summary for Policymakers* (agosto 2021), [https://www.ipcc.ch/report/ar6/wg1/downloads/report/IPCC\\_AR6\\_WGI\\_SPM.pdf](https://www.ipcc.ch/report/ar6/wg1/downloads/report/IPCC_AR6_WGI_SPM.pdf).

4 “El consumidor, más ‘eco’ tras el Covid-19: el 79% busca productos sostenibles”, *Modaes* (9 de julio, 2020), <https://www.modaes.es/back-stage/el-consumidor-mas-eco-tras-el-covid-19-el-79-busca-productos-sostenibles.html>. En el mismo sentido ver: “Consumidores se enfocan en la sostenibilidad”, *Portafolio* (23 de abril, 2021), <https://www.portafolio.co/mas-contenido/consumidores-se-enfo-can-en-la-sostenibilidad-551265>.

5 “Encuesta del Eurobarómetro: los europeos creen que el cambio climático es el problema más grave al que se enfrenta el mundo”, *Comisión Europea* (5 de julio, 2021), [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip\\_21\\_3156](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip_21_3156).

6 De esta manera se ha pronunciado: Simon Holmes, “Climate change, sustainability, and competition law”, *Journal of Antitrust Enforcement* 8, N° 2 (abril 2020), 401-402, <https://academic.oup.com/antitrust/article/8/2/354/5819564?guestAccessKey=5ae0d011-fc1d-4ee8-9c37-13a328fe6cd7>

7 Al respecto, ver Maarten Pieter y Leonard Treuren, “Green Antitrust: Friendly Fire in the Fight Against Climate Change”, *Amsterdam Law*

Por lo expuesto, una primera aproximación al problema es discutir si son objetivos de política pública compatibles, cómo integrarlos y sus límites. Para ello es relevante analizar las recientes acciones de diversas agencias de competencia que han tomado la iniciativa de pronunciarse sobre la incorporación de criterios de sostenibilidad en el análisis de competencia. Así, la *Competition & Markets Authority* (CMA) del Reino Unido, la *Hellenic Competition Commission* (HCC) de Grecia y la *Netherlands Authority for Consumers and Markets* (ACM) de Países Bajos, por ejemplo, han establecido directrices para encausar la discusión.

Más explícita aún ha sido la Comisión Europea, que ha valorado eficiencias verdes en materia de fusiones y tomado en cuenta criterios de sostenibilidad en casos de abuso de posición de dominio. Por ejemplo, si un agente dominante excluye a un rival que es más contaminante del mercado, se ha dicho que puede ser analizado con un criterio más flexible<sup>8</sup>.

Establecido lo anterior, dada la urgencia con que debemos enfrentar los problemas medioambientales en Chile y en el mundo, es que este artículo analiza (i) la posibilidad de integrar consideraciones de sostenibilidad en el análisis de libre competencia, (ii) las fallas de mercado que se presentan para estos fines junto con sus posibles soluciones y, en particular, (iii) los desafíos que plantean los “acuerdos verdes” entre agentes económicos en materia de sostenibilidad y los resguardos frente a estas acciones, de manera de reducir al máximo sus efectos restrictivos de la competencia.

## II. LOS OBJETIVOS DE SOSTENIBILIDAD COMO PARTE DEL ANÁLISIS DE COMPETENCIA

Para analizar la integración de criterios de sostenibilidad y competencia, es relevante identificar los objetivos o bienes jurídicos que protege el derecho de la competencia y su compatibilidad con los de sostenibilidad, lo que tiene una complejidad que excede este trabajo, pero intentaremos plantear las bases de la discusión.

La pregunta inicial que nos formulamos es ¿existe espacio dentro de los objetivos de la política de competencia para la sostenibilidad? En caso de ser positiva la respuesta, cabe preguntarse ¿bajo qué consideraciones deben analizarse los objetivos de sostenibilidad para valorar las prácticas de los agentes económicos, ya sea en materia de acuerdos entre competidores o como una alegación de eficiencia?

Esta interrogante fue planteada por la Comisión Europea en 1992, sugiriendo que la política de competencia “debía dotarse de la mayor flexibilidad posible para adaptarse a los cambios y no perder el norte de los grandes objetivos establecidos por la comunidad, sobre todo en materia de cohesión económica y social, competitividad industrial, investigación y desarrollo tecnológico y protección del medio ambiente”<sup>9</sup>.

Esto posteriormente dio origen al movimiento denominado *Green Antitrust*, que agrupa a expertos de la materia que postulan que el derecho de la competencia va más allá que sus fines clásicos y puede aportar a la lucha contra el cambio climático.

---

*School Legal Studies Research Paper No. 2020-72*, (julio 2021), 10, [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3749147](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3749147).

<sup>8</sup> Pieter y Treuren, “Green Antitrust”, 3.

