



# **ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE Y SOSTENIBILIDAD MEDIOAMBIENTAL: EXPLORANDO NUEVOS HORIZONTES**

**Álvaro Ignacio Espinosa Vásquez**

# Abuso de Posición Dominante y Sostenibilidad Medioambiental

## Explorando nuevos horizontes

Junio 2022



### Álvaro Ignacio Espinosa Vásquez

Abogado. Universidad Adolfo Ibáñez. Magíster en Regulación Económica de la misma universidad. PG Diploma in Economics for Competition Law, King's College London. Diplomado en Libre Competencia, Pontificia Universidad Católica. Diplomado en Protección de Datos Personales, Pontificia Universidad Católica. Actualmente, Legal Manager en Mercado Libre. Con anterioridad, asociado principal del grupo de libre competencia en Philippi Prietocarrizosa Ferrero DU & Uría. Profesor de derecho comercial, derecho bancario, fintech y de plataformas digitales de la Universidad Adolfo Ibáñez. Las opiniones vertidas en la presente investigación reflejan mis opiniones personales y no a las instituciones en que me desempeño profesionalmente.

*"We are facing what could be the biggest market failure in the history of mankind. This market failure is caused by the negative externalities related to the production and consumption of many of the products we consume. These products come with significant hidden costs that are not included in the price, the costs of climate change. We will not only face some of these costs ourselves, but more importantly we are passing on the bulk of these costs to the world's children and their children's children."<sup>1</sup>*

## I. INTRODUCCIÓN

La crisis climática<sup>2</sup> es una amenaza existencial para todas las especies que habitamos este planeta. Somos nosotros, los seres humanos, los que hemos generado y continuamos empeorando esta situación. Por mano propia, nuestro planeta puede, realista, pero ojalá no inevitablemente, dejar de ser capaz de sostener vida como la conocemos.

Cada año que pasa, foros de expertos, políticos y de la sociedad en general reiteran el alarmante empeoramiento del cambio climático y la urgente necesidad de tomar medidas efectivas para detener su avance. La meta de mantener la temperatura de nuestro planeta por debajo de 1,5 C° es crítica para nuestra existencia como la conocemos y, sin embargo, hoy es lejana<sup>3</sup>. Simplemente no estamos haciendo lo suficiente y todos los pronósticos serios son claros: mantener el rumbo actual es insostenible.

En nuestro planeta, en nuestro país<sup>4</sup>, ya se viven los efectos del cambio climático: sequías, extinción de

1 Discurso "Climate Change Requires a Fresh Look on Fair and Efficient in Competition Law", Martijn Snoep, Presidente de la autoridad de competencia neerlandés, 16 de junio de 2022. Su discurso se enmarca en el contexto de las iniciativas de la autoridad de competencia neerlandesa para promover acuerdos de cooperación horizontal pro sostenibilidad. Disponible en: <https://www.acm.nl/en/publications/speech-martijn-snoep-climate-change-requires-fresh-look-fair-and-efficient-competition-law> [Visitado por última vez el: 28-06-2022]

2 "El último Informe del Panel de Expertos de las Naciones Unidas reveló que el daño ambiental en el planeta es irreversible. Tanto así que ya no debemos hablar de Cambio Climático, sino que derechamente de Crisis Climática". Disponible en: <https://www.gob.cl/plan-sequia/> [Visitado por última vez el: 24-05-2022].

3 La tercera parte del Informe del Intergovernmental Panel on Climate Change (IPCC), preparado por la colaboración de 270 científicos de más de 60 países distintos y publicado en abril de 2022 confirmó que: 1) "It is unequivocal that human influence has warmed the atmosphere, ocean and land"; y 2) el planeta alcanzará el nivel de 1,5 C° dentro de las próximas décadas (ya estamos en 1,1C°), en palabras del informe, salvo que tomemos medidas drásticas para cortar las emisiones de carbono nos enfrentamos a un desastre medioambiental.

4 Para mayor información del impacto nacional, véase Plan Sequía del Gobierno de Chile: "Chile atraviesa la más profunda y extensa sequía de su historia. Nunca antes el país había sufrido una condición de escasez hídrica como la que estamos viviendo, sobre todo la zona comprendida entre Atacama y la Araucanía. Enfrentar esto es un trabajo de todos como sociedad". Como es sabido, hace

especies, variaciones en las temperaturas y en el clima, alzas en el nivel del mar. El listado es largo y aciago y, como normalmente ocurre, quienes más sufren son quienes menos contribuyen al problema. La desigualdad social y económica también es medioambiental.

Los párrafos anteriores son tanto una declaración de principios como también una de las premisas de esta investigación, ya que, con ella en mente, nos preguntamos si acaso existe un rol para el derecho de la competencia en la promoción y protección de consideraciones medioambientales, dentro del contexto del funcionamiento competitivo de los mercados. Pensamos que la hay, aunque limitada.

En efecto, en esta hora crítica de nuestra historia, han surgido iniciativas desde la institucionalidad de libre competencia para que esta rama del derecho realice su aporte a la consecución de objetivos medioambientales<sup>5</sup>.

Dentro de las opciones de acción de la libre competencia en la protección al medioambiente y promoción de prácticas sostenible, a nivel general, podemos encontrar la dogmática de los acuerdos de colaboración entre competidores con fines de sostenibilidad<sup>6</sup> y el análisis de operaciones de concentración y sus impactos en la innovación en tecnologías y/o productos “verdes”<sup>7</sup>.

En relación con los acuerdos de sostenibilidad, estos se han planteado como una alternativa para que la libre competencia promueva la sostenibilidad. Dependiendo de la definición de eficiencia y su relación con el estándar de *bienestar del* consumidor, el acuerdo horizontal cuyo propósito es generar (mayor) sostenibilidad en una industria podría encuadrarse como un acuerdo que genera eficiencias y que no es anticompetitivo, e.g., acuerdos en investigación y desarrollo, acuerdos para la fijación de nuevos estándares o acuerdos de interoperabilidad.

