



UNIVERSIDAD ADOLFO IBÁÑEZ

CeCo

CentroCompetencia

HACIA UN CONTROL DE FUSIONES SUSTENTABLE: A VECES NO ES NECESARIO REINVENTAR LA RUEDA

Maximiliano Aguirre C.

Hacia un control de fusiones sustentable: a veces no es necesario reinventar la rueda

Mayo 2025



Maximiliano Aguirre C

Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile. Es asociado en Contreras Velozo, y ayudante de las cátedras de Libre Competencia, Clínica de Litigación Administrativa, el Programa de Derecho y Consumo y la Revista de Derecho Económico en la misma casa de estudios. Miembro del equipo ganador del Moot de Libre Competencia 2023 organizado por el estudio Bullard Falla Ezcurra y la Universidad del Pacífico del Perú. Su correo es: maximiliano.aguirre@derecho.uchile.cl

Resumen: La intersección entre la libre competencia y la sustentabilidad ha permeado en gran parte de las instituciones propias del derecho de competencia, siendo una de ellas el control de operaciones de concentración. Visto esto, un análisis de sustentabilidad implica repensar la evaluación típica que se hace de una operación en miras a su aprobación. Esto tampoco implica un cambio de paradigma total en la tarea clásica que hacen las partes y la autoridad de competencia en miras al perfeccionamiento de la operación, ya que las herramientas que ya presenta la libre competencia son suficientes para satisfacer preocupaciones en materia de sustentabilidad. En este artículo se verá cómo funciona la integración de consideraciones y criterios sustentables en el mundo de las operaciones de concentración.

Palabras clave: derecho de la competencia, libre competencia, fusiones, sustentabilidad.

Keywords: competition law, antitrust, merger control, sustainability.

I. INTRODUCCIÓN

En la última década una de las temáticas que ha ganado *momentum* dentro del derecho de competencia, especialmente en Europa, ha sido la intersección entre sustentabilidad y libre competencia. Varios académicos han explorado la posibilidad de que la libre competencia admita dentro de sus análisis nuevos objetivos como la sustentabilidad, y cómo generar hábitos de producción y consumo más sostenibles dentro de la emergencia climática actual¹. En tal línea, las implicancias de incorporar un análisis de sustentabilidad dentro de la libre competencia no son menores, pues va de la mano con repensar en clave sustentable el entendimiento clásico de las principales figuras de la libre competencia². Este nuevo paradigma ha influido en discusiones en torno a acuerdos sustentables y carteles climáticos (dentro de las conductas coordinadas), abusos de posición dominante a través de prácticas insostenibles de negocios (dentro de las conductas unilaterales), y modificaciones dentro de la evaluación de operaciones de concentración frente a los peligros de aquellas fusiones nocivas en términos de sustentabilidad. Para efectos del presente artículo, el enfoque recaerá en este último punto.

Si bien el control de las operaciones de concentración no es una de las áreas más exploradas para efectos del encuentro entre sustentabilidad y competencia, tanto por la dificultad de incorporar parámetros verdes

¹ Algunos trabajos emblemáticos en este sentido son: Kingston, Suzanne (2011), "Greening EU Competition Law and Policy", Cambridge University Press; Holmes, Simon (2020), "Climate change, sustainability, and competition law", *Journal of Antitrust Enforcement*, Volume 8, Issue 2, pp. 354-405; Schinkel, Maarten Pieter, & Treuren, Leonard, "Green Antitrust: (More) Friendly Fire in the Fight against Climate Change", *Amsterdam Law School Research Paper N°2020-72*, *Amsterdam Center of Law & Economics Working Paper N°2020-07*; Nowag, Julian (2022), "Competition Law's Sustainability Gap? Tools for an Examination and a Brief Overview", *Lund University Research Paper Series*, Vol. 5 n°1, *Nordic Journal of European Law Issue*;

² Véase más en Aguirre, Maximiliano. (2024) "Conectando sustentabilidad y libre competencia: la mirada del Green Antitrust", *Investigaciones CeCo*, junio 2024.

dentro de un análisis que protege el bienestar del consumidor, como por la cuantificación en concreto de estos beneficios sustentables, visualizar una concepción sustentable del control de fusiones tendría interesantes implicancias dado su posible impacto en innovación, eficiencia, niveles de huella de carbono en grandes industrias, economía circular y transición a una economía carbono neutral tanto dentro del libre mercado como en sectores regulados³.

A continuación, se incursionará en el mundo de las fusiones desde el encuentro entre sustentabilidad y competencia. De tal manera, quedará en evidencia cómo esta visión penetra en algunas de las etapas del análisis de operaciones de concentración, el entendimiento que implica una revisión sustentable y el contraste que puede representar (o no) en comparación a las visiones tradicionales.

II. ¿POR QUÉ Y CÓMO PENSAR EL CONTROL DE OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN EN CLAVE SUSTENTABLE?

Así como las operaciones de concentración pueden tener efectos nocivos para la competencia, estos también pueden incidir en la relación entre sustentabilidad y competencia a través de los llamados *dirty deals*⁴. Desde la perspectiva más tradicional, el control de concentraciones es necesario para prevenir reducciones en la intensidad competitiva, aumento de precios y pérdida de eficiencias, entre otros factores. Y si a lo anterior se agrega un análisis de sustentabilidad, se puede concebir un nuevo enfoque de evaluación en base a la alteración de las estructuras de mercado en una industria que tenga el potencial de afectar la asignación de recursos y generar degradaciones medioambientales (principalmente reflejadas en los niveles de contaminación hacia la biósfera⁵, conllevando, a la vez, un perjuicio hacia algunas de las metas de los objetivos del desarrollo sostenible).

Por otro lado, también puede haber operaciones que tengan efectos positivos para la competencia, llamados *green deals*. Aquí se encuentran aquellas operaciones que pueden ser compatibles con los objetivos del desarrollo sostenible, permitiendo acelerar la entrada al mercado de empresas verdes que podrían de otro modo ser más dificultosas, generar sinergias en la producción, incentivar cambios en la cultura corporativa⁶, y, más relevante aún, fomentar (hasta cierto punto) la creación de innovación e I+D verde⁷⁻⁸.

Bajo este paradigma, entender un control de operaciones de concentración en clave sustentable significa prevenir o mitigar la concentración económica sobre aquellos mercados donde la huella, influencia, contribución o afectación sobre los objetivos del desarrollo sostenible sea más significativa dentro de una economía que pretende alcanzar mayores niveles de sustentabilidad en un contexto de emergencia climática. La idea es que la revisión de fusiones debiese ir más allá de los efectos relativos a precio, y dar igual, y si no mayor atención a la posibilidad e incentivos que podrían tener los agentes fusionados a reducir

3 Franck, Jens-Uwe. (2024) "EU Merger Control and Climate Action: The Struggle of the Proper Framework", Discussion Paper Series CRC TR 224, Discussion Paper N°576, p. 3.

