

DOCTRINA

Litigación climática en la libre competencia: La sustentabilidad en la metáfora de la espada y el escudo

Climate litigation in competition law: sustainability through the metaphor of the sword and shield

Maximiliano Aguirre Contreras

Investigador independiente, Chile

RESUMEN La integración entre sustentabilidad y libre competencia es uno de los tópicos contingentes en los últimos años dentro del derecho de competencia. Bajo este nuevo entendimiento, naturalmente afloran tensiones entre la regulación y la normativa de competencia cuando agentes económicos, a través de acuerdos, conductas, acciones o estrategias de negocios en favor de la sustentabilidad, pueden generar riesgos a la competencia, sea por el contacto cercano entre competidores derivado de un acuerdo sustentable, una posición dominante (o abusando de ella) en la existencia de alternativas verdes, o una operación de concentración en un mercado con iniciativas sustentables. Sin embargo, desde el control de competencia es posible habilitar una ventana para que iniciativas que generen daños y/o beneficios en sustentabilidad sean evaluadas desde las instituciones clásicas de la rama y leídas desde el rol que adquiere la litigación climática en alcanzar mercados más sustentables tras la verificación de algún efecto en sustentabilidad. El presente artículo pretende presentar una serie de instituciones propias del derecho de la libre competencia, pero en su versión sustentable, exponiendo aquellos mecanismos de impugnación y protección básicos de prácticas insostenibles y sostenibles, respectivamente, en ambos casos frente a la normativa de libre competencia, dentro del marco de las tácticas, estrategias y precedentes que caracterizan a la litigación climática dentro de esta área. La revisión y análisis se realiza a través del desarrollo de la metáfora doctrinal del “*sword & shield*” (espada y escudo), y su influencia en las principales instituciones de la libre competencia (conductas coordinadas, conductas unilaterales y operaciones de concentración).

PALABRAS CLAVE litigación climática, sustentabilidad, regulación, derecho de la competencia.

ABSTRACT The integration between sustainability and competition is one of the contingent topics in recent years within competition law. Within this new understanding,

tensions naturally arise between regulation and competition dispositions when economic agents, through agreements, conducts, actions or business strategies in favour of sustainability, generate risks to competition, through close contact between competitors derived from a sustainable agreement, a dominant position (or abusing of it) in the existence of green alternatives, or a concentration operation in a market with sustainable initiatives. However, competition control opens a window for initiatives that generate damages and/or benefits in sustainability to be evaluated from the classical institutions of the branch and read from the role that climate litigation acquires in achieving more sustainable markets after the verification of effects on sustainability. This article aims to present a series of institutions of competition law, in a sustainable version, exposing mechanisms to challenge and protect unsustainable and sustainable practices, respectively, in both cases through competition law within the framework of the tactics, strategies and precedents that characterize climate litigation in this area. The review and analysis are conducted through the development of the doctrinal metaphor of the “sword & shield”, and its influence on the main institutions of competition law (such as coordinated conducts, unilateral conducts, and merger control).

KEYWORDS climate litigation, sustainability, regulation, competition law.

1. Introducción: la relación entre litigación climática, litigios económicos y sustentabilidad.

La litigación climática comprende aquellas disputas o conflictos relacionados al cambio climático, en tanto esta emergencia global involucra medidas de mitigación, adaptación o esfuerzos contra la pérdida y el daño ambiental, utilizando la litigación como catalizador legal, de política pública y de cambio social para enfrentar el cambio climático (Mallet & Nagra, 2020: 1). La litigación climática como fenómeno intenta sistematizar todo tipo de problemáticas relativas al cambio climático desde las diferentes cortes a través de diferentes jurisdicciones, acompañada de un desarrollo doctrinal que busca dibujar segmentos temáticos en miras a dotar de coherencia esta área del accionar legal (Bouwer, 2018: 486 - 487).

En la última década, con el aumento del volumen de la investigación relativa a la litigación climática, es posible observar un enfoque de la literatura hacia ciertas trayectorias: el crecimiento de la diversidad en interdisciplinariedad de las perspectivas atingentes a un litigio y la expansión del rango de actores involucrados en estos procedimientos (Setzer & Vanhala, 2019: 5).

La idea de estos enfoques ronda por dos perspectivas: un camino procedimental, y un propósito final propio de la litigación climática.