En este trabajo analizaremos si existe espacio para que el derecho de la competencia pueda aportar a consideraciones medioambientales desde la perspectiva de las conductas unilaterales. Al menos teóricamente, una alternativa podría ser elevar el estándar de lo que consideramos competencia efectiva de forma tal que ésta incluya, de por sí, criterios de sostenibilidad. Esta inclusión analítica podrá ser directa o indirecta, por ejemplo, a través de la subsunción de la sostenibilidad en otros factores distintos del precio más comunes en el análisis de competencia, i.e., calidad o innovación.

Lo anterior, con el objetivo de ampliar aquello que consideramos dogmáticamente como un abuso de posición dominante para que se alcancen conductas que afecten la sostenibilidad y, al mismo tiempo, la competencia en

---

pocas semanas, se anunció la alta probabilidad de que este año 2022 la Región Metropolitana deba considerar racionamiento de agua para ciertas comunas para hacer frente a la sequía. Llegando a fines de mayo de 2022, se acumula el 4to mayo consecutivo sin precipitaciones en el sector urbano de Santiago.

- 5 La libre competencia no está sola en este camino, otras ramas del derecho también están incorporando consideraciones de sostenibilidad a través de distintas iniciativas. Por ejemplo, entre nosotros, la Comisión para el Mercado Financiero emitió normativa que incorpora exigencias de información sobre sostenibilidad y gobierno corporativo. Entre otras cosas, la regulación implica reportar las métricas en materia de sostenibilidad siguiendo la clasificación de industrias Sustainable Industry Classification System y la Sustainability Accounting Standards, establecidas por la Sustainability Accounts Standards Board. Según la propia CMF: “La normativa busca proveer de esa información a objeto que los inversionistas y el público en general puedan evaluar y seleccionar aquellas alternativas de inversión en que estarían mejor resguardados sus intereses y distinguir aquellas compañías más preparadas para identificar, cuantificar y gestionar sus riesgos”. Vínculo a la nota de la CMF: <https://www.cmfchile.cl/portal/prensa/615/w3-article-49804.html> [Última vez visitado: 28-06-2022]
- 6 Por un lado, se argumenta que sin un *enforcement* más benigno muchas de estas colaboraciones no se realizarán y, sin ellas, los agentes económicos, en forma individual, no tienen incentivos para desarrollarlas por sí mismos. *First mover disadvantage* es el concepto acuñado para ilustrar ese desincentivo. Existen diversas autoridades, académicos y *practitioners* que han analizado y promueven estos acuerdos de colaboración y, entre nosotros, también ya existen las primeras aproximaciones doctrinarias al tema.
- 7 En este trabajo denominamos con el término “verde” a aquella innovación y/o productos que se caractericen por promover procesos o generar productos reciclables, biodegradables, *eco-friendly*, de fuentes que respeten el *fair trade*, de bajo impacto medioambiental. En esto, seguimos a Volpin, Cristina; Sustainability as a Quality Dimension of Competition: Protecting Our Future (Selves), Competition Policy International, Julio, 2020.

los mercados afectados. De esa forma, podrían perseguirse directamente prácticas unilaterales anticompetitivas no-sostenibles, potenciando este tipo de competencia efectiva, en vez de o complementariamente a permitir acuerdos entre competidores que impliquen una atenuación de la libre competencia.

Al efecto, es relevante destacar que para el último *Competition Day* de la OCDE, el background paper sobre *Environmental Considerations in Competition Enforcement* consideró un capítulo, breve, pero explícito sobre consideraciones unilaterales en materia de sostenibilidad.

En este trabajo, la segunda sección de esta investigación explica la posibilidad de aplicar la libre competencia en materia de sostenibilidad como una “*espada*”, a través de la investigación y sanción de abusos de posición dominante anticompetitivos y no-sostenibles. La tercera sección identifica algunas de las decisiones conceptuales que serían necesarias para la aplicación de la hipótesis normativa anterior. La cuarta sección identifica algunas prácticas no sostenibles como abusos de posición dominante, ya sean exclusorias y/o explotativas. La quinta sección revisa someramente la posibilidad de aplicar nociones de libre competencia como un “*escudo*” frente a la investigación y eventual sanción de posibles infracciones unilaterales, en particular las defensas por eficiencias. La sexta sección presenta las conclusiones.

## II. ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE COMO UNA “ESPADA” EN LA PROTECCIÓN AL MEDIOAMBIENTE

La hipótesis específica de la aplicación de las reglas de abusos unilaterales como una herramienta para promover la sostenibilidad al interior de la institucionalidad de libre competencia ha sido menos estudiada en el derecho comparado. De forma que no sorprende que todavía sea muy lejana a nuestra realidad.

Respecto a esta posibilidad se ha dicho que es más radical<sup>8</sup>, teórica<sup>9</sup> y de aplicación práctica limitada, y lo cierto es que sus dificultades técnicas y prácticas no pueden ser negadas. Sin embargo, si al permitir o analizar colaboraciones horizontales pro sostenibilidad conceptualmente podemos considerar que existe un valor o una eficiencia<sup>10</sup>, sea que vaya en pos de una noción general de bienestar del consumidor o de una noción menos ortodoxa de interés público, vale la pena preguntarse si acaso no existe un disvalor o una ineficiencia en conductas unilaterales que generan un impacto negativo en el medioambiente, ejecutadas por agentes económicos que detentan poder de mercado o que pretendan así obtenerlo, y que tienen por objeto u efecto excluir competidores o explotar consumidores.