4 La terminología de "dirty deals" y "clean deals" se extrae de Kar, Nichole; Cochrane, Emma; Spring, Bella; (2021) "Environmental Sustainability and EU Merger Control: EU Competition Policy's Dark Horse to Support Green Investment" en Simon Holmes, Dirk Middelschulte and Martijn Snoep (eds), *Competition Law, Climate Change & Environmental Sustainability*, Concurrences 2021, p. 126.

5 Gautier, L., Fikru, M.G. (2024). Merger Control and Environmental Policy. In: Handbook of Merger Control and Environmental Policy. Natural Resource Management and Policy, vol 59. Springer, Cham, pp. 177 – 181.

6 Haucap, J., Rösner, A., Podszun, R., & Rohner, T. (2024). "Chapter 8: Merger control". En *Competition and Sustainability*. Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing, pp. 133 – 134.

7 Se señala "hasta cierto punto" puesto que la relación entre competencia e innovación está marcada por la relación de la "U invertida", es decir, si el grado de competencia es bajo es más probable un impacto positivo en la competencia en relación a los esfuerzos en innovación realizados por los agentes, y al revés, si el grado de rivalidad y competencia es alto se reducen los incentivos en innovación. Véase más en: Peneder, M. (2012) "Competition and Innovation: Revisiting the *Inverted-U* Relationship". *J Ind Compet Trade* 12, pp. 1–5.

8 Maximiano, R., & Volpin, C. (2024). "Chapter 11: Merger control for green innovation". En *Research Handbook on Sustainability and Competition Law*. Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing, pp. 178 – 181.

sus esfuerzos en I+D, o incurrir en prácticas de negocios insostenibles o ambientalmente dañinas con su aumento de poder de mercado⁹.

Materializar la anterior máxima no es una tarea fácil, y plantea la pregunta de cómo las autoridades de competencia tomarán en cuenta los efectos positivos o negativos de una fusión en términos de sustentabilidad. Para plantear un punto de partida, *Deutscher & Makris proponen el uso de un principio límite: "Daños y beneficios en sustentabilidad serán relevantes para el análisis de competencia sólo si su incorporación es consistente con el principio base del derecho de competencia de proteger un proceso competitivo efectivo"*. Esta regla o máxima previene caer en el absurdo de aceptar operaciones que reducen sustancialmente la competencia, pero aumentan la sustentabilidad, o bloquear operaciones que potencian la competencia, pero dañan a la sustentabilidad¹⁰.

La operativización de este principio variaría dependiendo de la fusión. En el caso de fusiones horizontales, se debería analizar si la competencia previa a la fusión, que se explica por la contestabilidad¹¹ del mercado: a) genera presiones que reducen los márgenes de empresas eco-friendly, afectando su supervivencia o; b) se generan externalidades negativas. La pregunta entonces es, si tras la fusión, la entidad resultante a) es una empresa eco-friendly más económicamente viable y b) puede internalizar de mejor forma las externalidades negativas, o inclusive, no producirlas¹²⁻¹³. Si no es horizontal, se evaluará si la fusión pudiese llevar a una exclusión de mercado aguas abajo o arriba de un rival que, de no perfeccionarse la operación, podría desviar ventas actuales o futuras de las partes que se fusionan sobre la base de un parámetro sustentable¹⁴, ya que la eliminación del competidor podría significar un daño competitivamente relevante en sustentabilidad¹⁵. De todas formas, un beneficio en sustentabilidad -que sea específico de aquella operación- podrá ser competitivamente relevante en tanto se pueda reflejar en la transacción propuesta el incremento de la contestabilidad de las ventas basadas en sustentabilidad entre las partes de la fusión y/o las no fusionadas¹⁶.

Por otro lado, el test tradicional de "*impedimento significativo para una efectiva competencia*" (test SIEC, por sus iniciales en inglés), desde el bienestar del consumidor, parece el más adecuado para incorporar consideraciones sustentables. El análisis radica en la evaluación de si la operación significará mayores precios o menor innovación/calidad, pero con la diferencia de que en clave sustentable se incorporaría el precio ambiental o climático que los consumidores pagan, el cual no siempre está reflejado en el precio de mercado o en las mejoras en calidad del producto¹⁷. Ampliando el ámbito de aplicación de este test, parte del análisis también estaría en la revisión del potencial de la operación para crear o aumentar el poder

-
- 9 APEC. (2023) "Competition Policy and Sustainable Development", APEC Competition Policy and Law Group, Bangkok, Thailand, July 2023, p. 9.
- 10 Deutscher, E., & Makris, S. (2024). "Chapter 22: Making sustainability visible: a new framework and operationalisation tests for merger control". In *Research Handbook on Sustainability and Competition Law*. Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing, pp. 378 – 383.
- 11 La contestabilidad es la apertura que pueden tener los mercados en la capacidad que puede tener cualquier agente para sobrellevar barreras de entrada y salida, expansión de mercado, competencia potencial, en tanto estos factores disciplinan la conducta de aquellos incumbentes en su monopolio o situación de dominancia. El principio de contestabilidad para efectos del control de concentraciones hace referencia a la proyección que se tiene de ganancias o protección de ventas mientras se entrega mayor valor a los consumidores a través de innovación en comparación a otros actores. Se pueden catalogar de contestables aquellas ventas que generan mayor utilidad hacia el agente innovador exitoso. Véase más en Shapiro, Carl (2012) "Competition and Innovation: Did Arrow Hit the Bull's Eye?", en J Lerner & S Stern (eds), *The Rate and Direction of Inventive Activity Revisited*, University of Chicago, pp. 363 – 364; Budzinski, Oliver, & Stöhr, Annika (2024) "Perfect Competition, Market Power, and Contestability", Ilmenau Economics Discussions Papers, Vol. 29, N°189.
- 12 Deutscher, E., & Makris, S. (2024), nota 10.
- 13 Imaginemos cuatro empresas que compiten en el mercado de productos orgánicos y dos de ellas pretenden fusionarse. Lo que se propone es evaluar (1) si eventualmente la fusión generaría un desvío de ventas a la entidad fusionada en perjuicio de otros competidores en una competencia que ocurre en alguna variable sustentable -por ejemplo sobre cuán orgánicos pueden ser los productos- donde la combinación de capacidades (como forma de innovación) podría aumentar las ventas de la nueva entidad, o alternatively, (2) si existirá una externalidad negativa que pueda ser internalizada a posteriori, es decir, si el anuncio de la fusión implica la falta de disponibilidad de locales de productos orgánicos y existe la capacidad de internalizar estos costos a futuro anunciando la inversión en mayores sucursales.
- 14 Por ejemplo, una operación vertical podría generar una exclusión aguas arriba en aquellos supuestos en que un proveedor se fusione con alguno de los competidores de la misma línea en la cadena de producción aguas abajo y la relación existente entre ellos dependa de alguna variable sustentable, como la introducción de productos sustentables aguas abajo como alternativa a los no sustentables.
- 15 Ibid.
- 16 Ibid.
- 17 Dolmans, Maurits, (2020) "Sustainable Competition Policy", CLPD Competition Law and Policy Debate Vol. 5, Issue 4 and Vol. 6 issue 1, pp. 12 – 15.

de mercado de un actor poco sustentable cuya participación de mercado sea difícil de desplazar frente a competidores operando con prácticas sustentables¹⁸. De manera complementaria a lo anterior, se pueden concebir modelos que identifiquen una hipotética disposición de pago de los consumidores entre bienes sustentables y no-sustentables¹⁹. Y si se quiere ir más allá, una reinterpretación expandida del mismo test es posible incorporando preferencias a largo plazo de los consumidores en conjunto con los clásicos efectos a corto plazo en precio, y evaluar la innovación en sustentabilidad que puede caracterizar el mercado afectado desde un enfoque estructural de la fusión²⁰.