<sup>9</sup> Marta Simón y Alexandre Picón, “Desarrollo sostenible y política de competencia: un puente hacia la transformación de la economía europea”, *Cuatrecasas* (22 de octubre, 2020), <https://blog.cuatrecasas.com/competencia/desarrollo-sostenible-politica-competencia-puente-hacia-transformacion-deconomia-europea/>. Énfasis agregado.

Por su parte, la OECD ha señalado que la importancia de la sostenibilidad en la política de competencia dependerá de cómo definamos las metas de ésta y del marco jurídico en que nos encontremos<sup>10</sup>. Ello considera armonizar los fines de políticas públicas de ambos ámbitos, de manera de integrarlos dada la importancia de un desarrollo económico sostenible, teniendo conciencia de las limitaciones que la ley de competencia impone para lograr los objetivos de sostenibilidad por parte de los agentes económicos, ya sea a través de un acuerdo de colaboración, o para justificar ciertas prácticas unilaterales, e incluso como justificaciones de eficiencia que conlleva una operación de concentración.

En el derecho europeo, tradicionalmente se han señalado como fines legítimos de la política de competencia, la libertad para competir, la eficiencia económica y el bienestar del consumidor, dependiendo entre los autores la prioridad que se le debe otorgar a algunos de estos objetivos por encima de otros<sup>11</sup>.

A nivel nacional, si bien no está definido normativamente cuál es el objeto de protección de la libre competencia, se ha efectuado una construcción de sus fines a partir de diversas referencias normativas, partiendo por el artículo 19 N°21 de la Constitución Política de la República (CPR), el cual protege “[e]l derecho a desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público a la seguridad nacional, respetando las normas legales que lo regulen”, como del Decreto Ley 211 (“DL 211”), que se limita a señalar al respecto en su artículo 1° que “[l]a presente ley tiene por objeto promover y defender la libre competencia en los mercados”<sup>12</sup>, justificando la intervención principalmente en criterios de eficiencia en los mercados y bienestar del consumidor<sup>13</sup>.

En este sentido la jurisprudencia ha tenido un rol determinante en la construcción del bien jurídico protegido que es un concepto dinámico, consolidando una visión que identifica el derecho a participar en actividades económicas, el funcionamiento eficiente de los mercados y el bienestar de los consumidores como los principales fines del derecho de la libre competencia<sup>14</sup>. El énfasis de uno u otro fin, ha dependido del mercado y las conductas cuya conformidad con la libre competencia se analiza y que debe ser ponderado con otros bien jurídicos tutelados.

Dado que existe consenso en hacer frente al cambio climático y ello considera por cierto la acción de los agentes económicos en el desarrollo e impacto de sus actividades productivas, resulta deseable que los objetivos de sostenibilidad tengan un espacio en el análisis de competencia, para ser incorporados tanto como un elemento de eficiencia de los mercados como en el bienestar del consumidor y de esta manera promover y propender al logro de ambos objetivos.

---

10 OECD, *Sustainability & Competition Law and Policy – Background Note* (junio 2021), 9, [https://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP\(2020\)3&docLanguage=En](https://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP(2020)3&docLanguage=En)

11 Así, a modo de ejemplo, ver Oles Andriychuk, “Can We Protect Competition Without Protecting Consumers?”, *Competition Law Review* 6, N° 1 (abril 2010), 85-87, [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1594697](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1594697), y Richard Whish, *Competition Law* (Oxford: Oxford University Press, 6° ed., 2009), 1-2.

12 El mensaje de la Ley N°19.911 de 2003, que modificó el DL 211 creando el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, contemplaba originalmente modificar el artículo señalado y establecer como objeto “defender la libre competencia en los mercados, como medio para desarrollar y preservar el derecho a participar en las actividades económicas, promover la eficiencia y, por esta vía, el bienestar de los consumidores”, cuestión que finalmente no avanzó en el trámite legislativo (Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, *Historia de la Ley N° 19.911*, 93, [https://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file\\_ley/5814/HL\\_D\\_5814\\_37a6259cc0c1dae299a7866489dff0bd.pdf](https://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/5814/HL_D_5814_37a6259cc0c1dae299a7866489dff0bd.pdf)).

13 En este sentido, en un seminario organizado por el Centro de Competencia de la Universidad Adolfo Ibáñez (“CeCo”) se discutió sobre ¿Qué protege el derecho de la libre competencia? En respuesta a esta pregunta, primó en el debate el criterio que la ley de libre competencia en Chile tiene su foco en el bienestar de los consumidores y en la eficiencia económica (“¿Qué protege el derecho de la Libre Competencia?”, *Noticias UAI* (18 de junio, 2019), <https://noticias.uai.cl/que-protege-el-derecho-de-la-libre-competencia/>).

