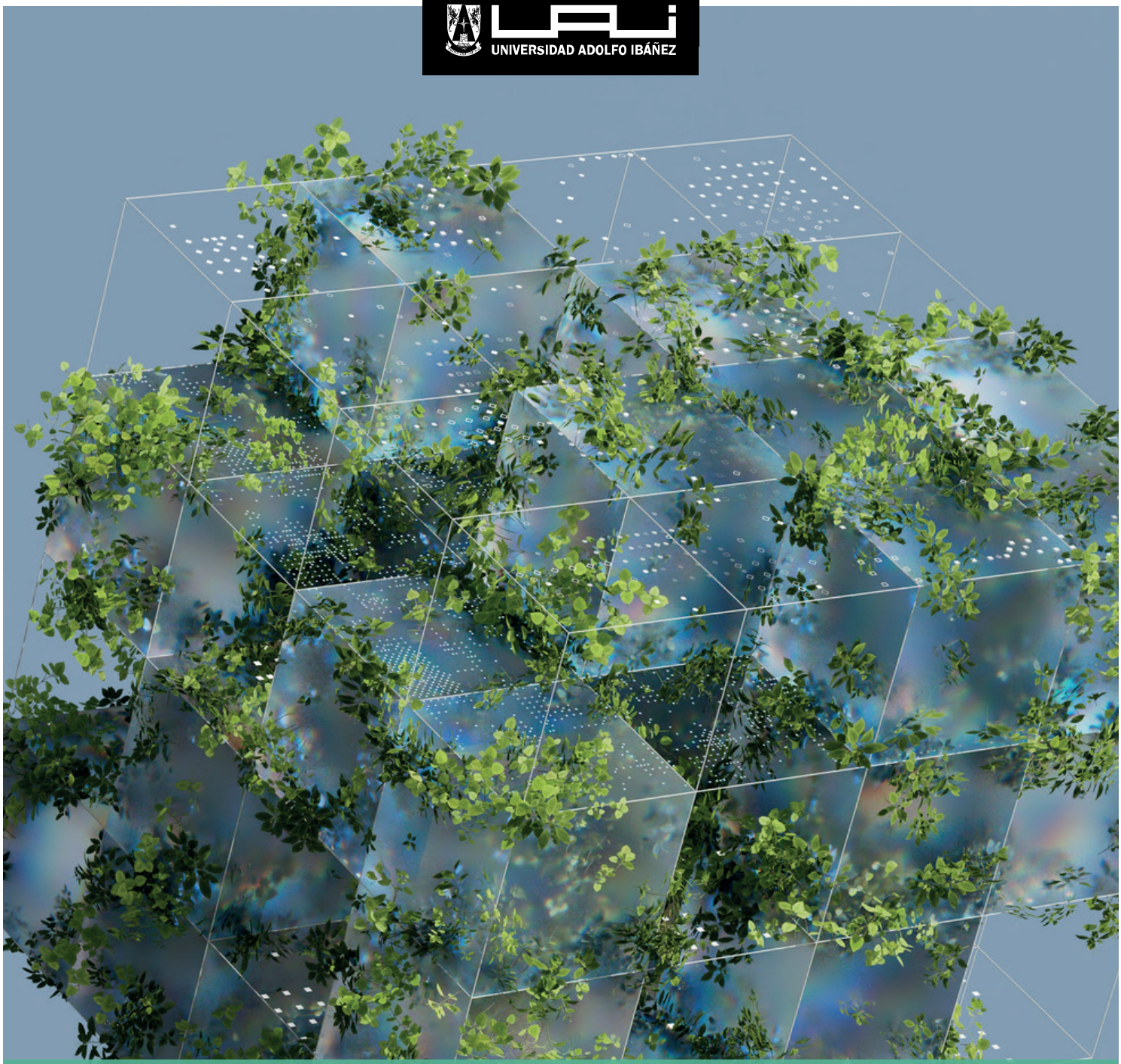
UNIVERSIDAD ADOLFO IBÁÑEZ



CONECTANDO SUSTENTABILIDAD Y LIBRE COMPETENCIA: LA MIRADA DEL "GREEN ANTITRUST"

Maximiliano Aguirre C.

CentroCompetencia

Conectando sustentabilidad y libre competencia:

Maximiliano Aguirre C.
Egresado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Ayudante del Departamento de Derecho Económico y de Enseñanza Clínica del Derecho. Miembro del equipo ganador del Moot de Libre Competencia 2023 organizado por el Estudio Bullard Falla Ezcurra y la Universidad del Pacífico del Perú. Correo: maximiliano.aguirre@derecho.uchile.cl

pueden al menos jugar un rol complementario a las regulaciones económicas y ambientales asegurando que las condiciones de mercado conduzcan a la innovación y disrupciones de compañías nuevas y sustentables, y puede también moderar el poder de mercado de actores incumbentes que hayan obtenido sus posiciones de dominio a través de tecnologías contaminantes.[4]

El derecho de la competencia se ha identificado como una barrera importante para combatir el cambio climático. La necesidad de cooperación y esfuerzos conjuntos para abordar los desafíos ambientales choca a menudo con las regulaciones de competencia, que buscan preservar la esencia de la actividad comercial. Resolver esta tensión requiere un enfoque casuístico que considere las implicaciones jurídico-económicas y la compatibilidad del análisis de competencia con un nuevo marco climático centrado en la sustentabilidad[5].

Desde una visión regulatoria, la sustentabilidad operaría dentro de los mercados con tal de corregir diversas fallas, entre las que podemos contar las siguientes: la indisposición por los consumidores a pagar costos sociales o medioambientales; descuentos hiperbólicos -que subestiman la importancia del daño ambiental a largo plazo-; sesgos de comportamiento (de status quo[6] principalmente); asimetrías de información sobre costos futuros en el uso o mantención de productos poco sustentables; problemas de coordinación para las empresas al querer invertir o innovar en la sustentabilidad, ya que la independencia competitiva fomenta la maximización individual de ganancias pero desincentiva una gestión colectiva de residuos, y/o desechos postproducción; costos en la línea de distribución u otras labores que impliquen daño ambiental posterior; y el famoso miedo a "la desventaja del que se mueve primero" que inhibe a las empresas a innovar en productos o mejoras en la producción dado el riesgo que implica ser el primer actor en el mercado con dicha alternativa, lo que las puede privar de aprovechar economías de escala o de ámbito vitales para bajar los costos promedio de innovar y manejar una alternativa sustentable[7].