Para lo primero, el camino procedimental pretende ser el siguiente: que quienes promuevan la litigación desde diversas disciplinas se amparen en la existencia de normativa internacional y nacional, influencia de actores sociales y legales para construir

teorías del caso favorables, provisión de apoyo económico y participación amplia, y en último término, peticiones como forma de “regulación a través de la litigación”. Y sobre lo segundo, hacia un propósito final, que a lo largo del proceso se efectúen análisis innovadores en base al desarrollo jurisprudencial en temas climáticos conceptualizando en clave climática las pretensiones de los litigantes hacia una mayor generación de jurisprudencia, y que según estos resultados, se configure el propósito final de aquella litigación con tal de generar un impacto en la ley o regulación existente, en el análisis de brechas entre la literatura y la práctica, o en la formulación de políticas públicas (Setzer & Vanhala, 2019: 5).

Esta clase de litigación se caracteriza en gran medida por surgir -pero no radicada exclusivamente- en el área de los tratados internacionales de derechos humanos y derechos constitucionalmente garantizados, instrumentalizando la litigación en miras a compeler a los gobiernos a implementar políticas de mitigación y adaptación, realizando una conexión entre lo que son los problemas directos o indirectos causados por el cambio climático a una necesidad derivada que se refleja en una vulneración de derechos constitucionales, protección medioambiental, uso de suelo, control de desastres y conservación de recursos naturales (Setzer & Vanhala, 2019: 10-11). Y también, por qué no, promover el cumplimiento con los Objetivos del Desarrollo Sustentable (ODS), encajando alguna de las metas que componen estos objetivos bajo la protección de algún derecho humano, constitucional, o de cualquier otra índole, determinando si ciertas acciones u omisiones constituyen una infracción a dicho derecho o garantía (Tap Network, 2019: 3-4).

Con todo, la litigación climática conforme a su evolución se caracteriza por los siguientes elementos característicos: 1) involucrar a un amplio rango de partes, contemplando particulares, organizaciones, gobiernos, corporaciones, asociaciones, entre otros; 2) sustentar su argumentación en una base amplia de principios legales, incluyendo derecho de daños, constitucional, administrativo, ambiental, derechos humanos, corporativo, seguros, y normativa de protección al consumidor; y 3) desafiar una amplia gama de actos, regulaciones, y prácticas bajo la percepción de que los gobiernos o agentes económicos han fallado en idear medidas de adaptación o mitigación sobre emisiones de CO², reporte de riesgos climáticos, transición energética y/o acciones para contrarrestar los efectos generales del cambio climático (Bartos y Khan, 2022: 97 – 116).

Algo que tienen en común los temas relacionados a la litigación climática, es que de una forma u otra, corresponden a litigios de carácter económico, es decir, citando a Streeter, son asuntos tales que versan sobre la ordenación del mercado y la competencia, la regulación administrativa de actividades económicas, los negocios de la banca, finanzas y valores, las relaciones de las sociedades con sus socios y de estos entre sí, la fijación y aplicación de ciertas tarifas, legalidad o arbitrariedad sobre regulaciones de policía administrativa económica, y asuntos en virtud de leyes de protec-

ción ambiental en miras a la realización de un proyecto futuro o el actual desarrollo de una actividad productiva (Streeter, 2005: 142-143).

Todas estas categorías de litigios económicos se relacionan directamente con el impacto que estas problemáticas tienen sobre la sustentabilidad, ya sea en su variante social, económica o ambiental. Esto se explica pues, se ha sugerido que el desarrollo sustentable está situado dentro de los elementos que conforman el Derecho Internacional Económico en general, por lo que problemáticas como la protección y conservación ambiental, intereses por el desarrollo económico, el comercio internacional, inversiones, libre competencia, derechos humanos, entre otras consideraciones, deben desarrollarse en concordancia con los ODS (Voigt, 2009: 126).

En este artículo se presentará el caso particular del derecho de la libre competencia como rama susceptible de litigación climática en miras a integrar a la sustentabilidad dentro de su análisis y responder a la siguiente pregunta: ¿es posible y de qué manera realizar litigación climática dentro del análisis de libre competencia en miras a integrar a la sustentabilidad?

La estructura del artículo es la siguiente: en primer lugar, se abordará al derecho de competencia como rama del derecho económico parte de los litigios económicos junto a la importancia de la litigación y el precedente particularmente en temas de competencia; en segundo lugar, se presentará desde la doctrina aspectos generales del nexo entre sustentabilidad, regulación y competencia; y en tercer lugar, a través de la metáfora de “la espada y el escudo” (“*sword and shield*”) se expondrá el marco teórico aplicable a imputaciones y defensas de responsabilidad frente a prácticas insostenibles y sostenibles que pueden significar riesgos a la competencia.