14 *Corporación Nacional de Consumidores y Usuarios de Chile c/ Movistar S.A., Claro Chile S.A. y Entel PCS S.A.*, Rol N° 11.363-2015, Sentencia Corte Suprema (2016), c. 4. Más aún, la propia Fiscalía Nacional Económica en su página institucional, establece entre sus focos de investigación “las prácticas colusorias, los abusos de posición monopólica y las concentraciones que afecten o puedan afectar el funcionamiento eficiente de los mercados y el bienestar del consumidor” FNE, “Nosotros: Fiscalía Nacional Económica”, última visita: 11 de octubre de 2021, <https://www.fne.gob.cl/nosotros/fne/>.



Dentro de la eficiencia, entendida de una manera sencilla como la forma más eficaz de utilizar los recursos escasos, incorporar criterios de sostenibilidad en el análisis podría cerciorar una manera eficiente –valga la redundancia– de manejar los recursos, asegurando la existencia de éstos sin comprometer a las generaciones futuras, aumentando la innovación verde, la creación de nuevos productos y el rol de los agentes privados en el desarrollo sostenible<sup>15</sup>.

Por el lado del bienestar del consumidor, no solamente encontramos que el desarrollo sostenible es una cuestión valorada por los consumidores, como ya se adelantó, si no que produce efectos concretos en su bienestar, los cuales impactan en la calidad del producto, oferta diversificada y permiten que el acto de consumo no se considere como “nocivo” al medio ambiente, sino que considera su cuidado para consumidores actuales y futuros.

También hay corrientes que proponen evaluar si es posible entender la sostenibilidad como un fin autónomo y deseable dentro de la libre competencia, que no se enmarca en ninguno de los objetivos descritos, sino como un elemento completamente nuevo, con sus propios indicadores y metodología para medir su impacto, sin forzar conceptos tradicionales.

Por lo expuesto, consideramos que no existen razones que impidan considerar la sostenibilidad dentro de los criterios de análisis económicos en sede de competencia, debiendo poder delimitar su aplicación para que exista un entendimiento entre ambos fines, lo que representa desafíos.

### III. LA COMPETENCIA COMO ALIADO DE LA SOSTENIBILIDAD

La necesidad de un desarrollo económico sostenible ambientalmente es un imperativo que como sociedad debemos adoptar. Por esto, el enfoque del debate en materias de competencia apunta hacia incorporar “eficiencias verdes”<sup>16</sup> en el análisis y superar la visión tradicional de tratarla como un obstáculo u opuesto a la competencia, considerándola como un argumento que legítimamente se puede invocar para establecer condiciones y restricciones a la competencia<sup>17</sup>.

El desarrollo sostenible plantea la necesidad de competir y crecer económicamente con el medio ambiente y no a costa de éste, cuestión que se condice con la política de competencia, ya que se ha demostrado que la competencia dentro de un mercado puede apoyar directamente la sostenibilidad y viceversa<sup>18</sup>.

---

15 OECD, *Sustainability & Competition Law and Policy – Background Note* (junio 2021), 11.

16 Si bien la definición de qué es lo que consideramos como “eficiencias verdes” aún se encuentra en discusión, la Comisión Europea ha adelantado ciertos lineamientos para encapsular el debate. En este sentido, ha afirmado que este tipo de eficiencias no solamente son cuantitativas (v.gr. reducir la cantidad de materiales en la elaboración de un producto, lo que puede reducir los costos de su transporte y almacenamiento) sino que también se considerarán como eficiencias aspectos cualitativos como mejorar la composición o longevidad de un producto, aumentando el valor que los consumidores le otorgan a este (v.gr. elaborar productos a base de madera en vez de plástico, que en su proceso de creación se utilicen materiales reciclados, que tengan un proceso de desarrollo sostenible o que contaminen menos). Ver: Comisión Europea, *Competition Policy Brief* (septiembre 2021), 4-5, <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/63c4944f-1698-11ec-b4fe-01aa75ed71a1/language-en/format-PDF#>

17 Ingrid Ortiz y Diego Solano, “La libre competencia económica y la protección del medio ambiente: Una aproximación al estudio de los Acuerdos Voluntarios de Cumplimiento Ambiental”, *Revista E-Mercatoria* 15, N° 1 (enero 2016), 5, [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3047918](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3047918). Los autores se refieren a esta visión tradicional como aquella que separa los problemas del medio ambiente con los de las empresas, el mercado y los consumidores, afirmando que la única herramienta válida para promover el cumplimiento de normas ambientales es mediante la regulación y procedimientos sancionatorios.