Vale destacar la relevancia de la "desventaja del que se mueve primero", pues en clave sustentable, si bien no se ha definido claramente por la doctrina o las agencias a nivel comparado, la noción apunta al desincentivo que significa para las firmas incursionar en la promoción de productos o tecnologías sustentables. Lo anterior, pues ser "el primero que se mueve" configura una desventaja a las compañías si los consumidores no tienen una mayor disposición a pagar y si las otras compañías no se mueven colateralmente en una oferta similar de productos o tecnologías, lo que finalmente se traduce en accionistas y consumidores insatisfechos en el corto plazo, siendo de alguna forma necesaria la cooperación que, sin embargo, tiende a reducir la competencia.[8]

Y a todas estas fallas, se le agrega el factor cambio climático mediante la transformación de las emisiones de gases de invernadero en grandes externalidades imposibles de ser internalizadas globalmente y cuya desproporción a nivel planetario perjudica y supone una carga en el ejercicio de cualquier actividad económica.[9]

Ejemplos prácticos donde se reflejan estas fallas ocurren cuando empresas buscan cooperar con la lucha contra el cambio climático, pero la libre competencia inhibe dicho progreso. Lo anterior se manifiesta de diversas formas: generar listas de "buenos" o "malos" respecto de los actores en la cadena de distribución

---

4 APEC. (2022) Competition Policy and Sustainable Development. APEC Competition Policy and Law Group. Bangkok, Thailand. 9 November 2022. Post-Workshop Report. P. 4.
5 International Chamber of Commerce. (2022) "When chilling contributes to warming: How Competition Policy Acts As a Barrier to Climate Action", pp. 3 – 9.
6 Este sesgo consiste en preferir el estado de cosas actual o sostener que la situación presente es mejor solo por lo que está teniendo lugar actualmente.
7 International Chamber of Commerce. (2020) Competition Policy and Environmental Sustainability. 26 November 2020.
8 Paha, Johannes. (2023) Sustainability Agreements and First Mover Disadvantages, *Journal of Competition Law & Economics*, Volume 19, Issue 3, September 2023, pp. 357–366, https://doi.org/10.1093/joclec/nhad007
9 Clark, Duncan, y Grantham Research Institute. (2012) "Why Do Economists Describe Climate Change as a "Market Failure?" The Guardian, sec. Environment. https://www.theguardian.com/environment/2012/may/21/economists-climate-change-market-failure

en miras a exponer qué compañías incurren en esfuerzos de sustentabilidad y cuáles no; boicots colectivos a contaminadores; fomento de materiales alternativos que pueden elevar costos; acción colectiva para fomentar la sustentabilidad con acuerdos de compromisos entre competidores; iniciativas comunes en sustentabilidad en el proceso productivo para reducir emisiones de gases de invernadero; uso eficiente de recursos confiando en los acuerdos entre competidores; intercambios de información horizontales para propósitos de ahorro energético; recopilación de data entre diferentes sectores productivos que generen efectos perjudiciales al ambiente y mediante los cuales con la integración de información sean beneficiosas ahorros de energía, reducción de emisiones de carbono, bajo el riesgo potencial de reducir la competencia entre los agentes participes; reducir la competencia con tal de facilitar la adaptación al cambio ya que la acción individual no produce los efectos positivos al ambiente deseados; creación e implementación de herramientas para el cálculo de la huella de carbono en una industria que implica recopilar información sensible sobre productos, procesos de producción e interacción (en la relación proveedor/consumidor) a lo largo de la cadena productiva; acuerdos para reducir y centralizar el número de recolectores de desechos con tal de generar un sistema que tienda a mayores eficiencias evitando costos de transacción en la variedad de recolectores; presiones competitivas que puedan desincentivar iniciativas de empaquetamiento sustentable que termina por generar reticencia por parte de proveedores frente a una eventual pérdida de ventas frente a competidores ("*free riders*") con empaquetado menos sustentable asociado a una mejora en la calidad del producto[10].

El artículo explora cómo la sustentabilidad se integra en la libre competencia, examinando la principal postura que admite su acogida, el "Green Antitrust". Vale mencionar que, en términos amplios, destacan dos versiones del "Green Antitrust" a favor de la sustentabilidad. Primero, la que veremos a continuación, que propone reformas normativas y flexibilidad en la aplicación de leyes de competencia. Segundo, una postura alternativa moderada que busca integrar la sustentabilidad dentro del marco normativo existente, enfocándose en aspectos específicos del análisis de competencia, cuyo análisis quedará relegado a un próximo trabajo. Ambas posturas buscan promover la competencia con mayor supervisión de las agencias competentes, pero difieren en sus enfoques sobre la relación entre competencia y sustentabilidad.

I. ¿QUÉ ES EL GREEN ANTITRUST?

Holmes postula que la libre competencia tiene un rol que jugar a través de la sustentabilidad frente al cambio climático. Ello, pues si bien la regulación ambiental es tradicionalmente la herramienta más adecuada, esta tiende a ser muy lenta, limitada en su ámbito de aplicación, y no lo suficientemente ambiciosa, por lo que, llevando la discusión a la realidad climática actual, es imperioso usar todas las herramientas disponibles, entre las cuales está el derecho de la libre competencia. Por supuesto que las empresas deben competir para producir productos más sustentables, pero dicho escenario no contempla una visión de largo plazo, pues dicha producción implica mayores costos en materias primas y medios de producción, ocasionando la "desventaja del que se mueve primero" y siendo poco rentable de mantener en el tiempo por la poca preferencia por parte de los consumidores comunes. Lo relevante está en que, dada la emergencia climática, debemos transformar sectores completos de la economía en clave sustentable, por ende, se requiere un accionar profundo y ágil, significando que las compañías -a pesar de que no deben coordinarse en virtud del mantra base de la competencia- deben trabajar en conjunto, y ahí es donde entra la necesidad de compatibilizar este accionar con el derecho de la libre competencia[11].

10 International Chamber of Commerce. (2022) "When chilling contributes to warming: How Competition Policy Acts As a Barrier to Climate Action", pp. 3 – 9.

11 Sustainability Spotlights. (2023) "Ep. 11: Sustainability in Competition Law with Prof. Simon Holmes". A Podcast by the McGill Journal of Sustainable Development Law; in McGill Journal of Sustainable Development Law. Spotify.