En este punto, es relevante considerar cómo compatibilizamos una conducta no sostenible con la definición

---

8 Lundgren, Lars; A competitive environment? Articles 101 and 102 TFEU and the European Green Deal, p. 73. “*With regard to exploitative conduct, the approach taken by Iacovides and Vrettos as well as Holmes must be considered radical*”.

9 Lundgren, Lars; A competitive environment? Articles 101 and 102 TFEU and the European Green Deal, p. 85. “*With regard to Article 102 TFEU, however, the use of the Article as a sword is mostly theoretical. Although Article 102 TFEU prima facie allows for environmental degradation or other unsustainable practices to be considered abusive, that does not appear to be the case in practice*”.

10 Incluso la aseveración de que una producción más sostenible es eficiente, desde una perspectiva de libre competencia, no está exenta de cuestionamientos. Por ejemplo, una eficiencia que involucre un cambio tecnológico que reduce las emisiones de carbono en la producción de un producto, pero incrementa o mantiene idéntico su precio final a los consumidores. Para considerarla como una eficiencia, en sí misma, de forma tal que pudiera ser susceptible de protección y/o incentivo desde la perspectiva de libre competencia tendría que aceptarse en forma más amplia el peso de factores distintos al precio en la evaluación de competencia. Ello, incluso considerando la duración de la eficiencia específica, ya que las innovaciones verdes no sólo pueden tener un impacto inmediato, sino que, además, pueden tener un en el mediano y largo plazo, impactando o beneficiando al consumidor inmediato, pero, también al intergeneracional. Ello, sin incluir el bienestar de la sociedad toda, intergeneracional también, dentro de la ecuación.

de una posición dominante y su abuso. Al efecto, se ha sostenido que, si una compañía incurre en conductas o prácticas no sostenibles, asumiendo algunos de los costos que normalmente se siguen de dichas conductas, pero, externalizando significativamente los costos sociales en tanto estos impactan en el medioambiente, de una forma muy real, dicho agente económico está actuando de forma independiente de sus inversionistas, proveedores, competidores, clientes y consumidores. En efecto, se ha estudiado el nivel de vinculación existente entre poder de mercado, concentración de un mercado, infracciones medioambientales e infracciones anticompetitivas por parte de empresas, concluyéndose que existiría un nexo entre poder de mercado y prácticas no sostenibles<sup>11</sup>.

Dicho de otro modo, es plausible que las compañías que gozan de poder de mercado y/o que operan en mercados concentrados sean proclives a implementar conductas no sostenibles porque su posición de mercado les permite extraer mayores beneficios netos de dichas conductas. Ello, porque en mercados caracterizados por la intensidad de la competencia es posible ver mayores niveles de conductas sostenibles de aquel tipo denominado “responsabilidad social corporativa”. En ese sentido, se ha sostenido que, si bien no existiría causalidad entre poder de mercado y prácticas no sostenibles, el poder de mercado sería un facilitador de estas prácticas<sup>12</sup>.

Sin perjuicio de todo lo anterior, la crítica ortodoxa es clara e intuitiva: estos problemas son de regulación medioambiental y no de libre competencia, la inclusión de factores medioambientales en el análisis de libre competencia afectaría la certeza jurídica en la aplicación de la normativa de competencia. Además, es crítico en la problemática que no existan herramientas de medición cuantitativas que permitan, de una forma efectiva, determinar el precio que internalice las externalidades medioambientales de un agente económico en una industria específica. En esa misma línea, incluso si lo anterior fuera fácilmente ejecutable, no es claro que sea una alternativa óptima que la institucionalidad de libre competencia sea la encargada de establecer cuál es el precio o rango de precios que sea a la vez eficiente y sostenible.

En consideración a lo anterior, si bien, es cierto que una opción válida dentro de la dogmática de libre competencia es una división de aguas a rajatabla y binaria entre los bienes jurídicos protegidos por la libre competencia y el derecho medioambiental, de forma tal de cerrar la posibilidad por completo, me parece que esta posibilidad tiene similitudes y no parece ser conceptualmente distinta a la pretensión de incluir consideraciones laborales o de privacidad y tratamiento de datos personales en sede libre competencia<sup>13</sup>. Si estamos dispuestos a cruzar ese Rubicón, existen otros valores que vale la pena considerar también.

---

11 Iacovides, Marios C. & Vrettos, Christos, Falling through the cracks no more? Article 102 TFEU and sustainability I – the nexus between dominance, environmental degradations, and social injustice”, Stockholm Faculty of Law, Research Paper Series N° 79, 2020.

12 Iacovides, Marios C. & Vrettos, Christos, Falling through the cracks no more? Article 102 TFEU and sustainability I – the nexus between dominance, environmental degradations, and social injustice”, Stockholm Faculty of Law, Research Paper Series N° 79, 2020, p. 13.

13 En efecto, respecto a la fiscalización de competencia de las Big Tech mucho se ha escrito sobre el uso y mal uso de Big Data por parte de agentes económicos que les otorguen ventajas competitivas. Existe doctrina y jurisprudencia comparada sobre la necesidad de obligaciones de acceso e interoperabilidad de la data entre agentes económicos para precaver riesgos exclusorios, riesgos explotativos en la recopilación, tratamiento y almacenamiento de datos personales con el objeto u efecto de obtener una ventaja anticompetitiva, e.g., data envelopment, lo que implica considerar a ciertos estándares de protección de privacidad como un factor de la calidad de los productos y servicios ofrecidos, el acaparamiento de grandes bases de datos en operaciones de concentración que implica entenderlo como un insumo competitivo, etc.