Otro test tradicional usado en varias jurisdicciones, aquel de “*reducción sustancial de la competencia*” (test SLC, por su denominación en inglés), también es concebible dentro de la dinámica sustentable. El beneficio que tiene este test es que no limita los factores que pueden generar efectos anticompetitivos con tal de lesionar la competencia, por lo que sería plausible que el impacto en sustentabilidad adquiriera con el tiempo mayor importancia para los consumidores, o que algunas de las variables tradicionales de competencia tengan alguna influencia en torno a un efecto en sustentabilidad²¹.

III. EL FACTOR SUSTENTABILIDAD DENTRO DE LA DEFINICIÓN DE MERCADO RELEVANTE

Factores medioambientales y sustentables propios de un producto pueden ser importantes en tanto este tipo de productos pueden formar parte de un mercado del producto separado, es decir, diferente a los de aquellos productos no-sustentables²². Desde esta mirada, las preferencias sustentables de los productores pueden determinar el grado de sustituibilidad desde el lado de la oferta a través de opciones de productos más verdes en comparación a otros actores del mercado, y esta misma óptica aplica también respecto de la diferente demanda entre productos sustentables y no sustentables²³. Así también, geográficamente, los consumidores pueden preferir productos locales o más cercanos a ellos ya que los pueden ver como más “amigables” climáticamente, pues significan menores costos de traslado o simplemente por la creencia de que los productores locales son más conscientes con el medioambiente²⁴.

La anterior idea es reforzada por la última comunicación de la Unión Europea sobre la definición de mercado relevante, la que incluye dentro de los parámetros de competencia, como una arista de la calidad del producto, la sostenibilidad y eficiencia en el uso de los recursos²⁵. Además, dentro de la apreciación de la sustituibilidad de la demanda en el mercado del producto, como ejemplo de parámetros relevantes en la elección de los clientes, se

18 Ibid.

19 Ibid.

20 Haucap, J., Rösner, A., Podszun, R., & Rohner, T. (2024). “Chapter 8: Merger control”. In *Competition and Sustainability*. Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing, pp. 140 – 141.

21 OECD. (2021) “Environmental Considerations in Competition Enforcement – Note by South Africa”, p. 2.

22 En múltiples casos revisados por la Comisión Europea se ha segmentado el mercado relevante en relación a la percepción de los consumidores sobre productos con opciones sustentables y no-sustentables: en la operación *BEMB/Mondelez/Charger Opco*, se diferenció entre café convencional del no-convencional (orgánico) dada la percepción de los consumidores de que este último significaba un mayor costo en términos de desarrollo sustentable; en la operación *Marine Harvest/Morpol*, de igual manera se separó entre producción de salmón sustentable y convencional; en la operación *Novelis/Aleris*, investigando la diferenciación entre partes de aluminio y acero de auto para efectos de ubicarlos dentro del mismo mercado terminó por concluir que, teniendo en cuenta el efecto de ambos materiales en los niveles emisión de CO2, se ubicaban en mercado diferentes debido que la relación peso/consumo era menor tratándose de aluminio que en metal; más interesante resulta la transacción *Chiquita Brands International/Fyffes*, puesto que la razón para separar en mercados diferentes los plátanos convencionales y aquellos plátanos no convencionales (orgánicos) radica en diferencias contractuales en la producción de ambos bienes en relación a los costos de producción, cumplimiento normativo y estándares ambientales.

23 Ellwanger, Catherine; Kianičková, Terézia; Schiffer, Throsten, Usai, Andrea; (2023) “EU Green Mergers & Acquisitions Deals – How Merger Control Contributes to a Sustainable Future”, Competition merger brief, 2/2023, article 1, pp. 2 – 3. Lecchi, Emanuela; (2023) “Sustainability and EU Merger Control”, E.C.L.R. 2023, 44(2), 70-80, pp. 8 – 9.

24 Franck, Jens-Uwe; (2024) “EU Merger Control and Climate Action: The Struggle for the Proper Framework”, Discussion Paper Series – CRC TR 224, University of Mannheim, pp. 5 – 7.

25 Comunicación de la Comisión, Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa de la Unión en materia de competencia, C/2024/1645, 2024, par. 3 y 15.

ejemplifica la consideración por una línea de fabricación sostenible en miras a diferenciar mercados relevantes²⁶. A su vez, respecto al mercado geográfico, la misma comunicación señala dentro de las categorías de elementos determinantes para esta definición que los costos de transporte, distancia y captación, en tanto influyan en aspectos de sustentabilidad, pueden determinar la posición competitiva de los mercados²⁷.

Si bien la consideración de la sustentabilidad en cuanto al mercado relevante no ha sido tan relevante para efectos de la aprobación de la operación, un caso particular que fue examinado en mayor profundidad fue la operación *Carrefour France/Bio c'Bon*. La novedad de este caso está en reconocer un mercado propio para los productos orgánicos²⁸, separado de aquellos tradicionales, habiendo comprobado una falta de sustituibilidad del lado de la oferta. Esto se fundamentó en la existencia de cadenas de producción particulares, métodos de producción exclusivos, junto a certificaciones y requerimientos técnicos específicos para productos orgánicos²⁹. Lo llamativo radica en que dicha definición de mercado fue insuficiente para aprobar pura y simplemente la operación, requiriendo del acuerdo de las partes la desinversión en una cantidad de tiendas con tal de evitar la excesiva concentración en la parte de distribución de comida orgánica³⁰.

IV. EL ANÁLISIS DE COMPETENCIA: CERCANÍA COMPETITIVA, TEORÍAS DEL DAÑO Y EFICIENCIAS SUSTENTABLES

Aproximándonos a la evaluación a realizarse al momento de la revisión de la operación, las principales áreas donde influye una perspectiva sustentable están en las presentadas a continuación.