En esta misma línea, contextualizando la discusión en lo poco sustentables que son las sociedades actuales y las consecuencias climáticas de las costumbres contemporáneas, Ristaniemi & Wasastjerna, visualizan la sustentabilidad como un tópico frecuentemente mirado en menos. Con todo, señalan que la libre competencia provee un instrumento único al cubrir el mecanismo completo de la economía de mercado, por lo que invita a preguntarse cuál es el propósito de esta y cómo puede ser más eficiente. Bajo la premisa de una tensión entre la sustentabilidad y la libre competencia, se concibe la idea de replantear los objetivos de la libre competencia para dilucidar pautas y mecanismos de colaboración. Así, estos autores sostienen que dicho paradigma se vincula específicamente con cuánto peso le asignamos al interés público y a objetivos fuera de la variante precio en un régimen que actualmente prefiere una aproximación más económica. En esta perspectiva, las reglas de competencia pueden ser percibidas como un obstáculo a la colaboración entre empresas que pretenden promover el desarrollo sustentable de cualquier forma. En este sentido, son críticos de que, a lo largo de los años, si bien los factores económicos se han hecho más fáciles de medir, en precio o cantidad producida, su aplicación ha sido desproporcionada en el derecho de la competencia[12].

La relación entre la libre competencia y la sustentabilidad se califica como una "*eco paradoja*" que demuestra que la conducta de los consumidores es irracional y lleva a resultados en el mercado que no están determinados por un interés a largo plazo de los consumidores o su bienestar, sino a una situación de descuento hiperbólico -una tendencia a escoger un beneficio menor hoy sobre uno mayor a futuro- y de licencia moral -excusando una mala conducta en una situación por una buena en otra-, ambos siendo fallas de la política de competencia al momento de integrar criterios medioambientales y tomar acción frente al cambio climático.[13] Así, el "*green antitrust*", se podría conceptualizar como aquella línea de pensamiento dentro de la libre competencia que incorpora las fallas transversales de los mercados en el derecho de la competencia con el fin de que este pueda ser útil frente a la lucha contra el cambio climático y la necesidad de una sociedad más sustentable, siempre intentando resolver la paradoja, tensión o *trade-off* evidente entre sustentabilidad y competencia en sus diferentes instituciones.

II. LA INTEGRACIÓN ENTRE LIBRE COMPETENCIA Y SUSTENTABILIDAD

Nowag identifica que la integración entre derecho de la competencia y la sustentabilidad puede darse desde dos ópticas teóricas. Primero, una donde la libre competencia opere como una "espada" para prevenir actividad nociva o poco sustentable en los negocios que repercuta finalmente en una degradación del medioambiente, llamada también integración preventiva. Segundo, otra como un "escudo", que defiende a las firmas frente a la imputación de responsabilidad por infracción o ataques a la libre competencia al fomentar medidas sustentables, llamada integración de apoyo[14].

Cada forma de integración plantea una serie de preguntas en las cuales se estructura el análisis, lo que se ve expresado en el siguiente cuadro:

12 Ristaniemi, M., y Wasastjerna, M. (2020) "Sustainability and competition: Unlocking the potential", in Sustainability and competition law, Concurrences no 4-2020, art. N° 97390, pp. 26–65, at p. 53.

13 Ibid.

14 Nowag, Julian. (2022) Competition Law's Sustainability Gap? Tools for an Examination and a Brief Overview (August 1, 2022). Lund University Legal Research Paper Series, October 2019, Vol. 5 No. 1 (2022): Nordic Journal of European Law Issue 2022(1) 149-165, Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=3484964

Ópticas de análisis del "Green Antitrust"

Integración preventiva *("espada")*	**Integración de apoyo *("escudo")***
Interpretación de las disposiciones normativas de la libre competencia para prevenir medidas que dañen la sustentabilidad	Interpretación de las disposiciones de la libre competencia para permitir medidas sustentables
Primera forma de integración: Preguntas de aplicación de la normativa ¿Es una medida dañina a la sustentabilidad objeto de las prohibiciones de la legislación de competencia?	*Primera forma de integración: Preguntas de aplicación de la normativa* ¿Es una medida sustentable objeto de las prohibiciones de la legislación de competencia?
Segunda forma de integración: Balance ¿El daño a la competencia y la sustentabilidad sopesa los beneficios de la medida?	*Segunda forma de integración: Balance* ¿El beneficio en sustentabilidad sopesa la restricción a la competencia?

Fuente: Nowag, Julian. «Competition Law's Sustainability Gap? Tools for an Examination and a Brief Overview».[15]

En este orden de ideas, la integración preventiva (espada) implica la interpretación del derecho de la competencia de tal manera que cumpla una función preventiva o precautoria, por ejemplo, en el deterioro del medioambiente. Sobre la primera forma de integración, esta se materializa principalmente en términos de *enforcement*, donde la ponderación sobre la aplicación de la normativa de competencia en miras a esfuerzos activos de las agencias por la sustentabilidad (particularmente sobre su vertiente medioambiental), quedaría a discrecionalidad persecutoria de las respectivas a través de la evaluación de la sustentabilidad como parámetro de competencia. Por su parte, sobre la segunda, la pregunta a realizar radica en la cuestión de si una situación que está cubierta por las prohibiciones de la normativa de competencia está dentro del balance aplicable para prevenir resultados no sustentables. Aquí hay que ir un paso más allá y preguntarse si los beneficios sustentables son suficientes e inocuos para compensar la restricción a la competencia[16].

Entonces, viendo la libre competencia como una "espada" para prevenir actividad poco sustentable, cobra importancia equiparar sustentabilidad con eficiencia (productiva y dinámica) y bienestar del consumidor. Esto se debe a que la sustentabilidad requiere de estos elementos para asegurar un nivel óptimo en el uso de recursos naturales, considerando la valoración positiva y disposición a pagar productos más sustentables por parte de los consumidores. La concreción de esta idea se refleja en: el uso de las teorías del daño, con tal de evaluar los efectos en innovación por causa de la sustentabilidad; la ampliación de la aplicación del derecho de la competencia en casos de jurisdicciones que no consideran los abusos explotativos, particularmente en casos de precios excesivos; y usar las herramientas tradicionales de la libre competencia para integrar la sustentabilidad de manera creativa[17].

Por otro lado, la integración de apoyo ("escudo"), en cuánto al ámbito de aplicación de la normativa de competencia plantea cuestiones más interesantes. Entre estas podemos contar las siguientes: una exención de ámbito de aplicación de la normativa basada en la definición de "agente económico" respecto de actividades consideradas no-económicas o que apuntan a un principio de naturaleza social o solidaria; el fomento desde la actividad estatal a la sustentabilidad respecto de las firmas; y en contextos donde herramientas de integración preventiva no estén disponibles, generar un enfoque en los efectos en la competencia,

15 Ibid.
16 Ibid.
17 OECD. (2020) Sustainability and Competition, OECD Competition Committee Discussion Paper, http://www.oecd.org/daf/competition/sustainability-and-competition-2020.pdf

concretizado principalmente en una labor ilustrativa a través de guías por las agencias respectivas sobre qué clase de acuerdos sustentables restringen o no la competencia[18-19].