### III. UN NUEVO MARCO DE “COSTOS” Y “EFICIENCIA”

La ejecución de prácticas no sostenibles por parte de un agente económico que detenta una posición dominante en el mercado podría, conceptualmente al menos, generar efectos exclusorios y/o explotativos. Por ejemplo, si este agente dominante ofrece sus productos y/o servicios a un precio (significativamente) inferior al de un competidor igualmente eficiente que actúa de manera sostenible; impone un precio (significativamente) inferior para la adquisición de insumos generando desincentivos a la sostenibilidad; o bien, impide o restringe que otros agentes económicos incurran en prácticas de negocio sostenibles y/u ofrezcan productos y/o servicios “verdes”<sup>14</sup>.

Las conductas o prácticas no sostenibles pueden tener menores costos de producción, lo que refleja bajos estándares en algún factor, desde bajas remuneraciones en materia laboral a externalidades medioambientales no compensadas. Con lo cual, en la hipótesis va implícito que el precio actual de mercado del producto o servicio ofrecido por un agente económico que utiliza una tecnología no sostenible o contaminante no es, en efecto, el *verdadero* precio de mercado del bien<sup>15</sup>. Teóricamente esto es consistente con el hecho que la contaminación es típicamente una externalidad negativa que los agentes económicos imponen sobre la sociedad o sobre una comunidad determinada.

Hasta cierto punto, lo anterior es una invitación a que la institucionalidad de libre competencia incorpore e integre dentro de sus herramientas conceptuales la idea que la sostenibilidad debe ser un factor en la noción de eficiencia, en tanto efecto dinámico, de forma tal que el estándar de comparación de un competidor igualmente eficiente —relativo que sea— se considere también desde una perspectiva de sostenibilidad y no se prescinda de ella.

Alternativamente, la sostenibilidad podría incorporarse dentro de aquellos factores o dimensiones de la competencia no vinculados al precio, ya sea en sí misma, como competencia en sostenibilidad, o bien, subsumido en el factor calidad o una combinación de las anteriores<sup>16</sup>. De hecho, de considerarse que existe en un mercado competencia por mayor sostenibilidad, se ha sugerido una variación conceptual del test SSNIP a un *small but significant and non transitory decline in sustainability*<sup>17</sup> y se han plasmado nociones de cómo medir el *willingnes-to-pay* de los consumidores por mayor sostenibilidad y las *out-of-market efficiencies*<sup>18</sup>.

Nótese que, intuitivamente, rechazaríamos la conclusión inversa, i.e., una conducta no sostenible o una práctica contaminante puede llevar a un precio al consumidor final más bajo, pero ¿estaríamos

14 Lundgren, Lars; A competitive environment? Articles 101 and 102 TFEU and the European Green Deal, p. 69.

15 “Commentators argue that pricing analyses may even be adapted to take into account that the market price is not the true price, thus making it possible to consider the environmental externalities (on the firm and on society) in the assessment of loyalty rebates, predatory pricing or margin squeeze. Competition authorities could assess whether, for instance, it is the recourse to polluting materials or GHG emitting technologies that gives the dominant firm a competitive edge and enables it to undercut its rivals”, OECD, background paper *Environmental Considerations in Competition Enforcement*, OCDE, *Competition Day*, pág 31. Citando a Dolmans, M. and H. Mostyn (2021), “Editors’ Preface”, *Dominance and Monopolies Review*.

16 En este sentido, se ha sostenido que: “(...) sustainability may be a non-price dimension of competition affecting the dynamic effects of a given form of conduct or transaction. Lower environmental impact, in other words, may equal more quality, more choice or more innovation.” Volpin, Cristina; *Sustainability as a Quality Dimension of Competition: Protecting Our Future (Selves)*, Competition Policy International, Julio, 2020.

17 Volpin, Cristina, op. cit.

18 Watson, Nadine, *Measuring environmental benefits in competition cases*, Roundtable on Environmental Considerations in Competition Enforcement, Compass Lexecon, OCDE, Diciembre, 2021.

dispuestos a calificar dichas prácticas como generadoras de una eficiencia traspasable al consumidor? Así planteada la pregunta, me parece que la respuesta es o debiese ser que no. Existiría allí un *algo* que nos hace pensar que el producto podrá ser nominalmente más bajo en precio, pero, en el ajuste precio/calidad o, si se quiere, precio/sostenibilidad habría una ineficiencia, un menoscabo para el consumidor y/o una ventaja indebida frente a competidores.

Por cierto, una decisión como esta implica, hasta cierto punto, que las autoridades de libre competencia se inmiscuyan en decisiones de *policy* medioambientales, con las críticas que ello conlleva, sin embargo: *"A dominant undertaking may for example create a large amount of environmental externalities in the shape of GHG emissions, pollution or harm to biodiversity, which can reasonably be avoided. Intervention in such cases must of course be decided on with care. For example, it should at first be evident that the market will not self-correct. While undertakings can compete on sustainability and environmental protection, it does not appear that it is as strong competitive constraint as price. Under such circumstances, intervention against exploitative environmental abuses may be justified from a competition policy perspective."*<sup>19</sup>

Ahora bien, esta posibilidad se percibe conceptualmente más cercana en aquellos casos en donde exista una afectación en alguna dimensión cuantitativamente medible de la competencia, i.e., precios, y en aquellos ordenamientos jurídicos que contemplen la noción de *"fairness"* en la competencia en precios o en otros factores dentro del análisis de competencia propiamente tal.

En efecto, el artículo 102(a) del TFUE prohíbe, como un tipo de abuso el *"imponer directa o indirectamente precios de compra, de venta u otras condiciones de transacción no equitativas"* (*unfair purchase or selling prices or other unfair trading conditions*). En consideración a su lenguaje, los analistas indican que esta prohibición podría permitir incluir consideraciones medioambientales, en tanto tengan un impacto en competencia, como prácticas que involucran otras condiciones *no-equitativas o unfair*.