4.1. Cercanía competitiva: ¿más sustentable, más cercanos?

Un cambio en las preferencias de los consumidores naturalmente puede llevar a que la sustentabilidad sea cada vez más un parámetro de diferenciación entre agentes competidores. Sin embargo, como contracara, puede llevar a ciertos supuestos donde este mismo factor sustentable estreche la cercanía competitiva. Mientras la demanda por productos sustentables va creciendo, los agentes económicos se ven presionados a alcanzar las expectativas no sólo de los consumidores, sino que también de la sociedad, lo que lleva a elevar esfuerzos por mayor innovación e I+D, junto a nuevas estrategias de las partes para perfeccionar la operación³¹, lo que puede devenir en prácticas de negocios sustentables encaminadas en la misma dirección, generando simetrías en objetivos, metas, líneas de producción e incluso tipo de consumidores alcanzados.

En esta línea, aquellas partes que producen similares productos sustentables pueden ser consideradas competidores cercanos en comparación a aquellos que producen productos similares, pero bajo diferentes estándares medioambientales³². A modo de ejemplo, en la operación *GEA/Alstom*, la Comisión Europea halló

26 Ibid., par. 50.

27 Ibid., par. 72.

28 Estudios internacionales sugieren que una producción agrícola orgánica influencia significativamente la minimización de impactos ecológicos y medioambientales en miras a un desarrollo sostenible, pues el uso de materias orgánicas reduce efectos adversos de impacto ambiental al preservar los ciclos naturales de recuperación de suelo y conservación en la calidad de la comida excluyendo el uso excesivo de fertilizantes químicos, pesticidas, hormonas de crecimiento y aditivos; pese a lo anterior se enfatiza que una producción orgánica debe ir de la mano de nuevas tecnologías, innovación, y nuevas aproximaciones a la relación entre la sustentabilidad del sistema agrícola, la producción y los efectos en la calidad de vida. Véase más en: Ashoka Gamage, Ruchira Gangahagedara, Jeewan Gamage, Nepali Jayasinghe, Nathasha Kodikara, Piumali Suraweera, Othmane Merah, (2023) "Role of organic farming for achieving sustainability in agriculture", *Farming System*, Volume 1, Issue 1, 2023; Christian Schader, Matthias Stolze and Urs Niggli, (2014) "How the organic food system contributes to sustainability", *Assessing Sustainable Diets within the Sustainability of Food Systems*, FAO, pp. 27-36.

29 Décision n°21-DCC-161 du 10 septembre 2021 relative à la prise de contrôle exclusif de certaines activités du groupe Bio c' Bon par la société Carrefour France, Autorité de la concurrence, par. 14, 15 y 18.

30 Ibid., par. 200 - 208.

31 Iken, Alexander; Kianičková, Terézia; Bailly, Marion; Usai, Andrea; Koltay, Gabor; Simon, Stephan; (2024) "Non-price Competition: EU Merger Control Framework and Case Practice", *Competition Policy Brief*, European Commission, issue 1, April 2024, pp. 8 - 9.

que las empresas parte de la operación (Alstom, GE y Siemens) apuntaban al mismo perfil de consumidores debido a que el desarrollo de las maquinarias era similar en cuanto a sus niveles de emisiones, por lo que la Comisión inicialmente calificó de riesgosa la fusión por la posibilidad de eliminación de un significativo y cercano competidor dentro del mercado de las turbinas industriales a gas de 50Hz. Así, tras una desinversión de ciertas partes del negocio de Alstom, la operación fue aprobada condicionadamente³³.

Otro ejemplo, también vinculado con la percepción de los consumidores respecto a alternativas sustentables, está en el caso *Schwarz Group/Suez* en lo relacionado a mercado del manejo y gestión de residuos, en particular sobre el embalaje ligero, donde la Comisión señaló que la distancia era un factor importante para los consumidores, pues estos valoraban aquellas plantas locales o más cercanas a ellos por las eficiencias medioambientales y los menores costos de transporte que significaban en comparación a las plantas más lejanas³⁴. Esto llevó a razonar que las partes, debido a este tipo de eficiencias, parecían ser competidores particularmente cercanos, y que la fusión, de concretarse, hubiese transformado a la nueva entidad en el proveedor más grande en Países Bajos, por lo que finalmente remedios de desinversión fueron recetados para dicha zona geográfica³⁵.

4.2. ¿Nuevas teorías del daño?

No toda fusión que pueda tener un impacto en el medioambiente va a ser motivo de un cuestionamiento, mientras que toda fusión que pueda restringir la competencia y significar un daño ambiental puede ser prohibida o sujeta a ciertas condiciones³⁶.

¿Cómo pueden estas consideraciones ambientales reflejarse en una operación dentro del análisis de competencia? Una de las vías principales es a través de la elaboración de teorías del daño. Estas teorías reflejan los medios a través de los cuales fusiones o adquisiciones pueden significar un daño hacia los consumidores. De esta manera, para efectos de conectar la preocupación por la sustentabilidad a los precedentes existentes, se pueden descubrir los siguientes fenómenos dentro de las teorías del daño según el tipo de operación y sus efectos.

En las operaciones horizontales cobra relevancia en términos de sustentabilidad la generación de efectos unilaterales (o no-coordinados) originados del suficiente poder de mercado de la nueva entidad resultante de la fusión³⁷. En este sentido, la teoría de la Comisión Europea en el caso *Aurubis/Metallo* postulaba que esta operación, con el aumento del poder de compra de la entidad fusionada, le permitiría reducir el precio al que compraba chatarra de cobre, por lo que la fusión significaría mayores costos a los productores primarios, pues recibirían menos por la chatarra de la actividad manufacturera³⁸. Grandes eran las implicancias de esta revisión, pues con la concentración recién descrita se condicionaban los incentivos de los recicladores para recolectar y clasificar estos residuos, junto a posibles costos más altos para la manufactura industrial con repercusiones hacia el consumidor final. Pese a las preocupaciones, se concluyó que los distribuidores industriales de todas formas podrían vender su chatarra de cobre a un amplio rango de compradores alternativos, por lo que la fusión no tendría un impacto importante en los precios³⁹.

Otra teoría está fundada en posibles preocupaciones ante un potencial cierre de mercado relativo a variables sustentables. En la revisión de *KPS Capital Partners/Real Alloy Europe*, en un contexto de alta demanda

32 Slaughter and May. (2023) "Sustainability issues in merger review", Competition & Regulatory Newsletter, issue 18, 27 september – 10 october 2023, pp. 1 – 2.

33 Comisión Europea, Caso M. 7278 – General Electric/Alstom (Negocio de Energía y Red Térmica – Renovable), Procedimiento de Concentración, 8/9/2015.

34 Franck, Jens-Uwe; (2024), nota 24, pp. 7 – 8. Comisión Europea, Caso M. 10047 – Schwarz Group/Suez Waste Management Companies, Procedimiento de Concentración, 12/2/2021, par. 118 y 123.

35 Ibid.

36 OECD (2021); Environmental considerations in competition enforcement, OECD Competition Committee Discussion Paper, pp. 35 – 36.