18 OECD, *Sustainability & Competition Law and Policy – Background Note* (junio 2021), 13.

Lo anterior se puede concretar mediante la aceptación de modelos de negocios circulares o el desarrollo de productos y formas de producción más sostenibles por parte de las empresas –individual o colaborativamente– en busca de adaptarse a los nuevos patrones de consumo de los consumidores. En este sentido, un estudio de marzo de 2021 realizado por la consultora EY sugiere que un 43% de los consumidores a nivel global quieren comprar a empresas que beneficien a la sociedad, incluso si fueran más caros, o que un 54% de los consumidores han reducido sus compras en entidades que no actúan adecuadamente sobre conflictos sociales o ambientales<sup>19</sup>.

#### a. ASPECTOS POSITIVOS DE LA INTEGRACIÓN COMPETENCIA-SOSTENIBILIDAD

Si bien la relación entre competencia y sostenibilidad es una materia de estudio reciente –y creciente–, el consenso actual es que un adecuado nivel de competencia generalmente aumenta las innovaciones verdes o el desarrollo sostenible, con las empresas invirtiendo en estas materias, ya que reducen sus costos o les permite obtener una ventaja comparativa frente a sus competidores. De una manera u otra, debemos aceptar que las empresas siempre se esforzarán por aumentar los precios para maximizar sus beneficios, mientras que los avances sostenibles se realizarán siempre y cuando acarreen una reducción de costos<sup>20</sup>.

Esta posición es conteste con los orígenes de la política antimonopolio, entendiéndola como el pilar de las economías modernas, que –en una correcta aplicación– estimula innovaciones, promueve la eficiencia, aumenta la calidad de los productos y disminuye los precios.

El traslape entre la sostenibilidad y la libre competencia se vuelve más evidente cuando observamos que el desarrollo sostenible requiere de eficiencias productivas y dinámicas para asegurar un nivel de uso óptimo de los recursos naturales, lo que sumado a la mayor valoración de los consumidores por productos *eco-friendly*, deriva en un mercado más competitivo que incentiva la incorporación de criterios de sostenibilidad por parte de los distintos agentes económicos.

Esta misma idea ha sido recogida por la agencia de competencia de países bajos (ACM), indicando en su guía sobre la materia que la “sostenibilidad y la competencia recurrentemente van de la mano. Así como la competencia estimula innovaciones en nuevos o mejores productos y procesos, también puede estimular innovaciones sostenibles”<sup>21</sup>.

En otras palabras, a medida que aumenta la competencia en un mercado relevante, colateralmente también observaríamos mejoras en materia de sostenibilidad, lo que no solamente se traduce en mayor innovación, sino que también puede derivar en la salida de un producto de menor calidad del mercado o en cambios a los procesos productivos.

Muestra de lo anterior es el nivel de valoración, participación de mercado y crecimiento que han alcanzado empresas con sellos de sostenibilidad en sus fines y procesos productivos, en el marco de un mercado competitivo. A modo de ejemplo, a nivel nacional, recientemente la empresa NotCo –desarrolladora de

---

19 Kristina Rogers y Andrew Cosgrove, “The CEO Imperative: Make sustainability accessible to the consumer”, EY (24 de junio, 2021), [https://www.ey.com/en\\_gl/consumer-products-retail/make-sustainability-accessible-to-the-consumer](https://www.ey.com/en_gl/consumer-products-retail/make-sustainability-accessible-to-the-consumer). Más aún, en Pieter y Treuren, “Green Antitrust”, 8, se da cuenta de distintas investigaciones en que se concluye que los consumidores están dispuestos a pagar más por etiquetas sostenibles, camisetas fabricadas con algodón orgánico o por empresas que demuestren responsabilidad social.

20 Pieter y Treuren, “Green Antitrust”, 9.

21 Autoriteit Consument & Markt, *Second draft version: Guidelines on Sustainability agreements: opportunities within competition law* (enero 2021), 4, <https://www.acm.nl/en/publications/second-draft-version-guidelines-sustainability-agreements-opportunities-within-competition-law>

productos alimenticios de bajo impacto ambiental- se convirtió en la primera empresa de origen chilena en superar la valorización de 1.000 millones de dólares.

De esta manera, incorporar criterios de sostenibilidad en el análisis de la política de competencia puede resultar muy beneficioso tanto para aumentar la intensidad competitiva en un mercado como para promover el desarrollo de eficiencias verdes en el mismo. Sin embargo, existen fallas de mercado que impiden dejar entregado solamente al proceso competitivo su desarrollo y que deben ser superadas para conseguir una correcta armonía entre los objetivos referidos.

## **b. FALLAS DE MERCADO QUE ENTORPECEN UN DESARROLLO SOSTENIBLE**

Un supuesto de los detractores del movimiento *Green Antitrust* es que las empresas, si están intrínsecamente motivadas por la sostenibilidad, tendrán los incentivos para incorporarlo como un objetivo en sus procesos productivos. No obstante, existen ciertas fallas de mercado que impiden el desarrollo de objetivos sostenibles por parte de los oferentes de manera individual.