Si bien, nuestra institucionalidad no tiene válvulas conceptuales como la de *"fairness"*, sí se nutre de conceptos como posición negociadora, dependencia económica y prácticas desleales abusivas que pueden usarse para encasillar una conducta no sostenible concreta en la noción de abuso.

Ejemplos que se han dado al efecto son los precios excesivamente bajos que ofrecen los retailers a los agricultores por su producción, sin que éstos se traspasen al consumidor final. Si bien podría mirarse como una transferencia de rentas entre privados, lo cierto es que la posición negociadora que permite el "abuso" de precios excesivamente bajos puede calificar como una práctica de negocios no sostenible<sup>20</sup> como se verá *infra*.

Por su parte, desde el momento en que los avances tecnológicos pro sostenibilidad son, para muchas industrias en forma específica y plausiblemente para todas en algún nivel más general, competencia en innovación para ofrecer productos "verdes", se debe recordar que, hoy en día, la competencia dinámica implica considerar cómo los agentes económicos compiten en innovación y cómo, *contrario sensu*, prácticas unilaterales (y coordinadas) que impacten en los incentivos a innovar que tengan los agentes económicos pueden ser y han sido consideradas anticompetitivas.

La industria farmacéutica es un típico ejemplo en donde la investigación y desarrollo de nuevas tecnologías

<sup>19</sup> Lundgren, Lars; A competitive environment? Articles 101 and 102 TFEU and the European Green Deal, p. 85.

<sup>20</sup> OECD, Sustainability and Competition – Note by Greece, Diciembre, 2020, párrafo 45, p.13.

y/o productos es un factor competitivo relevante, donde la institucionalidad de libre competencia ha debido analizar en detalle los efectos de acuerdos horizontales, e.g., acuerdos de investigación y desarrollo, y dónde también se reconocen teorías de daño anticompetitivo como el *pay-for-delay*, *killer acquisitions* y concentraciones que detienen innovaciones, entre otras.

Las consideraciones relativas a prácticas unilaterales vinculadas al medioambiente pueden canalizarse en una línea similar. Ello, tanto en aquellos mercados relevantes donde la innovación permita ofrecer nuevos productos y/o servicios más eco-sostenibles. Es decir, creación de mercado. Pero, también, respecto de aquellas innovaciones tecnológicas que impliquen mejoras en procesos o técnicas para disminuir los impactos negativos de la industria de que se trate. Esto último puede ser más complejo, ya que implica que la institucionalidad de libre competencia tenga las herramientas y pueda, conceptualmente, reconocer que existen eficiencias pro-competitivas que, siendo sostenibles, no necesariamente impliquen una reducción en el factor precio o incluso más supongan un incremento.

## IV. PRÁCTICAS NO SOSTENIBLES COMO ABUSOS DE POSICIÓN DOMINANTE

### 1. Abusos exclusorios

Teniendo presente las consideraciones previas, las teorías de daños de prácticas abusivas anticompetitivas no-sostenibles podrían implicar una ventaja competitiva con al menos la aptitud causal de desplazar indebidamente a agentes económicos que no incurran en prácticas similares o que derechamente inviertan en prácticas sostenibles. Alternativamente, la práctica podría implicar que los agentes económicos cesen en la implementación de prácticas sostenibles para *meet the competition*.

Ahora bien, en principio, cualquier agente económico puede implementar prácticas de negocio no sostenibles. El *quid* en materia de competencia está en si el agente tiene o no poder de mercado o si la conducta le permite razonablemente alcanzar una posición dominante.<sup>21</sup> Ello quiere decir que bien podrían existir prácticas no-sostenibles que no impactan la libre porque no tendrían la aptitud causal de afectar la competencia en el mercado. Sin embargo, esta parece una proposición aceptable desde la dogmática de la libre competencia para hacer posible su aplicación.

Así las cosas, la falta de internalización, por parte del agente económico dominante, de los costos de su contaminación, en sentido amplio, puede implicar una distorsión tal en los precios del producto y/o servicio que, de cara a agentes económicos igualmente eficientes, considerando el factor sostenibilidad, puede otorgar una ventaja competitiva teóricamente subsumible en el tipo infraccional genérico de restricción de la libre competencia de corte abusivo, o bien, tipos infraccionales anticompetitivos como imposición de condiciones contractuales abusivas, precios predatorios o estrangulamiento de márgenes<sup>22</sup>.

---

21 Iacovides, Marios C. & Vrettos, Christos, Falling through the cracks no more? Article 102 TFEU and sustainability I – the nexus between dominance, environmental degradations, and social injustice”, Stockholm Faculty of Law, Research Paper Series N° 79, 2020, p. 18.

22 “Often selling prices are unsustainably low because they do not reflect the true costs of production. Obvious examples are where some of the costs of production have been off loaded onto society (eg in the form of carbon emissions not captured or effluent not treated and dumped on land or in rivers)-the-so-called “negative externalities”. Another example is where the prices paid for inputs (whether raw materials like cocoa or exploitative labour) are unsustainably low (i.e. because they do not reflect the true costs of purchasing those inputs). In these instances the prices might be shown to be predatory once the “true” costs of production are properly taken into account (but otherwise applying the usual test for predations as set out by the courts in cases like Axso). Again this is not easy (but nor have historic predatory pricing cases been) and merits further consideration-especially by environmental economists.” En Holmes, Simon; Meagher,



El análisis práctico de estas situaciones tendría que ser muy fino, entre muchas razones, por ejemplo, porque bien podría darse que varios agentes económicos de una industria específica generen externalidades negativas no compensadas y, por sí solo, el mero hecho que el agente económico dominante de ese mismo mercado no internalice el costo de sus externalidades no necesariamente generará efectos exclusorios.