La libre competencia como un "escudo" frente a una posible responsabilidad por alguna infracción a la normativa contempla ver este derecho como uno protector no sólo de la competencia, sino que también de los daños a la sustentabilidad y el medioambiente. Este entendimiento requiere un balance entre competencia y sustentabilidad que más que nada es un balance en los cimientos económicos de la libre competencia. Este balance plantea que las preocupaciones de política pública o de interés público sean transformadas en el lenguaje tradicional de eficiencias usado en términos de la libre competencia, por ejemplo, que la reducción de emisiones en CO2 puedan ser medidas y expresadas en términos monetarios. Reflejos concretos de esta idea se expresan en diversas variables competitivas: mejoras en la calidad de los productos[20], beneficios actuales y futuros en otros mercados, eficiencias amplias cuyos efectos económicos permeen a la sociedad de acuerdo a las preferencias de los consumidores, entre otros[21].

Siguiendo en la idea de este balance, esta doctrina identifica dos áreas grises donde la política de competencia y la sustentabilidad se interceptan: 1) casos donde las autoridades de competencia pueden potenciar la sustentabilidad a través de una fiscalización enfocada en prácticas anticompetitivas que tienen un detrimento similar desde una perspectiva sostenible; por ejemplo, casos donde carteles previenen a los consumidores de comprar productos más sustentables; y 2) casos donde una empresa emprenda en programas de sostenibilidad teniendo que balancear potenciales riesgos a la competencia contra potenciales beneficios en sustentabilidad. Vale mencionar el énfasis del autor en que, para hacer operativo este balance, es importante conservar un principio legal básico: no toda restricción a la libertad comercial es considerada una restricción a la competencia y, por ende, cae bajo el ámbito de aplicación de la normativa[22].

III. SOBRE EL BIEN JURÍDICO A PROTEGER: LA SUSTENTABILIDAD

Holmes propone una nueva forma de entender la integración de la sustentabilidad en la libre competencia bajo el argumento de que elementos tanto constitucionales como de la legislación de libre competencia deben coordinarse en miras a consagrarla como un bien jurídico a proteger, o en su defecto, interpretar la legislación de libre competencia en función de los ODS[23] y el marco legal del cambio climático. En este sentido, se requiere incorporar además nuevos elementos en la legislación de libre competencia, tales como tratados internacionales, reformas legales, priorización por parte de las autoridades de libre competencia, actualizaciones en sus guías, y la introducción de casos para generar jurisprudencia y perfeccionar el razonamiento jurídico[24].

---

18 El ejemplo más claro está en la Directrices de la Comisión Europea sobre la aplicación del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea sobre acuerdos horizontales de cooperación, donde a través de un listado ilustrativo y no taxativo se describe una gran variedad de acuerdos, cómo sortear aumentos de costos, el rol de terceros, y distinguiendo entre los que "casi siempre", "pueden" y "no tienden" a restringir la competencia. Comunicación de la Comisión: Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado CE a los acuerdos de cooperación horizontal, 2023/C 259/01.

19 Nowag, Julian. (2022) "Competition Law's Sustainability Gap? Tools for an Examination and a Brief Overview". SSRN Scholarly Paper. Rochester, NY. https://doi.org/10.2139/ssrn.3484964.

20 Volpin, C. (2020), "Sustainability as a Quality Dimension of Competition: Protecting Our Future (Selves)", CPI Antitrust Chronicle, pp. 9-18.

21 Monti, Giorgio. (2020) «Four Options for a Greener Competition Law». *Journal of European Competition Law & Practice 11, n.º 3-4 (7 de agosto de 2020): 124-32. https://doi.org/10.1093/jeclap/lpaa007.*

22 Nowag, Julian. (2022) «Antitrust and Sustainability: An Introduction to an Ongoing Debate». *ProMarket* (blog). https://www.promarket.org/2022/02/23/antitrust-sustainability-climate-change-debate-europe/.

23 Los Objetivos del Desarrollo Sostenible (ODS o SDG's) son un plan de acción para las personas, el planeta y la prosperidad que entrega un mapa de guía de las políticas de todos los países con meta para el 2030, creándose 17 objetivos asociados a 169 metas, todas fundamentadas en las dimensiones económicas, sociales y ambientales del desarrollo sustentable. Asamblea de las Naciones Unidas. (2015) Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, A/RES/70/1.

24 Holmes, Simon. (2020) «Climate change, sustainability, and competition law». *Journal of Antitrust Enforcement* 8, n.º 2, pp. 354-405.

Concorde a lo anterior, Nowag señala sobre los bienes jurídicos en cuestión que, con la gran variedad de bienes que se pretende proteger, parece inherente que estos entren en conflicto. Por ende, tomando como referencia la normativa comunitaria europea apela al concepto de "concordancia práctica"[25] con tal de aplicar un test de proporcionalidad en miras a lograr un balance entre varios bienes.[26] Lo que sí es seguro, es que con este *test* en ningún caso estaría permitida una exclusión de la sustentabilidad o las preocupaciones medioambientales en los casos de libre competencia[27].

Desde los bienes jurídicos en juego y su conflicto aparente, dicha tensión requiere repensar la noción centrada en los precios del estándar de bienestar del consumidor, añadiendo una cuantificación de impacto ambiental respecto de los costos incurridos por externalidades e integrando los costos del cambio climático dentro de las decisiones de competencia. Esto implica aceptar una concepción pluralista del bien jurídico en la libre competencia, donde incluir objetivos de política pública como restricción para la competencia dígase por beneficios medioambientales o sustentabilidad es aceptable, incluso usando de puente otros bienes,[28] tal como se usó por ejemplo en los casos *Exxon v. Shell y Philips v. Osram*[29-30].

Hablando de reformas en concreto en miras a potenciar la sustentabilidad como objetivo de la legislación de competencia, Monti ha planteado las siguientes opciones: tratar el daño ambiental como prioridad de la política de competencia; reformar la prohibición sobre acuerdos horizontales con tal de agregar un régimen de excepción que expresamente contemple una cláusula de eximición sobre "impacto medioambiental cuantificable"; propositivamente someter a consultas o sugerencias de las partes interesadas un acuerdo sustentable; e inclusive, usar la libre competencia para sancionar conductas que dañen el medioambiente en el caso de un agente dominante que produce bienes de una manera que no respete estándares internacionales y obtenga una ventaja competitiva injusta, construyendo un caso de precios predatorios pues el agente no estaría integrando todos los costos de producción en su cadena de suministro, a expensas de los rivales que cumplen con el marco sustentable; desafiar a los acuerdos de distribución que, pese a mejorar la disponibilidad de bienes, añade demanda por los servicios de transporte y por ende al nivel de polución, que finalmente resulta en un daño relevante a la libre competencia[31].