En primer lugar, si cuantificáramos las externalidades negativas en materia ambiental de algunos productos, estos podrían subir mucho su valor, haciéndolos inaccesibles. Por ejemplo, un estudio en Colombia estimó que si agregáramos el costo de las externalidades negativas ambientales que se producen en un litro de leche, este subiría su valor en un 204%<sup>22</sup>.

En segundo lugar, se encuentra presente la *first mover disadvantage*, esto es, las circunstancias de mayor incertidumbre, costos y riesgos que el primer competidor que intenta incluir criterios de sostenibilidad debe asumir en su devenir comercial sin tener certeza del comportamiento de los consumidores. En concreto, esto puede implicar que los consumidores abandonen a este oferente, prefiriendo a su competencia ya sea porque sea indiferente al cambio o por el incremento de precio que ello conlleve.

En tercer lugar, debemos considerar los sesgos conductuales que pueden presentar los consumidores, ya que en muchas ocasiones los consumidores declaran estar dispuestos a ejecutar una conducta, en este caso preferir productos sostenibles, sin embargo, en la práctica no se comportan de este modo, sobre todo si ello implica un aumento del precio.

Sobre esto, un reciente estudio señaló que “a pesar de las buenas intenciones de los consumidores, se han encontrado *gaps* entre éstas y sus comportamientos reales. Un 56% reconoce que, a pesar de mostrar preocupación por la contaminación de mares y océanos, compran productos cubiertos por una cantidad de plástico innecesaria. Asimismo, un 63% de los que afirman mostrar preocupación por el riesgo de reducción de la diversidad, reconoce haber adquirido productos no certificados como de origen sostenible”<sup>23</sup>.

En cuarto lugar, existen deficiencias informativas que solucionar. Encontramos que en ocasiones se necesita mucha información para dar cuenta sobre la característica de sostenible de un producto y de difícil procesamiento y valoración por parte del consumidor, ello genera sesgos de coordinación y descuentos hiperbólicos a los consumidores, es decir, cuesta que éstos valoren el “grano de arena” que están aportando y que dimensionen los efectos lejanos en sus cambios de conductas.

---

22 Jessica López y Estefanía Perdomo, *Cuantificación económica de las externalidades ambientales en un sistema de producción lechero en la finca Santa María del Puyón en Sopó-Cundinamarca* (2016), [https://ciencia.lasalle.edu.co/cgi/viewcontent.cgi?article=1287&context=ing\\_ambiental\\_sanitaria](https://ciencia.lasalle.edu.co/cgi/viewcontent.cgi?article=1287&context=ing_ambiental_sanitaria)

23 “Los consumidores quieren ser sostenibles pero no siempre lo cumplen”, *IPMARK* (30 de abril, 2021), <https://ipmark.com/consumidores-quieren-ser-sostenibles-no-siempre-cumplen/>



Por último, en materia de asimetría de información, encontramos la práctica conocida como *green washing*, esto es, la conducta de competencia desleal mediante la cual un competidor ofrece un producto con apariencia de sostenible o de respeto hacia el medio ambiente y que no se condice con la realidad. Lo anterior es una práctica recurrente, porque se ha demostrado que los consumidores tienen una mayor valoración hacia los productos verdes, que generen menos contaminación y que son elaborados bajo condiciones justas (sin trabajo infantil, condiciones seguras de trabajo, libres de maltrato animal, salarios dignos, biodegradable, etc.).

### c. POSIBLES VÍAS DE SOLUCIÓN

Dado los obstáculos expuestos, la solución podría ser regulatoria, mediante la introducción de restricciones o políticas públicas que incentiven la sostenibilidad. En este sentido, se han planteado distintos métodos para alcanzar este fin. En primer lugar, mediante la introducción del principio de “el que contamina paga”, el cual busca asignar y distribuir los costos de las medidas de prevención y lucha contra los efectos negativos hacia el medioambiente. En efecto, se ha señalado que una empresa que causa daños ambientales es responsable de los mismos, por lo que debe tomar todas las medidas reparadoras y preventivas, pagando los costos relacionados.

Luego, también se ha planteado como opción similar la implementación de los impuestos verdes, es decir, gravar pecuniariamente a los bienes y servicios cuya disposición final afecta al medioambiente. Esta solución corre el riesgo de solamente producir un encarecimiento de los productos, traspasando el mayor costo al consumidor, sin disminuir la venta o producción de dichos bienes.

Asimismo, se han implementado programas gubernamentales que incentivan el consumo y la producción sostenible, los cuales intentan ser una guía para impulsar un crecimiento económico que contribuya a la protección del medio ambiente y la equidad social, modificando los actuales patrones de consumo y producción, desacoplado el crecimiento y desarrollo del país de la degradación del medioambiente<sup>24</sup>.