Asimismo, existe otra razón para pensar que estas hipótesis infraccionales no tendrán un *enforceability* y es que, hasta cierto punto, decidir a su respecto puede implicar, incluso indirectamente, que la autoridad de libre competencia establezca una línea, un estándar mínimo de sostenibilidad, bajo el cual el agente económico dominante efectivamente está incurriendo en el abuso. Ello, en circunstancias que la autoridad de libre competencia no es la autoridad especializada para definir dichos estándares e históricamente rehúye actuar como regulador.

Como se puede apreciar, si por ninguna otra dificultad, este obstáculo puede ser insoslayable si no se le aproxima desde una perspectiva conjunta de *policy* y *enforcement*. Ello, porque pueden existir diversas soluciones, todas teóricas e inexploradas para este específico problema. Por ejemplo, hoy en día, a efectos del análisis de ilícitos anticompetitivos y/o de operaciones de concentración, nuestras autoridades pueden establecer que un producto es de menor calidad que otro y, en el ajuste precio/calidad, que un producto es más *caro* o *barato* que otro. En efecto, nuestras autoridades pueden establecer que se produce un "*menoscabo a variables distintas al precio, tales como términos de uso de las plataformas (ej. políticas de privacidad)*"<sup>23</sup>.

De esta forma, si bien parece claro que el estándar propiamente técnico del factor en cuestión sea cual sea éste, no es de la *expertise* de las autoridades de libre competencia, el análisis económico subyacente a la inversión en innovación verde, a la implementación de prácticas sostenibles (o no) de cara a los costos, precio y calidad de los productos, sí lo es. Con lo cual, para un análisis de competencia, puede no ser necesario establecer un umbral de cumplimiento fijo, como si se tratase de regulación o fijación de precios. Siguiendo el ejemplo, la noción de un menoscabo en las políticas de privacidad no implica que la autoridad de libre competencia esté fijando un estándar de privacidad concreto.

## 2. Abuso por infracción de estándares regulatorios

Otro tipo de abuso de posición dominante anticompetitivo no sostenible podría existir en aquellas situaciones donde agentes económicos incurran en conductas que infrinjan la regulación medioambiental, existiendo una correlación entre el ahorro económico proveniente de no pagar los costos de dar cumplimiento a la regulación y la generación de una ventaja competitiva respecto de aquellos rivales que, dando cumplimiento a la normativa, incurren en mayores costos y, consecuentemente, ofrecieron sus productos a precios que están por sobre los del infractor dominante.

El típico ejemplo que se da en esta hipótesis es el de la disposición irregular de residuos o contaminantes, donde el incumplimiento normativo tiene, además, un impacto en los costos que experimenta el agente

---

Michelle, A Sustainable Future: How can Control of Monopoly Power Play a Part?, 3 de mayo, 2022, pág. 27. Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=4099796> [Última vez visitado: 24-05-2022]

23 Fiscalía Nacional Económica, Guía para el Análisis de Operaciones de Concentración Horizontales, Santiago, mayo de 2021, párrafo, 104.iii, p. 34

económico que éste podrá usar al momento de fijar sus precios para posicionarse por debajo de aquellos que provengan de una competencia que sea tanto efectiva como sostenible.

En comparación con las hipótesis anteriores, ésta tiene la ventaja de otorgarle a la autoridad de libre competencia un estándar regulatorio, emanado de una autoridad sectorial competente, contra el cual contrastar el análisis de aquello que es razonablemente exigible a agentes económicos que estén en un mismo eslabón de la cadena de producción.

### 3. Abusos explotativos

Como se comentaba *supra*, a propósito de los efectos explotativos, podemos imaginar una hipótesis donde los precios impuestos por agentes económicos dominantes respecto de insumos que adquieren aguas arriba en un mercado más atomizado con niveles de dependencia económica se considere como una práctica no sostenible explotativa, porque dichos precios son *demasiado bajos*<sup>24</sup> y no cubren los *verdaderos* costos de producción. Así, los precios que no lo hagan devienen en *unfair* o explotativos desde una perspectiva de derecho de la competencia<sup>25</sup>.

Estas prácticas pueden generar distintos tipos de problemas. Así, por ejemplo, desde una perspectiva de sostenibilidad social, el pago de precios excesivamente bajos a agricultores por parte de retailers que se apalancan de su posición negociadora como agregadores de oferta pueden generar incentivos para realizar un uso excesivo o no sostenible de la tierra, en tanto recurso escaso, desincentivándose prácticas sostenibles en la agricultura. También podría considerarse que el costo de producción debe cubrir algún nivel mínimo de sostenibilidad, precisamente para generar el incentivo adecuado. Más allá de fijar el estándar, siendo discutible que sea la autoridad de libre competencia quien lo haga, conceptualmente, lo relevante es fiscalizar como una ventaja competitiva abusiva el ofrecer precios que no cubran un mínimo de sostenibilidad.

Por otro lado, otro abuso explotativo en materia de sostenibilidad podría ser aquel en donde el agente económico dominante decide no usar una tecnología o metodología, preexistente, menos contaminante o más sostenible desde una perspectiva medioambiental, o bien, decide producir un bien y/o servicio que es (más) contaminante que otras alternativas plausibles, produciéndose un menoscabo de una variable distinta al precio, sea que le denominemos calidad o sostenibilidad, lo que en conjunto con su posición dominante impide o dificulta que los consumidores sustituyan su oferta, a pesar de que querrían acceder a productos y/o servicios (más) sostenibles<sup>26</sup>.

En ese sentido, si la dogmática de libre competencia ya tiene dificultades para establecer si los precios excesivos deben o no ser perseguidos y sancionados, sin añadir a ello si es que nuestro ordenamiento

24 Esta conceptualización y el ejemplo al efecto que se menciona proviene de: Holmes, Simon, "Climate change, sustainability, and competition law", *Journal of Antitrust Enforcement*, Volumen 8, Número 2, pp-354-405, julio, 2020, p. 384.