Así también, Holmes, en esta misma narrativa de reformas, plantea la necesidad del desvío del modelo clásico de bienestar del consumidor cuya evaluación radica en un análisis de corto plazo sobre los efectos de un precio

---

25 Concepto derivado de la teoría constitucional comunitaria y se refleja en que la aproximación de la Comisión en su intento de conciliar valores de interés público en el derecho de la competencia (protección del medioambiente, empleo, política industrial), dentro de sus potestades, intenta invariablemente de aplicar las normas de competencia de manera que sea amigable con otras normas que aluden a otros intereses. Esto se hace traduciendo dichos objetivos a través de su faceta económica y si es posible entrelazarlos con el análisis competitivo. Komninos, Assimakis P. (2005) "Non-competition Concerns: Resolution of Conflicts in the Integrated Article 81 EC", Centro for Competition Law and Policy, University of Oxford, Working Paper (L) 08/05, pp 10-11.

26 Nowag, Julian. (2016) 'The Environmental Integration Obligation of Article 11 TFEU', *Environmental Integration in Competition and Free-Movement Laws* (Oxford, 2016; online edn, Oxford Academic, 19 Jan. 2017), https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780198753803.003.0002, accessed 12 Jan. 2024.

27 Nowag, Julian, y Alexandra Teorell. (2020) "Beyond Balancing: Sustainability and Competition". SSRN Scholarly Paper. Rochester, NY, 28 de octubre de 2020. https://papers.ssrn.com/abstract=4030470.

28 Ibid.

29 Comisión Europea, 94/322/EC, Exxon/Shell, IV/33.640, (1994) OJ L 144, 9.6.1994, p. 20; Comisión Europea, 94/986/EC, Philips/Osram, IV/34.252, (1994) OJ L 378, 31.12.1994, p. 3.

30 En ambos casos, en cuanto a operaciones de concentraciones, se reconoció dentro de las evaluaciones de eficiencia a los beneficios medioambientales, señalando respectivamente que: "Cabe señalar que muchos de ellos considerarán positivas la reducción del empleo de materias primas y residuos de plástico y la supresión de los riesgos medioambientales que implica el transporte de etileno, en una época en la que la limitación de los recursos naturales y las amenazas al medio ambiente preocupan cada vez más a la opinión pública" (Caso Exxon/Shell); "La utilización de instalaciones más limpias traerá como resultado una menor contaminación ambiental; y por consiguiente, los consumidores se beneficiarán directa e indirectamente de menores efectos externos negativos. Este efecto beneficioso se verá considerablemente reforzado si, gracias a las actividades de I+D en este ámbito, se consigue desarrollar materiales sin plomo" (Caso Philips/Osram).

31 Monti, Giorgio. (2020) «Four Options for a Greener Competition Law». *Journal of European Competition Law & Practice* 11, n.º 3-4, pp. 124-132.

determinado[32], en el sentido de que el "bienestar" en su tenor literal invita a tener en cuenta los problemas de sustentabilidad tanto de igual forma que los problemas financieros o económicos. A lo más, debería sólo ser parte de un set de bienes jurídicos en los que se enfoca el proceso competitivo, incluyendo a la sustentabilidad.[33]

En la línea de promover criterios de sustentabilidad, Holmes llega incluso a negar completamente el valor del estándar de bienestar del consumidor, señalando que este es inconsistente con el marco normativo climático europeo y que, en virtud de una interpretación holística de la normativa que incorpora la sustentabilidad, existe un sustento razonable para incorporar a esta como bien jurídico dejando en el pasado al bienestar del consumidor.[34] En consecuencia, no puede ser que el *enforcement* de libre competencia persiga estándares inconsistentes con la sustentabilidad[35].

IV. LA NECESIDAD DE COOPERACIÓN ENTRE COMPETIDORES

A su vez, Holmes considera que hay muchas circunstancias donde la cooperación entre competidores es necesaria para lograr objetivos sustentables, pues donde una sola compañía busca internalizar sus externalidades (por ejemplo, contaminación del aire) es más propensa a incurrir en costos extras y sufrir de una significativa desventaja al ser el primero o único competidor en innovar de esta manera (nuevamente, "desventaja del que se mueve primero"). Por esto, un acuerdo entre competidores es una forma de "equiparar la cancha". Lo anterior, bajo la premisa de que los costos incurridos reflejen los reales costos de producción. Es más, esto no traería riesgos anticompetitivos, pues mientras mayor sea la internalización de estos costos, mayores son los incentivos para las compañías a rebajarlos generando un "*win-win*" para el medioambiente y la competencia[36].

En esta misma línea, Nowag señala que los acuerdos entre compañías que apunten a atender a la sustentabilidad o preocupaciones medioambientales juegan un rol esencial en miras al desarrollo sostenible, ya que sin cooperación existe el riesgo de que los competidores se entrampen en una carrera competitiva o "competencia tóxica"[37] donde la compañía con los niveles más bajos de sustentabilidad o preocupación medioambiental gane. Si bien lo que se plantea puede sonar a operar en el límite, con tal de delimitar la posibilidad de restricción a la competencia, describe cuatro tipos de acuerdos que (con supervisión de la autoridad) no tienden a restringir la competencia: acuerdos que no involucran obligaciones predeterminadas individualmente para cada parte y donde las partes se comprometen sin interés a un objetivo sectorial; acuerdos que estipulan la sustentabilidad en el rendimiento de un producto mientras no se afecte la producción o la diversidad del producto (pudiendo afectar marginalmente decisiones de compra); acuerdos necesarios para la creación de un nuevo mercado que de otro modo no existiría; y acuerdos de estandarización de sustentabilidad con requerimientos específicos[38].

---

32 Si bien en términos económicos se aceptará que asuntos dinámicos también son relevantes, en la práctica con tal de dar certidumbre se tiende a dar un peso excesivo a la variable precio, que es fácilmente medible. Como señala Stucke: "el análisis de competencia en los últimos 30 años exageró la importancia de la dinámica competitiva fácil de medir (eficiencias productivas y efectos de corto plazo del precio) y despreció o ignoró lo que fue más difícil de medir (eficiencias dinámicas, riesgos sistémicos, e implicancias políticas, sociales, y morales de la concentración económica); Stucke, Maurice E. (2013) "Should Competition Policy Promote Happiness?", 81 Fordham Law Review 2575, University of Tennessee Legal Studies Research Paper No. 207, Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=2203533; Holmes, Simon. (2020) «Climate change, sustainability, and competition law». *Journal of Antitrust Enforcement* 8, n.º 2, pp. 354-405.