2. La libre competencia como parte de los litigios económicos: aspectos relevantes a considerar.

La litigación en la libre competencia ya sea desde la óptica procesal individual o colectiva, envuelve lo que es la implementación de una política económica y regulatoria propia de la dinámica del derecho administrativo o de un procedimiento judicial dependiendo de la jurisdicción en la que se esté. A su vez, es esperable que las decisiones administrativas o judiciales realizadas entre quienes se desenvuelven dentro de la trama de la libre competencia en los mercados -autoridad administrativa/judicial, persecutor(es), perseguido(s), e incluso tercero(s) interesado(s)- puedan ser impugnables o sometidas a revisión como determinados actos de la administración o judiciales que impliquen el ejercicio del *ius puniendi* estatal ante un control judicial.

Dentro de la dinámica anterior es que, desde la litigación climática, es común que los litigantes instrumentalicen el derecho administrativo o el sistema judicial para problematizar asuntos de interés climático ante controles judiciales, en particular a través de revisiones de legalidad, validez y mérito en los procedimientos, en las

decisiones administrativas o conductas que tienen o podrían tener algún grado de impacto ambiental o que requieren de medidas de mitigación o adaptación (Preston, 2009: 2).

Sin embargo, a lo anterior, se agregan ciertos puntos que son relevantes para efectos de la idónea solución de un conflicto de libre competencia y que caracterizan la tradición de esta rama del derecho para efectos de la litigación.

El constante cuestionamiento por los objetivos del derecho de competencia tiene una incidencia directa en la litigación. Dependiendo del objetivo o bien jurídico protegido a tutelar cierta conducta u operación será catalogada de anticompetitiva (o no), se desarrolla la capacidad de predecir futura jurisprudencia, descartar o aceptar ciertos argumentos para casos concretos, delinear el enfoque del ente fiscalizador o quien revisa en sede judicial, evaluar la argumentación y transparencia sobre determinadas decisiones, y no menos importante entregar certeza jurídica a los agentes económicos en su actuar frente al resto del mercado (Gerber, 2020: 17-28).

La evidencia económica -dependiendo del estándar u objetivo que se persiga- juega un rol crucial en la evaluación de alguna conducta u operación en torno a carteles, abuso de dominancia y fusiones. La detección de carteles (incluso en fases iniciales de una investigación), los análisis de mercado en la detección de riesgos (conductuales y estructurales), y la comprobación de daños y efectos en el mercado son parte del marco económico propio de cada litigio de competencia y determinante de manera preventiva y posterior frente a una conducta u operación (OECD, 2023: 2-7). Desafío crucial está en cómo presentar y explicar complejas teorías económicas a sentenciadores letrados en el derecho, pero no necesariamente en lo económico, e inclusive, cómo comunicar conceptos económicos sofisticados a personas que no necesariamente poseen experiencia o siquiera conocimiento en el derecho de competencia y menos sobre sus lógicas económicas (OECD, 2023: 2-7). Estrategias para subsanar esta asimetría de información están en dotar de contexto la evidencia para evitar inconsistencias entre la evidencia económica y legal, explicar los límites de los datos utilizados, asegurar la coherencia entre la teoría del caso legal y económica, usar lenguaje común, no técnico, con ejemplos, analogías, y ayudas visuales (OECD, 2023: 2-7).

Y finalmente, el valor del precedente. Una rama en constante evolución y cambio que se enfrenta a nuevos fenómenos y paradigmas propios de múltiples y diferentes mercados requiere a través de su jurisprudencia resolver varias tensiones: la pugna entre una aplicación estricta de las prohibiciones del derecho de competencia o su interpretación conforme a criterios de realismo institucional, una adaptación de nuevos criterios para la admisibilidad de ciertas conductas o la preservación de los estándares clásicos que precedentes iniciales sugieren, y decisiones unificadas entre los jueces o votos minoritarios paralelos con potencial de generar nuevos argumentos futuros (Crane, 2013: 8 - 22). No es despreciable también que, desde una visión

preventiva-global, la evaluación de una conducta u operación por parte de un mismo agente económico por una jurisdicción es de gran relevancia cuando la misma se concretará también en todas aquellas jurisdicciones donde el agente económico tiene presencia.