25 "A situation where there is an alignment between competition and environmental protection is, for instance, an exploitative conduct where a dominant firm sets unfair prices (e.g. excessively low prices for coffee or cocoa) by imposing environmental costs on society (e.g. local communities) and these low prices are not passed on to consumers. Such an analysis, however, would pose significant issues as regards determining what a fair price for the input is and what the true price might be." OCDE, *Environmental Considerations in Competition Enforcement*, 1 de diciembre, 2021, párrafo 136, p.31. Citando a Hellenic Competition Commission (HCC) (2020), Staff Discussion Paper, *Competition Law & Sustainability*, <https://www.epant.gr/en/enimerosi/competition-law-sustainability.html>

26 Otros ejemplos podrían ser limitaciones a la producción por parte de un actor dominante que tengan significancia en materia de sostenibilidad, e.g. limitar la habilidad de terceros de desarrollar métodos de producción (más) verdes, no satisfacer una demanda clara por más productos y/o servicios verdes o ser en extremo ineficiente rehusando tecnologías verdes e incrementando los costos de producción. Véase: Holmes, Simon; Meagher, Michelle, op.cit.

jurídico efectivamente contempla dicha posibilidad, la afectación medioambiental que podría ocurrir en la situación descrita ni siquiera tiene el nivel de transparencia que tienen los precios. No es fácil para los consumidores determinar si tal producto y/o servicio es más o menos contaminante que aquel. En esto, por cierto, sellos sobre reciclaje y sostenibilidad pueden ser útiles, pero, intuitivamente, carecen de la potencia y asertividad informativa de los precios.

En efecto, el análisis toma ribetes aún más complejos, ya que el ejercicio requeriría evaluar si las prácticas de negocios no sostenibles son en sí mismas explotativas (si pudieran llegar a serlo) de los consumidores específicos del producto y/o servicio en cuestión, o bien, de un segmento más amplio de consumidores no necesariamente afectados directamente, dentro de una especie de noción de interés público, o incluso de personas *intergeneracionalmente* afectadas.

A mayor abundamiento, la autoridad de competencia holandesa, en una nota de complemento a sus *policies* sobre acuerdos en materia de sostenibilidad<sup>27</sup>, considera que existen tres posibles beneficiarios para el análisis de sostenibilidad de acuerdos horizontales: el beneficiario individual que usa el producto, el usuario individual que no usa el producto o cuyo uso no se ve alterado por el incremento en sostenibilidad, pero que recibe algún valor por saber que otros grupos de consumidores sí se benefician y los beneficiarios colectivos donde, con independencia de la visión de un consumidor específico, existe un grupo más o menos objetivo de beneficiarios dentro de los que el consumidor es parte. Siguiendo esta lógica, *mutatis mutandis*, podría formularse una noción de consumidores perjudicados por prácticas anticompetitivas no sostenibles.

## V. LIBRE COMPETENCIA COMO “ESCUDO” DE LA SOSTENIBILIDAD

Por su parte, en el derecho comparado también ha surgido la posibilidad de que consideraciones medioambientales sirvan como un *escudo* de cara a la aplicación del derecho de la competencia. Esta aproximación se alimenta conceptualmente de la misma fuente sobre la que se construye la noción de promover y permitir acuerdos de colaboración horizontal entre competidores que generen eficiencias medioambientales de sostenibilidad.

En efecto, si consideramos que algunos acuerdos horizontales pueden justificarse por generar innovación verde, con independencia del análisis de detalle para fijar el estándar de aprobación, pues, entonces, parece posible aceptar conductas unilaterales con efectos restrictivos de la competencia que impliquen, en el agregado, promover o expandir la innovación verde u otro tipo de eficiencia pro sostenibilidad.

Así, por ejemplo, pueden imaginarse casos en que se cobra un precio mayor para cubrir costos medioambientales de producción, discriminación en precios según el nivel de uso que realice el consumidor, si recicla o si existen procesos de eficiencia energética en la producción aguas abajo, ventas atadas donde el producto atado es verde, precios excesivamente bajos para promover el ingreso de nuevos productos verdes, negativa a negociar con agentes económicos que no alcancen ciertos estándares medioambientales, empaquetamiento o ventas atadas donde el servicio o producto adicional es uno verde, entre otras casuísticas.

En el fondo, lo que subyace es un análisis de regla de la razón -si se quiere- en donde el resultado proporcional y objetivo positivo o pro-competitivo es el beneficio medioambiental.

<sup>27</sup> Authority for Consumers & Markets, What is meant by a fair share for consumers in article 101(3) TFEU in a sustainability context?, ACM Legal Memo, 27 de septiembre, 2021. Disponible en: <https://www.acm.nl/sites/default/files/documents/acm-fair-share-for-consumers-in-a-sustainability-context.pdf> [Última vez visitado: 24-05-2022]

Nótese que, para estos casos, dentro del análisis y balance de factores será necesario considerar si la eficiencia en sostenibilidad de que se trate es mayor, en un sentido que será necesario definir por la autoridad de libre competencia, a los efectos negativos que se generan para la competencia y el bienestar de los consumidores afectados en el mercado relevante específico en que la conducta se enmarque. Esto implica, al igual que en los casos horizontales, delimitar hasta qué punto el mercado relevante está compuesto únicamente por los consumidores específicos del producto y/o servicio en cuestión o si es posible, para el análisis de efectos, ampliar la visión a otros consumidores, la sociedad y, eventualmente, a personas intergeneracionalmente afectadas.