37 Ibid.

38 Comisión Europea, Caso M. 9409 – Aurubis/Metallo Group Holding, Procedimiento de Concentración, 2020, par. 392 – 395, 404 y 844.

39 Comisión Europea, Nota de prensa, IP/20/801, "Mergers: Commission clears Aurubis' acquisition of Metallo", 2020.

por aluminio reciclado y servicios derivados de la reutilización de estos desechos dentro del proceso de descarbonización de las industrias europeas, la Comisión diagnosticó que la entidad fusionada tendría el incentivo a generar un cierre de mercado junto con una restricción de acceso al aluminio reciclado, y los servicios de reciclaje de escorias y escorias salinas. En tanto Real Alloy tenía una importante posición de mercado aguas arriba dadas sus capacidades especiales dentro del mercado de reciclaje de escoria de aluminio y escorias salinas de aluminio junto a la existencia de pocas alternativas substitutas⁴⁰, ella podía restringir el acceso a competidores aguas abajo en productos laminados y servicios esenciales para la cadena de reciclaje, con un impacto que se extendería a múltiples industrias no sólo en precio, sino que también la depreciación del valor de los materiales reciclados por parte de sus competidores e incluso en obligar a estos a recurrir a métodos de producción subóptimos que generaran mayores costos de refinación y menores rendimientos. Tras este diagnóstico en fase 1, KPS ofreció la desinversión de varios sectores de la producción de aluminio reciclado de Real Alloy con el objetivo de preservar la competencia en el mercado de servicios de reciclaje y asegurando que los competidores continuaren teniendo acceso a aquellos servicios a precios competitivos⁴¹.

Dentro de las teorías elaboradas, la relación entre competencia y sustentabilidad en gran parte de los casos ha sido discutida en el marco de la “competencia por la innovación”, es decir, una teoría que se sustenta en los posibles efectos unilaterales en ritmo y cantidad de innovación en un mercado competitivo en tanto una operación de concentración puede devenir en una disminución del nivel de innovación por las partes o sus competidores, conllevando un daño hacia los consumidores⁴².

Esta teoría del daño, emanada de las preocupaciones por innovación, asume que los agentes económicos compiten a través de esfuerzos por mayor innovación, siendo competidores (o no) en un mercado determinado donde la incertidumbre competitiva los fomenta a que los resultados en innovaciones sean altos, frente a lo cual las autoridades de competencia en aquellos escenarios examinan el impacto en innovación de una determinada conducta o transacción y a su vez evalúan cuánto es el margen y dinamismo que agrega al mercado el impacto de la innovación en la competencia (a largo plazo)⁴³.

En ningún caso este enfoque en innovación es algo especial para el caso de la sustentabilidad, sino que corresponde a una tradicional estrategia amparada por variadas jurisdicciones en la revisión de operaciones horizontales con tal de prevenir aquellas fusiones que priven a los consumidores de los beneficios de la competencia, incluyendo aquellos relativos a innovación⁴⁴. De esta forma, las autoridades de competencia tienen la facultad de evaluar el impacto futuro de una fusión en aquellas actividades o mercados que impliquen líneas productivas de investigación y desarrollo (I+D)⁴⁵. El factor sustentable operaría dentro de la elaboración de una teoría del daño basada en innovación como un elemento propio de la competencia, principalmente dentro del campo de la I+D, por ejemplo, justamente para aquellos casos en que agentes compiten en la elaboración de procesos menos contaminantes en la extracción de materias primas, otros medios de manufactura, o la misma

40 Comisión Europea, Caso M. 10702 – KPS Capital Partners/Real Alloy Europe, Procedimiento de Concentración, 2023. Kelly, Esther; Neilson, Marc; (2023) “Merger control and sustainability: a new dawn or nothing new under the sun?”, CPI Antitrust Chronicle, November 2023, p. 4.

41 Ellwanger et. al., nota 23, p. 5.

42 Duso, Tomaso; Bernhardt, Lea & Piechucka, Joanna; (2024) “The Evolution of Theories of Harm in EU Merger Control”, Discussion Papers 2090, Deutsches Institut für Wirtschaftsforschung, Berlin, p. 16.

43 OECD (2023), The Role of Innovation in Competition Enforcement, OECD Competition Policy Roundtable Background Note, p. 25 – 26.

44 En la jurisdicción norteamericana, la revisión en base a los efectos de determinada conducta u operación sobre innovación comienza y tiene mayor desarrollo respecto de aquellos mercados marcados por dinámicas de innovación (“*innovation markets*”), mientras que difiere respecto de las teorías del daño basadas en innovación con un incipiente precedente en la operación *Halliburton/Baker Hughes*. Diferente es el panorama a nivel comunitario, ya que la directriz sobre la evaluación de las concentraciones horizontales de la Unión Europea señala que: “A través del control de las concentraciones, la Comisión impide las concentraciones que podrían privar a los consumidores de estas ventajas al incrementar de forma significativa el poder de mercado de las empresas. Por “poder de mercado incrementado” se entiende la capacidad de una o varias empresas para, en función de sus intereses, aumentar los precios, reducir la producción, la gama o la calidad de los bienes y servicios, disminuir la innovación o influir por otros medios en los parámetros de la competencia” (énfasis añadido).

45 Jung, Nelson; Sinclair, Elizabeth; (2019) “Innovation theories of harm in merger control: plugging a perceived enforcement gap in anticipation of more far-reaching reforms?”, *European Competition Law Review*, 40 ECLR, Issue 6, p. 270.

producción de productos y servicios⁴⁶. Por su parte, de ya existir iniciativas en sustentabilidad, es importante considerarlas desde una mirada estructural dentro de la evaluación de la fusión, ya que las partes fusionadas tienen incentivos a desacelerar o discontinuar esfuerzos comunes en I+D, e incluso a abandonar prácticas sustentables de negocios para adoptar las de la contraparte, que aunque puedan ser menos costosas, implican mayores niveles de contaminación y costos sociales con efectos nocivos a largo plazo⁴⁷.

En esta conexión sustentabilidad-innovación, destacan las operaciones *Dow/Dupont* y *Bayer/Monsanto* en el sector agroquímico.

Respecto de la primera operación, en 2017, dos compañías líderes dentro de la industria química, Dow y DuPont, buscaron fusionarse, existiendo actividades en I+D cubriendo la cadena de producción en la protección de cosechas y todo su ciclo de vida desde su descubrimiento molecular hasta la distribución del producto. Sin embargo, en razón a que la industria de los pesticidas está sujeta bajo una estricta regulación especial, este mercado ha tendido a concentrarse pasando de aproximadamente cuarenta actores a cinco al tiempo de la fusión.

Ante esto se planteó un posible daño en términos sustentables en la medida que este significare, a su vez, un daño hacia la competencia en innovación, enfatizando la relación existente hacia el desarrollo de nuevos productos de protección de cosechas o variedad de plantaciones cuya contribución es vital para la seguridad alimentaria, resiliencia de la cadena alimentaria y reducción de la contaminación⁴⁸; de esta manera, mayor innovación en el desarrollo de ingredientes activos para la industria agroquímica contribuía a la protección medioambiental, reduciendo riesgos de toxicidad en la protección de cosechas y mejorando el tratamiento de residuos químicos⁴⁹.