33 Holmes, Simon. (2020) «Climate change, sustainability, and competition law». *Journal of Antitrust Enforcement* 8, n.º 2, pp. 354-405.

34 Ibid.

35 Iacovides, Marios C.; Christos Vrettos. (2022) «Falling through the Cracks No More? Article 102 TFEU and Sustainability: The Relation between Dominance, Environmental Degradation, and Social Injustice». *Journal of Antitrust Enforcement* 10, n.º 1, pp. 32-62.

36 Holmes, Simon. (2020) «Climate change, sustainability, and competition law». *Journal of Antitrust Enforcement* 8, n.º 2, pp. 354-405. https://doi.org/10.1093/jaenfo/jnaa006.

37 Ezrachi, Ariel; Stucke, Maurice. (2020) "Competition Overdose", Harper Collins 2020, pp. 3-120.

38 Nowag, Julian, y Teorell, Alexandra. (2020) "Beyond Balancing: Sustainability and Competition". SSRN Scholarly Paper. Rochester, NY, 28 de octubre de 2020. https://papers.ssrn.com/abstract=4030470.

De esta manera, para acoger estos acuerdos entre competidores dentro del marco legal, es que propone vías argumentativas para eximir a estos acuerdos de cualquier responsabilidad. Primero, señala que se podría afirmar que dichos acuerdos simplemente no restringen la competencia, por ende, no se les aplica la norma. Segundo, se podría optar por la ruta "*Albany*", la que parte del precedente de que una prohibición de carteles no aplica a negociaciones colectivas cuando se trata de asuntos que responden a objetivos sociales fuera del ámbito de aplicación del 101(1) TFUE[39], ruta que aplicaría a los acuerdos sustentables. Tercero, usar un régimen de excepción a la prohibición general de carteles con ciertas condiciones a cumplir. O cuarto, hacer pasar estos acuerdos como acuerdos de estandarización con el objetivo de brindar mejorar técnicas o cualitativas sobre productos presentes o futuros, procesos productivos, servicios o métodos[40].

Esta línea doctrinaria, si bien reconoce que las agencias europeas han respondido adecuadamente con la elaboración de guías sobre "acuerdos sustentables", es crítica de que esto lo han hecho sin transgredir el clásico derecho de la competencia, lo que implica dos problemas. Primero, este acercamiento no va al corazón del problema, pues compensar a los consumidores por los costos de un acuerdo sustentable falla en reconocer que los factores que han a una determinada práctica poco sustentable radican en consumidores y productores conjuntamente fuera del mercado relevante. Es decir, atacar el problema con compensaciones a los consumidores no alcanza a abarcar la problemática estructural que ocasiona el impacto del daño ambiental. Segundo, la persecución de eficiencias compensatorias puede fomentar que las agencias de competencia se enfoquen en acuerdos de "mitigación" que busquen mejorar la sustentabilidad minimizando los costos en los consumidores, en vez de ir por una acción preventiva que es más efectiva en bajar impactos ambientales.[41] Por estas razones, en realidad el enfoque por parte de las autoridades de competencia no debería estar tanto en la justa compensación a los consumidores sino en que un acuerdo aumenta la eficiencia en un mercado -tomando en consideración costos de producción, consumo, ambientales y sociales- y evaluar si el acuerdo en su naturaleza pretende mitigar o prevenir dependiendo de las características del mercado en el que operen[42].

En defensa de los acuerdos de sustentabilidad, se describen los siguientes acuerdos que, bajo su criterio, tienen pocas posibilidades de restringir la competencia, por lo que, deberían ser eximidos de toda responsabilidad por infracción a la prohibición de carteles: 1) acuerdos que no involucren obligaciones individuales predeterminadas para cada parte y acuerdos donde las partes tengan un débil compromiso frente a un sector o categoría objetiva; 2) acuerdos que estipulen un rendimiento sustentable de un producto mientras que no afecte la producción o la diversidad de producto, afectando las decisiones de compra sólo marginalmente; 3) acuerdos necesarios para la creación de un nuevo o inexistente mercado; 4) acuerdos de estandarización sobre sustentabilidad bajo requerimientos específicos[43]. Todo esto con un debido control por parte de la autoridad de competencia respectiva.

---

39 En el caso Albany, el argumento usado para eximir dicho acuerdo del ámbito de aplicación del 101(1) TFUE radicó en el uso de la "doctrina de las restricciones accesorias" aplicada para validar restricciones (incluyendo acuerdos en materias de fusiones) que pueden ser objetivamente necesarios para implementar un objetivo legítimo que tiene efectos neutrales o positivos en la competencia; en concreto, para efectos del caso se señaló que acuerdos para mejorar las condiciones de trabajo y empleo en el contexto de una negociación colectiva, salen del ámbito de aplicación de la prohibición de carteles. Concurrences. (2024) "Ancillary Restraints", https://www.concurrences.com/en/dictionary/ancillary-restraints; Comisión Europea, Albany International BV v Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie [1999] C-67/96 ECR 1999

40 Holmes, Simon. (2020) «Climate change, sustainability, and competition law». *Journal of Antitrust Enforcement* 8, n.º 2 (1 de julio de 2020): 354-405. https://doi.org/10.1093/jaenfo/jnaa006.

41 Frontier Economics. (2024) «How Should Competition Policy Help Save the Planet?», Rachel Keyserlingl, James Baker, David Foster. 31 January 2024. Accedido 20 de febrero de 2024. https://www.frontier-economics.com/uk/en/news-and-insights/articles/article-i20521-how-should-competition-policy-help-save-the-planet/. p. 3.

42 Ibid., p. 7.

43 Si bien esta última categoría es la menos específica de todas, tiene relevancia para las iniciativas en sustentabilidad pues permite mayor libertad en el proceso de acuerdo. Los acuerdos de estandarización son tratados de manera diferente que los acuerdos horizontales regulares y en general son considerados pro competitivos, y necesarios para la innovación y el desarrollo. Lundqvist, Björn; (2014) "Standardization under EU competition rules and US antitrust laws: The Rise and Limits of SelfRegulation", (2014 Edward Elgar), 198; Nowag, Julian, y Teorell, Alexandra; (2020) "Beyond Balancing: Sustainability and Competition", 4 Concurrences - On-Topic, 34-39 , Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=4030470

Si bien la alternativa expuesta recién está dentro de lo convencional, se contemplan otras ideas regulatorias tales como promover estos acuerdos, pero a través de una "plataforma", es decir, un tercero que conecte a los proveedores con los consumidores, usualmente a cambio de una tarifa. La adopción de este modelo implica grandes recompensas que habiliten la mejora en estándares y objetivos de sustentabilidad. Sin embargo, desde los posibles riesgos queda inconcluso cómo esas restricciones y fijaciones de tarifas por parte de las plataformas deben ser tratados por la libre competencia. Esto, ya que estas plataformas pueden usarse como agentes que fijen precios, además de existir resistencia por parte de aquellos que creen que esta relación estaría inmune de un control de competencia[44].