En ausencia de este tipo de regulaciones, la autorregulación pasa a ser un motor relevante para avanzar en acciones de sostenibilidad. En este sentido, el poder de la acción colectiva para hacer frente al cambio climático puede ser más deseable por cuanto es más efectiva y eficaz, lo que permite acelerar los procesos en materia de sostenibilidad.

No obstante, si analizamos las actuaciones colectivas entre competidores en materia de sostenibilidad, existe un riesgo vinculado a las actuaciones conjuntas entre empresas, pues el derecho de la competencia es reacio a los acuerdos empresariales, sancionándolos duramente, lo que conlleva a reflexionar sobre los criterios para permitir acuerdos de colaboración en materia de sostenibilidad en el marco de las normas de competencia.

## IV. “COOPERACIÓN VERDE”: RIESGOS, BENEFICIOS Y DESAFÍOS

A grandes rasgos, los acuerdos se pueden catalogar en tres tipos, por un lado, los que tienen la capacidad para reducir la competencia o infringir su normativa, en segundo lugar, los que se adoptan en favor de la

---

<sup>24</sup> Por ejemplo, a nivel nacional, el Ministerio del Medio Ambiente lanzó en 2016 su “Programa Nacional de Consumo y Producción Sostenibles”, el cual en su página 6 describe esta finalidad (Ministerio del Medio Ambiente, *Programa Nacional de Consumo y Producción Sostenibles* (2016), [https://mma.gob.cl/wp-content/uploads/2016/07/ccps\\_13072016\\_alta.pdf](https://mma.gob.cl/wp-content/uploads/2016/07/ccps_13072016_alta.pdf)).

sostenibilidad y de la competencia, y, por último, los que se encuentran en un área gris, ya que producen tanto los efectos del primer tipo de casos como de los segundos.

En el primer grupo, se pueden llegar a configurar acuerdos colusorios bajo la excusa de la sostenibilidad, que pueden implicar compartir información comercialmente sensible, limitar la calidad de los productos ofrecidos, o derechamente no advertir sobre los nocivos efectos ambientales de los productos.

En este punto, volvemos a observar el riesgo de que ocurra el fenómeno del *green washing* pero en la forma de un cartel, es decir, que los competidores pacten sus condiciones de comercialización otorgando el mínimo beneficio sostenible por el mayor incremento de precios posible. En este sentido, ciertos autores han planteado que cuando las empresas coordinan precios e inversiones verdes, los niveles de sostenibilidad siguen siendo menores a los de un escenario de competencia. Esto podría implicar que, si permitimos que al coordinarse en materia de sostenibilidad los competidores también se coordinen en el precio, no se observaría un beneficio directo de estos acuerdos verdes<sup>25</sup>.

La Comisión Europea conoció un caso que evidencia este tipo de acuerdos, aplicando una multa de 315 millones de euros en contra de *Procter & Gabel* y *Unilever* por una práctica concertada en el mercado de la producción de detergentes para máquinas lavadoras de ropa. Así, mediante una asociación para mejorar los impactos ambientales de sus productos para lavado de ropa, las señaladas empresas aprovecharon para coordinar precios y realizar otras prácticas anticompetitivas<sup>26</sup>.

El citado ejemplo es bastante claro sobre los límites que se deben demarcar por parte del derecho de la competencia para realizar estos acuerdos colaborativos. Si bien estos acuerdos pueden traer beneficios ambientales que de otra forma no se producirían, siempre estará el riesgo de que se puedan producir ilícitos anticompetitivos en estas instancias de cooperación.

Por otra parte, existe cierta tendencia que propone como la opción más eficiente para lograr efectos o cambios en materia de sostenibilidad por parte de los competidores, la asociación cooperativa mediante acuerdos. La principal justificación que se le otorga a estos acuerdos es que permitirían lidiar positivamente con la *first mover disadvantage* anteriormente descrita.

Así, los acuerdos que se valoran positivamente pueden implicar códigos voluntarios de conducta y etiquetados de los productos, estándares de sostenibilidad a nivel industrial y la creación de nuevos productos o mercados determinados por el respeto y cuidado al medio ambiente.

Un ejemplo de esto en nuestro país es la recientemente aprobada Ley de Responsabilidad Extendida del Productor y Fomento al Reciclaje, que establece metas asociadas a la gestión de residuos por parte de las empresas, y permite a los productores constituir sistemas de gestión colectivos en busca de generar economías de escala, siempre que cuenten con la autorización previa del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC)<sup>27</sup>.

---

25 En este sentido se pronuncian Maarten Pieter y Leonard Treuren, "Can Collusion Promote Sustainable Consumption and Production? Not Beneficially Beyond Duopoly", *Amsterdam Law School Legal Studies Research Paper No. 2018-02*, (marzo 2021), [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3132323](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3132323).