En este escenario, la Comisión representa que la operación conllevaba a una reducción significativa de la competencia en cuanto a innovación en I+D, precio, y elección en los consumidores, en tanto estas variables eran propias de la competencia dentro de la industria agroquímica. La disminución en innovación dependía de cuán contestable⁵⁰ serían las ventas entre la entidad fusionada y las partes no fusionadas en términos de innovación. En particular, si, previo a la fusión, las partes a fusionarse compiten cercanamente entre ellas en base a este parámetro, y pueden capturar ventas tanto presentes como futuras de cada una con la introducción de nuevos productos, estas, si estuvieran combinadas, podrían reducir los incentivos a innovar, puesto que se les permitiría minimizar la canibalización de la rentabilidad de sus ventas de productos mediante la reposición o discontinuación de actividades de I+D que tiendan a traslaparse⁵¹. Y en efecto, se identificaron “espacios de innovación” -en comparación a tradicionales mercados del producto- en que la fusión “entre dos de un limitado número de innovadores efectivos, en un mercado concentrado con altas barreras de entrada” levantaba riesgos a la competencia⁵². El anterior análisis significó una ampliación en la concepción de las teorías del daño, por cuanto la Comisión expandió su foco de revisión a las líneas de investigación y productos en primeras etapas de desarrollo o cuyo potencial en ideas eran indefinidos o respecto de años a un posible lanzamiento⁵³. Además, se extendió la aplicación del modelo estándar de efectos unilaterales, que generalmente es usado sobre precios para la evaluación de la competencia por innovación, fundado en que el desvío de ventas que originaba la fusión

46 American Bar Association Antitrust Law, (2021) “Sustainability and Competition Law”, Report of the International Development and Comments Task Force, Antitrust Law Section, p. 24.

47 Hay evidencia contundente de que mientras más un agente innova en tecnologías contaminantes, este es más propenso a seguir con la misma tendencia de manera continua, véase más en: Aghion, P., Antonin C., Bunel S. (2021), *The Power of Creative Destruction: Economic Upheaval and the Wealth of Nations*, Harvard University Press. APEC (2023), nota 9, p. 10.

48 Comisión Europea, Caso M. 7932 - Dow/DuPont, Procedimiento de Concentración, 2017, par. 1975 – 1980; Comisión Europea, Caso M. 8084 – Bayer/Monsanto, Procedimiento de Concentración, 2017, par. 3007 - 3012.

49 Ibid.

50 Véase nota 11.

51 Deutscher & Makris (2024), nota 10, pp. 396 – 397.

52 Comisión Europea, Caso M. 7932 - Dow/DuPont, Procedimiento de Concentración, 2017, par. 42, 348 y 351.

53 Jung & Sinclair (2019), nota 45, pp. 271 – 272.

representaba un costo de oportunidad adicional para la entidad fusionada, lo que generaba menores incentivos para innovar en relación a los “espacios de innovación”⁵⁴.

Y la última teoría del daño está en lo que se ha denominado como las “*green killer acquisitions*”. Un fenómeno ya consolidado dentro de lo que son las fusiones corresponden a las “*killer acquisitions*”, es decir, aquella práctica donde agentes económicos establecidos compran prometedoras compañías nacientes, no siendo necesaria notificación alguna en tanto sus utilidades se ubican bajo el umbral que requiere la autoridad de competencia para que se notifique la transacción, lo que puede llevar a la discontinuación de I+D, comercialización, y productos potencialmente innovadores o disruptivos hacia el mercado⁵⁵. En versión sustentable, estas adquisiciones implican que un agente establecido adquiera una compañía cuya línea de producción, desarrollo o de comercio se relaciona con innovaciones sustentables, y además como consecuencia de la operación, el agente adquirente no está dispuesto a continuar con dichas innovaciones, generando un detrimento a la misma innovación, bienestar del consumidor y el medioambiente⁵⁶. Sin embargo, esto no se limita sólo a dicho escenario, ya que aquel agente incumbente, incluso pudiendo tener tecnologías limpias en desarrollo, como resultado de la pérdida de presión competitiva para innovar en materia de sustentabilidad, puede decidir paralizar o suspender proyectos en I+D y proseguir el rumbo opuesto mediante el uso de tecnología más barata y contaminante⁵⁷. Finalmente, también se genera el incentivo exclusorio a formar “zonas de sacrificio de inversión”, esto es, sectores sustentables donde *start-ups* e inversionistas eviten incursionar en beneficio de posibles competidores innovadores verdes debido a la presencia de actores incumbentes con muchísimo poder de mercado⁵⁸.

4.3. La defensa de eficiencias sustentables o “verdes”

La proposición de eficiencias dentro de una operación representa una oportunidad perfecta para la sustentabilidad, puesto que se pone a prueba la creatividad de aquellas partes fusionadas en cuanto a aquellas iniciativas o proyectos que puedan representar beneficios no sólo económicos, sino que también sociales y medioambientales.

En la teoría, las “defensas en eficiencias verdes” de una operación se fundamentan en tanto generan incentivos a mejorar la calidad de los productos reduciendo el nivel de contaminación parte de su producción, costos en uso de materias primas o desechos generados, fomentan el desarrollo e innovación en nuevas tecnologías en productos sustentables, permiten operar más eficientemente a la entidad fusionada en miras a alcanzar objetivos del desarrollo sostenible, e incluso generan eficiencias fuera del mercado afectado por la concentración (también llamadas las “*out-of-the-market efficiencies*”)⁵⁹.

Pero en la práctica, el análisis en sede de competencia de este tipo de eficiencias ha sido excepcional. A priori, no existen razones económicas para excluir este tipo de eficiencias de los tests tradicionales (por ejemplo, que sean verificables, específicas de la operación y que compensen el poder de mercado de la empresa fusionada). Sin embargo, el problema generalmente ronda en torno a la verificabilidad de estas, en tanto la evaluación del impacto de la transacción, la materialización de los beneficios a largo plazo y marco de cuantificación no son igual de tomadas en cuenta si se las compara con las a eficiencias clásicas, y por lo demás requieren

54 Ibid.

55 Cunningham, Colleen and Ederer, Florian and Ma, Song, Killer Acquisitions (April 19, 2020). Journal of Political Economy, Vol. 129, No. 3, pp. 649–702, March 2021.

56 Hermida, Agustina (2021). “When Green meets Merger Control: How to incorporate green efficiencies under EU merger review to avoid green killer acquisitions”, Competition policy brief, issue 3, December 2021, p. 15.