V. EL ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE EN CLAVE SUSTENTABLE

Otra de las propuestas de Holmes, a través de la misma retórica que Nowag de usar el derecho de la competencia como "espada y escudo", se centra en el abuso de posición dominante. Desde la "espada", esto se traduce en usar la figura del abuso de posición dominante para combatir a firmas que incurren en prácticas poco sustentables, que al final del día pueden ser vistas como abusivas desde una perspectiva económica, política, social, ambiental o moral[45].

Lo interesante de este acercamiento es que se ve el poder de mercado como un elemento del cual las empresas pueden aprovecharse para incurrir en conductas poco sostenibles, trayendo costos asociados en perjuicio de competidores y consumidores. El fundamento está en que la consolidación y el crecimiento del poder de mercado de corporaciones transnacionales ha llegado a tal punto de que estas controlen y generen impactos ambientales en funciones críticas de la biosfera, es decir, la participación en mercados de escala global tales como agricultura, industria forestal, pesca, cemento, minerales, combustibles fósiles, entre otros[46].

Y desde el "escudo", la sustentabilidad se puede usar frente al caso en que una firma dominante (o excepcionalmente en dominancia colectiva) se comprometa en proporcionar una conducta positiva frente al medioambiente o el cambio climático que, de otra manera, bajo los *tests* tradicionales, sean consideradas abusivas y no haya otra forma de alcanzar dichos objetivos que sea menos restrictiva de la competencia. Ejemplos de conductas que podrían subsumirse bajo estas justificaciones están en: cargar un mayor precio para cubrir costos medioambientales de reinvertir en protección medioambiental (defensa para un caso de precios excesivos), cargar a diferentes consumidores diferentes precios según el uso que le dan al producto (como defensa para una discriminación de precios), condicionar la compra de un producto de una compañía dominante a la compra de un producto medioambientalmente amigable (defensa para una venta atada), ofrecer excepcionalmente precios bajos para generar un testeo de un producto nuevo medioambientalmente amigable (defensa para precios predatorios) o rehusarse a garantizar el acceso a una facilidad esencial a un usuario que pretende usarla con fines poco ambientales (defensa para negar el acceso a insumo esencial)[47].

Mayor elaboración en este sentido admite justificaciones respecto del traslado del uso de innovaciones únicas de una empresa en materia de producción y recursos de un mercado hacia otro segmento (como defensa frente a una imputación de apalancamiento de poder de mercado), ofrecer descuentos a los consumidores que

44 Akman, Pinar. (2019) 'Online Platforms, Agency and Competition Law: Mind the Gap', 43 Fordham International Law Journal, 209. Nowag, Julian, y Teorell, Alexandra; (2020) "Beyond Balancing: Sustainability and Competition", 4 Concurrences - On-Topic, 34-39 , Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=4030470

45 Holmes, Simon. (2020) «Climate change, sustainability, and competition law». *Journal of Antitrust Enforcement* 8, n.º 2 (1 de julio de 2020): 354-405. https://doi.org/10.1093/jaenfo/jnaa006.

46 Iacovides, Marios C., y Christos Vrettos. (2022) «Falling through the Cracks No More? Article 102 TFEU and Sustainability: The Relation between Dominance, Environmental Degradation, and Social Injustice». *Journal of Antitrust Enforcement* 10, n.º 1 (10 de marzo de 2022): 32-62. https://doi.org/10.1093/jaenfo/jnab010.

47 Holmes, Simon. (2020) «Climate change, sustainability, and competition law». *Journal of Antitrust Enforcement* 8, n.º 2 (1 de julio de 2020): 354-405. https://doi.org/10.1093/jaenfo/jnaa006.

compren un número significativo de productos eco-amigables de un productor para aumentar la proporción de bienes verdes consumibles por los clientes (como una defensa frente a imputaciones de descuentos por fidelidad, venta atada o empaquetamiento)[48], celebración de contratos de exclusividad por parte de una firma dominante con otras compañías con el fin de recuperar inversiones en sustentabilidad sustanciales, también sobre descuentos por fidelidad para empresas medioambientalmente amigables[49], e incluso la idea de autorizar a las plataformas de *e-commerce* (aprovechando su misma posición de dominancia) a priorizar productos verdes, incluyendo los propios, y bajar de prioridad en sus herramientas de búsqueda a aquellos productos que impliquen mayores niveles de contaminación[50].

Fuera de la dinámica del "escudo y la espada", una idea más rupturista está en considerar como figura de abuso explotativo la manipulación de consumidores hacia prácticas poco sustentables o el sobreconsumo, aplicable para el caso de empresas dominantes cuyos modelos o métodos de negocios se aprovechan de las decisiones de los consumidores para realizar ofertas e interacciones personalizadas y desincentivar o distorsionar la visión de estos sobre productos y servicios sustentables, lo que finalmente influye en preservar el *status quo* de los usuarios en sus decisiones de compra por productos que carecen de procesos sustentables[51].

VI. LA SUSTENTABILIDAD DENTRO DEL ANÁLISIS DE FUSIONES

Si bien gran parte del debate actual se ha enfocado mayoritariamente en las conductas unilaterales y coordinadas, la literatura relativa al control de operaciones de concentración ha tenido limitada atención. Es importante resaltar que aparece como parte de los temores frente a la doctrina del "Green Antitrust" la idea de que los beneficios verdes podrían operar como un "escudo" para tapar fusiones anticompetitivas de la intervención de las autoridades de competencia. Sin embargo, progresivamente las mismas agencias y doctrina han buscado alternativas que permiten reducir emisiones de carbono a través de procesos y distribución de productos más eficientes o que potencien el desarrollo de tecnologías que faciliten una transición a una economía carbono-neutral[52].