## VI. CONCLUSIONES

En una primera aproximación, una vinculación virtuosa entre la libre competencia y consideraciones medioambientales puede parecer lejana, tal vez, incluso, inexistente. El funcionamiento, desarrollo y profundidad del *mercado* se asocia, intuitivamente y no sin alguna razón, a industrias que contaminan, que arruinan ecosistemas, a actores inescrupulosos que, a sabiendas y para ahorrar recursos, esconden la contaminación que generan y desechan sus residuos en contra de la regulación vigente, afectando ecosistemas enteros y la salud de las personas.

Por supuesto, esta visión de las grandes empresas productoras y contaminantes, además de una caricatura, también es sólo una cara de la moneda. El consumo masivo actual genera la demanda y toda demanda recibe su oferta. Como consumidores, conscientes o negligentemente, no siempre sabemos o entendemos las implicancias y consideraciones medioambientales de los productos que consumimos y no es de extrañar que, incluso conociéndolas, muchos de nosotros descontamos tanto nuestro impacto individual en el agregado como, también, los efectos negativos que se generan para el medioambiente en lo inmediato y en el mediano a largo plazo.

Y, entonces, así planteado, ruega la pregunta ¿qué podría aportar la libre competencia a consideraciones medioambientales? La respuesta es, más bien, una decisión de *policy* y de *enforcement* que, probablemente (y tengo la esperanza), no sea binaria, sino de grados.

Como ha sido discutido desde los inicios de la libre competencia<sup>28</sup>, existen argumentos, históricos y económicos, para sostener que el objeto de la libre competencia está vinculado al bienestar del consumidor, entendido en una forma económica acotada o estricta. Este entendimiento puede llevarnos a concluir que la libre competencia tiene poco o nada que aportar en materias medioambientales.

Por un lado, la regulación propiamente tal, a través de la fijación de estándares y/o impuestos, se nos representa, *ex ante*, como más idónea para generar los grandes cambios necesarios para proteger nuestro medioambiente.

En efecto, parece difícil que una autoridad de libre competencia pueda integrar dentro de su análisis consideraciones medioambientales sin que, en ese mismo acto, pase a ser un regulador que fija estándares cuya determinación pertenece al legislador.

---

28 En efecto, se trata de un debate que la estructura y riesgos de competencia provenientes de los mercados digitales han vuelto a traer a palestra.

En ese mismo contexto, el aporte de la institucionalidad de libre competencia será, por fuerza, *ex post* y limitado a la fiscalización y sanción de conductas específicas de agentes económicos concretos. Difícilmente ese *approach* sea el más idóneo para generar los cambios sistémicos que, como sociedad, debemos comenzar a generar.

Sin perjuicio de lo anterior, los neobrandesianos o el *hípster antitrust* -si apetece más al paladar del lector-, sostienen que dentro de los objetivos de la libre competencia se encuentra y, tal vez siempre se ha encontrado, el rol de hacer *policy* o de fiscalizar para desconcentrar mercados y aportar a la justicia y equidad social. No sería muy difícil seguir esta línea argumentativa para asignarle a la institucionalidad de libre competencia un rol más relevante en cuestiones medioambientales.

Por lo demás, de aprobarse en septiembre de este año el proyecto de nueva constitución, no debe menospreciarse el impacto de que su artículo 1° consagraría al país como un “Estado ecológico”, primero en el mundo, y entre cuyos valores intrínsecos e irrenunciables estaría “la relación indisoluble” entre los seres humanos y la naturaleza, estableciéndose una serie de normas que incorporan deberes positivos al Estado y a la Administración del mismo para promover y cuidar el medioambiente. En esos términos, la institucionalidad de libre competencia no puede quedar al margen de un pilar constitucional<sup>29</sup>.

Para evitar posiciones binarias, extremos y caricaturas, recordando la premisa de este trabajo, el desafío al que nos enfrentamos requiere perspectivas y esfuerzos nuevos. Lo que venimos haciendo hasta ahora es lo que nos ha traído hasta el borde de lo que nuestro planeta puede sostener y, consecuentemente, vale la pena explorar alternativas, en todos los ámbitos, por novedosas o radicales que parezcan.

En ese sentido, el derecho de la competencia se caracteriza por estar en permanente evolución<sup>30</sup> y por el desarrollo de nuevas tendencias, conceptos, metodologías y herramientas. Con lo cual, el solo hecho que *prima facie* una posibilidad se nos represente como distante o teórica no implica que sea imposible y que, en la medida en que se abra un debate serio al respecto, no podamos acaso llegar a nuevos caminos o incluso a desarrollar los mecanismos y herramientas que hoy parecen tan distantes. Descartar la opción de plano, sin siquiera estudiar las posibilidades y herramientas que podrían construirse, es un lujo que ya no tenemos.

---

<sup>29</sup> Un argumento similar ha sido levantado por diversos autores, a propósito de las normas de jerarquía constitucional del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en particular respecto de aquellas normas que establecen y definen normas y políticas de protección medioambiental a través de la totalidad de las *policies* y actividades de la Unión y que serían directamente obligatorias para la institucionalidad de libre competencia. Véase, por ejemplo: Iacovides, Marios C. & Vrettos, Christos, op.cit., pág. 40.

<sup>30</sup> Sabemos que históricamente el derecho de la competencia, como lo conocemos, surge como una reacción a los excesos de los monopolios estadounidenses con pretensiones de *policy* muchísimo más amplias que las que tuvo en la práctica en esos primeros años. Al mismo tiempo, sabemos cómo el desarrollo de la ciencia económica, de las teorías de organización industrial, proporcionaron cimientos esenciales para la construcción de lo que hoy entendemos por derecho de la competencia. En este tránsito la evolución y desarrollo de nuevas herramientas económicas también han sido claves.



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:**

Álvaro Ignacio Espinosa Vásquez, "Abuso de Posición Dominante y Sostenibilidad Medioambiental:  
Explorando nuevos horizontes", *Investigaciones CeCo* (junio, 2022),  
<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