57 OECD (2021), nota 36, p. 38.

58 Ibid.

59 Ellwanger et. al., nota 23, p. 4.

estándares diferentes de análisis (diferentes al bienestar del consumidor)⁶⁰. Este es meramente un problema de racionalidad limitada del regulador, pues incorporar criterios de la economía medioambiental y climática ofrece múltiples herramientas y metodologías para efectos de cuantificar costos de iniciativas hacia la biosfera, en contaminación y monetización de gases de invernadero, y en general cualquier eficiencia sustentable⁶¹. De esta manera, en lo esencial las herramientas a usar no corresponden a metodologías y herramientas nuevas, sino que son las más comúnmente usadas por esta disciplina, lo que para efectos de competencia quiere decir que la verificación de estas eficiencias puede ser alcanzada a través de evidencia similar a la usada tradicionalmente (documentos internos, declaraciones y cálculos, y estudios de expertos en los beneficios esperados)⁶²; su cuantificación -para efectos de medir la disposición de pago por productos sustentables- se puede construir en base a modelos de preferencia fijos basados en encuestas a los consumidores tal como se usan para evaluar el valor de bienes públicos, daños ambientales y el impacto económico del cambio climático⁶³⁻⁶⁴; y el beneficio hacia los consumidores se puede medir contemplando dentro de los instrumentos de medición anteriores tanto a consumidores actuales como potenciales con tal de evaluar la disposición de pago por productos sustentables en comparación a productos idénticos menos sustentables⁶⁵.

Aún más inexplorado es el caso de las eficiencias fuera del mercado. Las posibilidades asociadas a este tipo de eficiencias radican en proporcionar métodos alternativos de cuantificación con tal de incorporar al análisis el impacto de externalidades medioambientales (por ejemplo, en cuanto a costos efectuados en prevención o reducción de daños, y el costo mismo del daño)⁶⁶. Si bien algunas jurisdicciones a nivel comparado son receptivas de la invocación de estas eficiencias dentro de la evaluación normal del control de concentraciones⁶⁷, la mayoría de las jurisdicciones toma este tipo de eficiencias como si estuvieran fuera del ámbito de competencia propio de la autoridad, al corresponder a consideraciones propias de interés público fuera de esta clase de evaluación⁶⁸.

Uno de los casos destacables donde la defensa en base a eficiencias verdes fue invocada (pese a fracasar) está en la operación anteriormente mencionada *Aurubis/Metallo*, en cuanto las partes aseguraron que la entidad fusionada sería capaz de producir nueva tecnología beneficiosa en recuperación de metal y beneficios medioambientales, a lo que la Comisión, validando este argumento como eficiencia, señaló que esto no era claro en la eventual operación, por lo que fallaba el requisito de verificabilidad y que la nueva tecnología era poco probable que llegara en tiempo prudente en tanto dependía de factores externos a la operación fallando el requisito de especificidad a la transacción⁶⁹.

Pese a lo difícil que puede ser una “defensa de eficiencias verdes”, eficiencias clásicas también pueden tener un efecto positivo en la sustentabilidad. Por mencionar algunos efectos positivos, entre estos

60 Lopes, Margot & Pajares de Dios, Inés (2024), “Are competition authorities planning to rule the world? New and expander approaches to merger control”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 64, mayo 2024, pp. 43 – 44.

61 Maximiano, R., & Volpin, C. (2024), nota 8, pp. 188 – 189.

62 OECD (2021), “Measuring Environmental Benefits in Competition Cases” by Nadine Watson, Roundtable on Environmental Considerations in Competition Enforcement, December 2021, p. 13.

63 Entre los métodos propuestos se señalan: modelos de elección discreta para recolectar información de preferencias de consumidores a través de encuestas que simulan elecciones de compra (en lo posible preguntas consecencialistas), experimentos de campo que estimen la disposición de pago basado en evidencia directa de la conducta de los consumidores al encontrar productos y servicios sustentables, análisis de costos de viaje para aquellos casos donde adquirir un bien sustentable involucra mayores costos de búsqueda y transaccionales comparando con la alternativa no-sustentable, o métodos de precios hedónicos que evalúen el impacto de mejoras (o deterioros) en calidad en los precios estimados.

64 *Ibid.*, p. 14. ACM (Netherlands Authority for Consumers and Markets) & HHC (Hellenic Competition Commission) (2021), “Technical Report on Sustainability and Competition”, January 2021.

65 *Ibid.*, p. 25.

66 Oxera (2021), “The role of sustainability in merger control”, *Today's Agenda*.

67 La autoridad de competencia australiana (ACCC) aprobó en 2023 una operación *MidOcean/Origin Energy* donde si bien detectó un riesgo de “una reducción sustancial a la competencia” identificó a su vez una serie de beneficios que resultarían en la reducción de emisiones de CO₂, concluyendo que debido al beneficio público y el valor para los australianos de estas reducciones era más posible que dicho beneficio compensara el riesgo a la competencia de la respectiva adquisición. Holmes, Simon (2024), “Sustainability and competition policy in Europe: recent developments”, *Journal of European Competition Law & Practice*, Volume 15, Issue 8, December 2024, pp. 562 – 570.

68 OECD (2023), “Out-of-Market Efficiencies in Competition Enforcement”, *OECD Competition Policy Roundtable Background Note*, pp. 24 – 25.

69 Comisión Europea, *Aurubis/Metallo*, nota 38, par. 844.

podemos contar con que ahorros de costos consecuencia de eficiencias en la producción o distribución generan un incentivo a cobrar precios más bajos, lo que significa que, si una operación conlleva prácticas medioambientalmente amigables con una baja en los costos de producción, esas eficiencias pueden tener un impacto positivo en sustentabilidad dentro del marco convencional de evaluación de la transacción⁷⁰. En tal línea, en la operación *FedEx/TNT Express*, la Comisión Europea halló que la entidad fusionada podría ahorrar costos al aprovechar las economías de escala de la fusión en la red aérea mediante la reducción de la cantidad de aviones viajando, o sustituyendo los aviones existentes con menores cantidades pero con mayor capacidad, conllevando el aumento de la capacidad de uso de cada vuelo, lo que a su vez significaba una reducción en las emisiones contaminantes propias de las aeronaves⁷¹. Pese a que no se tomó en cuenta explícitamente esta eficiencia en torno a las emisiones, este caso demuestra que un análisis que considere las consecuencias de eficiencias basadas en variables clásicas de la competencia (precio, cantidad, calidad, otras) puede contribuir en materia de sustentabilidad en tanto también exista una revisión del segmento de la fusión que involucre un potencial aprovechamiento de recursos.

V. REMEDIOS SUSTENTABLES

Al identificarse riesgos para la competencia, la formulación de remedios o medidas de mitigación pretende evitar la prohibición de la operación. Entonces, aquellos remedios que pretendan subsanar estas preocupaciones suponen la detección de un daño a la competencia que a su vez puede redundar en un daño en materia de sustentabilidad⁷².