Desde el "escudo", soluciones prácticas están en la introducción del daño en sustentabilidad medioambiental como un tipo de daño anticompetitivo per se. Es decir, las autoridades deberían analizar, entre otras cosas: si una determinada transacción que implique un impedimento significativo a la competencia, tras el alza del poder de mercado de las firmas post-operación, rebajan sus incentivos para reducir un negativo impacto ambiental; contemplar un régimen especial para empresas con un estatus estratégico en el mercado que apunten a fusionarse o adquirir ciertas compañías activas en el desarrollo de innovaciones en productos y servicios verdes, con tal de evitar el problema de las *killer aquisitions*, pero en versión sustentable; y establecer una mayor preponderancia en el análisis de las eficiencias verdes expandiendo el rango contemplado de consumidores afectados (a una comunidad en particular o a la sociedad entera), evaluando las reducciones de emisiones de carbono o la preservación de la biodiversidad como beneficios que sí son materiales a largo plazo e incluyendo en las guías de las autoridades de competencia parámetros claros, información útil y cuantificación que permitan verificar dichas eficiencias sustentables[53].

---

48 Mauboussin, Valentin. (2022) "Environmental defences as a shield from Article 102 TFEU", September 2022, Concurrences N° 3-2022, Art. N° 107124, pp. 30-41

49 Kingston, Suzanne. (2011) Greening EU Competition Law and Policy, Cambridge University Press, Cambridge, 2011, pp. 294–327, p. 312 y 318.

50 Dolmans, M.; H. Mostyn, H.; (2021) Editor's Preface, in The Dominance and Monopolies Review, M. Dolmans and H. Mostyn (eds.), 9th edition, The LawReviews, London.

51 Mäihäniemi, B. (2024). "Manipulation into unsustainable consumer choices as exploitative abuse of dominance". *Market and Competition Law Review*, Vol. 8(1). https://doi.org/10.34632/mclawreview.2024.16037

52 Deutscher, Elias; Stavros Makris, Stavros. (2023) "Sustainability concerns in EU merger control: from output-maximising to polycentric innovation competition", *Journal of Antitrust Enforcement*, Volume 11, Issue 3, November 2023, pp. 350–399.

53 Loukianou, Despoina. (2023) "The Interplay Between Environmental Sustainability and EU Merger Control: Where Do We Stand and Where Can We Go?" (May 15, 2023). Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=4632995, Pp. 38 – 43.

En contraste, la sustentabilidad como "espada", puede operar como una justificación del derecho de la competencia contra operaciones que creen un daño al medioambiente u otros parámetros en sustentabilidad. En este sentido, la forma de materializar estas justificaciones en la evaluación de una operación ocurre mediante una visión de la competencia desde la innovación, es decir, entendiendo la competencia por innovación como una herramienta para maximizar el rendimiento de una firma y comprendiendo la misma innovación como un "proceso policéntrico"[54] que otorga mayor valor y peso a la calidad, dirección y diversidad a las innovaciones en sustentabilidad.[55] Los efectos de esta aproximación están en: efectuar un análisis cualitativo más sensible hacia las preocupaciones que se puedan tener sobre una fusión relacionadas a la dirección y diversidad frente a fundamentos basados en innovación; proteger a competidores pequeños o "*mavericks*" de operaciones que pueden remover importante fuerza competitiva en un determinado mercado, y atribuir mayor peso a los efectos estructurales desde la industria respectiva; la introducción de una regla "+4" señalando que es poco probable infringir la prohibición anti-carteles si existe un mínimo de cuatro alternativas independientes innovadoras en cuanto a tecnología e innovación que estén protegidas por el derecho de la competencia, que aplicada en fusiones provee a las autoridades de un filtro estructural para aquellas operaciones que puedan afectar la competencia en innovación y desarrollo (con excepciones)[56].

A nivel general, la idea central plantea incorporar la sustentabilidad en el ámbito de la revisión sustantiva de una operación. Primero, considerando en el análisis de eficiencias los factores medioambientales siempre que sean específicas a la operación en concreto, beneficien a los consumidores y sean verificables. Segundo, teniendo en mente la consideración de remedios en fase 1 o ex post a la realización de la operación para lidiar con posibles efectos medioambientales negativos de una fusión (remedios conductuales o estructurales). Y tercero, considerando modificar la legislación en esta materia para incluir referencias expresas a la protección medioambiental, sustentabilidad o cambio climático[57].

VII. CONCLUSIONES

La relación entre competencia y sustentabilidad desde un punto de vista regulatorio se ve afectada por diversas fallas de mercado contemporáneas que obstaculizan las iniciativas sustentables, como la indisposición de los consumidores a pagar costos sociales o ambientales, sesgos de comportamiento, asimetrías de información y externalidades negativas. Incorporar la sustentabilidad en la política de competencia plantea desafíos y *trade-offs*, con posturas que abogan por reformas normativas y un mayor control de las agencias de competencia, mientras que otras prefieren integrar la sustentabilidad dentro de la normativa existente.

En definitiva, el "Green Antitrust" implica un replanteamiento del entendimiento clásico de las figuras de la libre competencia, cuya aproximación permea gran parte de los debates que históricamente ha tenido el derecho de competencia. En este sentido, como marco general, la integración entre competencia y sustentabilidad pasa por el eje de "la espada y el escudo" a través de la cual se pueden prevenir daños y permitir medidas en consideración de la sustentabilidad. Dicha teoría proporciona un sustento ecuánime y bilateral en miras a cautelar y sancionar aquellas conductas en el derecho de competencia que van en contra o se excusan falsamente instrumentalizando a la sustentabilidad, pero al mismo tiempo, garantiza una efectiva incorporación de la sustentabilidad en las diversas actividades de las firmas impulsándolas a sumarse a la lucha contra el cambio climático y a promover productos y servicios sustentables.

---

54 Se llama "policéntrico" pues se refiere al proceso de la organización social estructurado alrededor de muchos centros de decisión que son formalmente independientes de cada uno y al mismo tiempo coordinan sus actividades a través de un ajuste mutuo.

55 Deutscher, Elias; Stavros Makris, Stavros. (2023) "Sustainability concerns in EU merger control: from output-maximising to polycentric innovation competition", *Journal of Antitrust Enforcement*, Volume 11, Issue 3, November 2023, pp. 350–399.

56 Ibid. Lianos, I; (2019) "The Interaction of Competition, Regulation and IP Rights in Agriculture: Towards a Dynamic Equilibrium?' in G Muscolo and M Tavassi (eds), The Interplay Between Competition Law and Intellectual Property (Wolters Kluwer 2019), pp. 358 – 359.

57 Holmes, Simon. «Climate change, sustainability, and competition law». *Journal of Antitrust Enforcement* 8, n.º 2 (1 de julio de 2020): 354-405. https://doi.org/10.1093/jaenfo/jnaa006.

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:
Maximiliano Aguirre C., «Conectando sustentabilidad y libre competencia: la mirada del Green Antitrust», *Investigaciones CeCo* (junio, 2024),
http://www.centrocompetencia.com/category/investigaciones

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