26 Caso COMP/39.579 – Consumer detergents, Comisión Europea (2011).

27 Con fecha 16 de abril de 2021 se presentó la primera solicitud al TDLC, conforme exige el artículo 24 de la Ley N°20.920, para que se autorice la creación del Sistema de Gestión de Envases y Embalajes (SIGENEM). En el único caso que se ha presentado ante el TDLC hasta el momento, la Fiscalía Nacional Económica (FNE) emitió un informe solicitando variadas modificaciones al acuerdo que se propuso, en

Por último, existe aún un área gris donde es difícil determinar si ciertos acuerdos verdes tienen la capacidad para infringir la libre competencia. En este contexto se han presentado distintos casos a nivel mundial que han significado un lato análisis por parte de los organismos de competencia.

Así encontramos que en ciertas ocasiones la cooperación horizontal puede ayudar a desarrollar un producto más sostenible, pero eliminando la alternativa más barata para los consumidores. Estos acuerdos son especialmente problemáticos porque reducen la oferta para los consumidores, afectando a los más pobres, aumentando el precio y la calidad.

A modo de ejemplo encontramos que la autoridad holandesa ACM tuvo que analizar un caso en el mercado de producción de carne de pollo, concluyendo que los beneficios en materia de sostenibilidad eran menores en comparación al daño anticompetitivo. Lo anterior, a raíz de un acuerdo de los productores para mejorar las condiciones de producción de la carne de pollo debido a las protestas de los consumidores por sus deficientes condiciones de elaboración. La ACM realizó un análisis y determinó que el precio del kilogramo de la carne de pollo aumentaría en 1.46 euros mientras que los consumidores valoraban las mejores condiciones para estos animales en 0.82 euros por kilogramo.

Por otra parte, puede existir cooperación para adoptar estándares sostenibles más altos que los establecidos por la normativa aplicable, lo que podría limitar la oferta disponible para los consumidores. Por ejemplo, el DoJ de los Estados Unidos realizó una investigación en el 2019 en contra de cuatro productores automotrices (Ford, Honda, BMW y Volkswagen) que suscribieron un acuerdo con el Estado de California relativo a los estándares de emisiones de sus vehículos más estrictos a los exigidos por el gobierno. Si bien la investigación fue archivada, su hipótesis inicial establecía que se podrían estar limitando las opciones de los consumidores mediante el aumento de los estándares de la normativa, junto con dejar menos espacio para la innovación. A nivel comparado, hay agencias de competencia que se han pronunciado sobre los acuerdos de cooperación, intentando establecer criterios para disminuir las incertezas y no convertirse en obstáculos o generar el riesgo de ser catalogadas como conductas anticompetitivas para acuerdos que irroguen beneficios ambientales, procurando un correcto equilibrio entre aplicar la ley y que no se haga mal uso de la normativa.

A modo de ejemplo, la agencia inglesa CMA publicó en marzo de 2021 su *Annual Plan 2021/22* en donde destaca especialmente su declaración respecto al rol activo que desarrollará apoyando la transición de la economía hacia una de bajas emisiones de carbono, asumiendo como compromiso participar activamente en el desarrollo de acuerdos que promuevan la sostenibilidad ambiental en armonía con las políticas de competencia<sup>28</sup>.

A nivel legislativo, la Unión Europea contempla reglas para considerar los beneficios verdes que algunos acuerdos entre competidores pueden producir en materia de sostenibilidad. Por ejemplo, si bien el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea contempla una prohibición general de acuerdos entre competidores<sup>29</sup>, su numeral 3, realiza una excepción, señalando que la prohibición “*podrán ser declaradas inaplicables a: - cualquier acuerdo o categoría de acuerdos entre empresas, - cualquier decisión o categoría de*

---

cuanto ciertas reglas impedirían el ingreso de terceros a la asociación, entorpecerían la participación equitativa dentro del sistema y fomentaría la existencia de riesgos coordinados y conflictos de interés.

28 Ver CMA, *Annual Plan 2021/22* (marzo 2021), 24-25, [https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/972070/CMA\\_Annual\\_Plan\\_2021\\_to\\_2022\\_---.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/972070/CMA_Annual_Plan_2021_to_2022_---.pdf).

29 Dicho artículo señala “serán incompatibles con el mercado interior y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia”.

*decisiones de asociaciones de empresas, - cualquier práctica concertada o categoría de prácticas concertadas, **que contribuyan a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, y reserven al mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante**, y sin que: a) impongan a las empresas interesadas **restricciones que no sean indispensables** para alcanzar tales objetivos; b) ofrezcan a dichas empresas la posibilidad de **eliminar la competencia** respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate" (énfasis agregado).*

De esta manera, se ha insertado en el análisis de impacto, la sostenibilidad como una eficiencia en materias de competencia, superando el análisis tradicional de reducción de costos por parte de las empresas. Así, ciertos países de la Unión Europea, a partir de dicha regulación, han considerado que los beneficios de sostenibilidad se pueden entender como parte de la reducción de las externalidades negativas en la producción y consumo de productos y por tanto se encontrarían comprendidos dentro de las hipótesis regulatorias que permite excepcionalmente acuerdos entre competidores.