En los últimos años las autoridades de competencia han potenciado la utilización de remedios y medidas de mitigación para prevenir daños a la competencia, e incluso lo han realizado bajo intereses no tradicionales como innovación, empleo, medioambiente, entre otros. Por eso, no es extraño que en las mismas transacciones se generen compromisos relativos a inversiones en I+D, prácticas sustentables de negocios, o la protección de trabajadores⁷³.

En esta línea, los “remedios sustentables” pretenden potenciar la aprobación de las operaciones mientras tengan un efecto neutro o positivo en términos sustentables, o aún mejor, que estas contribuyan a algunas de las metas propias de los objetivos del desarrollo sostenible⁷⁴.

La solución adecuada a través de remedios para la fusión dependerá en esencia de si una determinada jurisdicción prefiere remedios estructurales o conductuales, junto con el papel que juega la sustentabilidad como factor competitivo en el mercado afectado. Las agencias de competencia tienden a preferir remedios estructurales⁷⁵, aunque en la práctica, para efectos de aumentar la sustentabilidad, no necesariamente es necesario restringirse a este tipo de remedios, ya que no siempre pueden ser lo más aptos para configurarse de una manera más sustentable en comparación a remedios menos deseables pero que son conductuales⁷⁶. Los remedios conductuales pueden ser particularmente aptos para teorías del daño basadas en la sustentabilidad, de manera independiente o en combinación con otras medidas estructurales; por ejemplo, si la teoría del daño de la autoridad incluye riesgos de reducir la competencia en un mercado marcado por la “competencia por la sustentabilidad”, un remedio podría incluir compromisos para que el adquirente

70 Monopolkommission (2022), Chapter IV: Sustainability and competition, “XXIV. Biennial Report by the Monopolies Commission in accordance with Section 44 Paragraph 1 Sentence 1 of the German Act against Restraints of Competition”, p. 16.

71 Comisión Europea, Caso M. 7630 – FedEx/TNT Express, Procedimiento de Concentración, 2016, par. 535.

72 OECD (2021), nota 36, p. 41.

73 Lopes, Margot & Pajares de Dios, Inés (2024), nota 60, p. 46.

74 Holmes, Simon (2020); “Climate change, sustainability, and competition law”, *Journal of Antitrust Enforcement*, 2020(8), pp. 354 – 405.

75 OECD (2011). “Remedies in Merger Cases”, Series Roundtables on Competition Policy n°125, Competition Committee, pp. 19 – 20.

76 Horváth, A.M. (2024). Sustainability and Competition Law in Hungary. In: Killezi, P., Kobel, P., Kilpatrick, B. (eds) *Sustainability Objectives in Competition and Intellectual Property Law*. LIDC Contributions on Antitrust Law, Intellectual Property and Unfair Competition. Springer, Cham.

“remedios sustentables” pueden concebirse tanto de manera conductual como estructural.

Por el lado conductual, a modo de ejemplo, en la operación entre las compañías de agua *Mid Kent Water/ South East Water*, la aprobación de la transacción quedó sujeta meramente a remedios conductuales diseñados en torno a reducciones y determinaciones de precios para lidiar con posibles efectos adversos de la fusión y preservar los beneficios propios del recurso “agua”⁷⁸. Tal como se desprende del caso, los remedios conductuales principalmente serán relevantes en situaciones donde exista una relación fundamental de los consumidores con productos sustentables donde la fusión de manera pura y simple pudiese significar un daño competitivo con repercusiones ambientales a variables sustanciales de la competencia en dicho mercado (precio, calidad, cantidad, entre otras). Por ende, en casos como éste, de manera preventiva posibles remedios irán en la línea de ampliar el acceso a los consumidores al catálogo de este tipo de productos facilitando el acceso a tecnologías verdes (en I+D, propiedad intelectual o almacenamiento de datos)⁷⁹.

Por el lado estructural, la operación *Sika/MBCC* levantó preocupaciones de competencia por posibles riesgos en reducción de dinamismo competitivo, aumento de precios y disminución de innovación dentro de los mercados de aditivos químicos y de concreto, y también preocupaciones en clave sustentable en la magnitud de la huella de carbono que significa la industria de los aditivos en el contexto del cumplimiento con las metas de carbono fijadas por la autoridad. Por esto, con tal de remover los traslapes existentes en I+D dentro de los aditivos químicos, las partes acordaron desinversiones en sus negocios individuales a nivel global, pues la investigación de la Comisión reveló el nexo existente entre el crecimiento del mercado de estos aditivos y el rol que poseen en la reducción de emisiones en industrias de uso intensas en carbono (cemento, concreto, construcción), pues nueva innovación en aditivos reciclables incentivaba una producción de concreto más circular al reducir la dependencia de recursos naturales agotables como materia prima en la confección de estos aditivos⁸⁰⁻⁸¹.

VI. CONCLUSIONES

A veces no es necesario reinventar la rueda, sino que solo basta reorientarla. Si bien visualizar un derecho de competencia sustentable implica un entendimiento nuevo de las instituciones que son parte de él, tal como ocurre con todos los paradigmas que se enfrentan a diario en materia de nuevas tecnologías, mercados digitales, inteligencia artificial, entre otros, esta comprensión puede darse dentro de las mismas herramientas e instrumentos que la libre competencia ha cultivado a lo largo de su historia.

Comprender una visión sustentable del control de fusiones significa incorporar los conceptos y entendimientos propios de la sustentabilidad al análisis de competencia (los cuales a priori pueden resultar ajenos y diferentes a los cánones tradicionales del derecho de la competencia), pero al mismo tiempo significa que la conversación sigue rondando en el terreno de las categorías y debates dentro del área que son familiares. El argumento aquí presentado en favor de incorporar la sustentabilidad dentro del mundo de las fusiones significa un *win-win-win* para la dinámica desarrollada entre las partes como agentes económicos, la autoridad de competencia y los consumidores, en tanto se desarrollan incentivos para tener mejores tratos, iniciativas, compromisos y sinergias. Así, como consecuencia de la fusión para las partes, la autoridad de competencia puede realizar una evaluación más cabal y sincera de la operación, y los consumidores se benefician de mejores precios, calidad e innovación junto al beneficio social en ahorro de costos en daños que proporcionaría este marco sustentable.

77 American Bar Association Antitrust Law (2021), nota 46, pp. 29 – 30.

78 Holmes, Simon (2020), nota 74, p. 394.

79 Kar, Cochrane & Spring, 2021, nota 4.

80 Auffret, Marianne; Herrmann, Felix; Jonckheere, Johan; Kianičková, Terézia; Rizzoli, Céline; (2023) “Sika/MBCC: Cementing Sustainability – Cutting Carbon through Chemistry”, Competition merger brief 2/2023, article 3, p. 12.

81 Comisión Europea, Caso M.10560 – Sika/MBCC Group, Procedimiento de Concentración, 2023.



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., "Hacia un control de fusiones sustentable: a veces no es necesario reinventar la rueda", *Investigaciones CeCo* (mayo, 2025),

<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