Establecido lo anterior, el análisis se debe centrar en demostrar que los beneficios verdes que se produzcan con motivo de los acuerdos entre empresas sean efectivamente traspasados a los consumidores de una manera equitativa. En este sentido, y con el objeto de graficar el cumplimiento de este requisito, encontramos que la reducción de gases de efectos de invernadero es efectivamente compartida por todos los ciudadanos del mundo por lo que, acreditada su reducción, por definición un acuerdo con este objeto cumpliría con este estándar.

Sin embargo, en el contexto de un análisis de competencia, el concepto de consumidor es más restringido al mercado relevante, por tanto, se genera la discusión respecto a quiénes pueden ser considerados como beneficiarios.

En este sentido la agencia holandesa ACM –en su segundo borrador de guía sobre acuerdos de sostenibilidad– propone que los consumidores del bien afectado por el acuerdo no necesitarían ser compensados totalmente si otros se benefician de manera suficiente y se está ayudando al medioambiente mediante una práctica concreta y reconocida<sup>30</sup>.

Una dificultad adicional que plantea este tipo de análisis es la capacidad de las agencias de competencia para poder valorar los efectos en materia de sostenibilidad y si el acuerdo o práctica que se analiza bajo la perspectiva de competencia es la más eficiente y necesaria y que con ella se obtiene el resultado más beneficioso para los consumidores. Así, las agencias deben establecer reglas claras en el sentido, como proponer que será de cargo de los agentes económicos acreditar con expertos el cumplimiento de los fines en materia de sostenibilidad y proponer mecanismos de fiscalización de los acuerdos, de tal manera que no se extiendan a variables comerciales que terminen por eliminar o reducir la competencia entre empresas.

## V. CONCLUSIONES

Existe consenso a nivel mundial de la urgencia de adoptar por parte de los gobiernos y los agentes económicos un modelo de desarrollo sostenible que exige implementar medidas eficaces para hacer frente a la crisis climática.

---

<sup>30</sup> Authority for Consumers & Markets, *Second draft version: Guidelines on Sustainability agreements - opportunities within competition law* (enero 2021), 14.

Incorporar criterios de sostenibilidad en el análisis de la política de competencia puede resultar muy beneficioso para ambos fines, puesto que aumenta la intensidad competitiva, dado que incentiva una mayor innovación, mejoras en la calidad y variedad de productos, promoviendo el desarrollo de eficiencias verdes, así como desde la perspectiva del bienestar del consumidor dado la creciente valoración por productos *eco-friendly*.

Si bien la relación entre competencia y sostenibilidad es una materia de estudio reciente –y creciente–, el entendimiento entre ambos fines se hace más urgente considerando que, si bien, un adecuado nivel de competencia generalmente aumentaría las innovaciones verdes y el desarrollo de procesos productivos sostenibles, existen fallas de mercado que impiden o retardan las iniciativas individuales de los agentes económicos en este sentido.

Por ello se ha analizado que la autorregulación, en la modalidad de cooperación verde entre agentes económicos, es un caso en que puede dar lugar a resultados positivos en materia de sostenibilidad, sin embargo, puede generar restricciones a la competencia, lo que hace necesario su revisión exhaustiva por parte de las autoridades de competencia, siendo deseable existan criterios para su análisis *ex ante* a su conformación

Recientemente, en el derecho comparado, se han dictado guías por las agencias de competencia con el objeto de establecer criterios para celebrar y ejecutar acuerdos de cooperación verde, de tal manera de disminuir las incertezas respecto del riesgo de ser catalogados como conductas anticompetitivas, siempre y cuando estos acuerdos irroguen beneficios ambientales. Explicitar tales criterios busca promover un entendimiento entre sostenibilidad y las normas de competencia.

Dado que Chile tiene un desarrollo económico basado principalmente en la explotación de recursos naturales, creemos que es relevante que se explicita a nivel nacional por los organismos de libre competencia si los criterios de sostenibilidad serán considerados en el análisis de competencia y bajo qué términos, de tal manera de contribuir desde la política de competencia a lograr una economía sostenible y fomentar dicho objetivo.





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

**Cómo citar este artículo:**

Vanessa Facuse Andreucci y Stefan Goecke Ruz , "Sostenibilidad y competencia: un entendimiento desafiante", *Investigaciones CeCo* (noviembre, 2021),

<http://www.centrocompetencia.com/category/investigaciones>

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