3. La integración de la sustentabilidad en el derecho de competencia y la metáfora del “sword and shield” (la espada y el escudo).

¿Qué tiene que ver la libre competencia con la sustentabilidad o el cambio climático? Con el progresivo cambio planetario originado por la emergencia climática, el surgimiento de crisis globales en materia económica, política y social, y la serie de desigualdades y desafíos que plantea el contexto global actual, la palabra “sustentabilidad” se ha tomado el centro del debate en varias disciplinas de la regulación económica.

Desde el mundo internacional hacia lo local ronda la pregunta de cómo elaborar y comprender nuestras sociedades para las actuales y futuras generaciones. De esta manera, la sustentabilidad se presenta como el concepto perfecto para englobar lo complejo del desafío. En su tridimensionalidad, conjugando variables económicas, sociales y ambientales, la podemos comprender como “aquel desarrollo que abarca las necesidades del presente sin comprometer la habilidad de las futuras generaciones para alcanzar sus propias necesidades”¹.

La relación entre sustentabilidad y competencia comienza con la pregunta entre académicos y agencias de competencia sobre si es pertinente considerar la sustentabilidad como objetivo de la competencia, cómo se podrían incorporar esta variable a nivel legal y la reconsideración del tradicional estándar del bienestar del consumidor (“*consumer welfare*”), entre otros. Pese al debate, existe el siguiente consenso entre quienes aprueban la integración de la sustentabilidad dentro del derecho de competencia: la competencia por sí misma protege y promueve la innovación, calidad, diversidad de productos y servicios, y el uso eficiente de recursos por ende una transición a una economía más sustentable, a lo que se colige que consideraciones en sustentabilidad se transforman en parámetros del análisis de competencia, cayendo bajo el ámbito de aplicación del derecho de competencia (Provost, *OCDE Competition Law and Policy*, 2024: 6:45 – 17:21).

Materializando la sustentabilidad como parámetro de competencia, los consumidores seguido quieren -y están dispuestos a pagar por- bienes más sustentables, por lo que el proceso competitivo conduce a las firmas a producir bienes y servicios más sustentables. De esta manera, la competencia es servil para lograr mayor sustenta-

1. World Commission on Environment and Development, “Report of the World Commission on Environment and Development: Our Common Future”.

bilidad. Sin embargo, la competencia también puede llevar a las compañías a actuar contra sus mejores intenciones, usando materias primas y procesos productivos menos sustentables, o derechamente incentivando prácticas que contaminen o generen daños ambientales, mientras son presionadas para minimizar sus costos con tal de mantenerse competitivos y sobrevivir en el mercado (Holmes, 2024a: 1).

La aceptación de aquella concepción convive con ciertas condicionantes. No es pacífico en todas las jurisdicciones la inclusión de la sustentabilidad como parte de los objetivos o metas de la normativa o política de competencia, en definitiva, su incorporación dependerá de las tradiciones históricas que siga cada jurisdicción; viene a colación la pugna entre la tradición americana y europea de la competencia, una caracterizada por una aplicación estricta del bienestar del consumidor, y otra que admite objetivos en base a consideraciones de política pública (Fox, 1999: 339 – 340). Así, una jurisdicción con una tradición más a la europea favorecerá consideraciones sustentables, mientras que de ser americana este no será el caso.

Se añade que existen posturas que manifiestan disenso sobre la sustentabilidad como un tema propio de la sede de competencia, recomendando una remisión a la regulación frente a riesgos de relajos y deferencias infundadas en la aplicación de la normativa, aumentos de costos y asimetrías de información difíciles de subsanar para las agencias de competencia frente a la labor persecutoria y fiscalizadora necesaria, y la exacerbación de fallas regulatorias originadas de dinámicas de autorregulación (Schinkel y Treuren, 2021; 13 - 18)².

La regulación parece la respuesta clásica a esta preocupación por mayor sustentabilidad, como sucede en muchísimas industrias reguladas y por supuesto en materia medioambiental, pero desafortunadamente esta tiende a ser escasa en su ámbito de aplicación, lenta en cuanto a su prontitud e implementación, y limitada en las jurisdicciones que abarca. Visto desde los mismos agentes económicos, la competencia en la producción de productos sustentables es una opción, sin embargo, fallas de mercado tales como “la desventaja del que se mueve primero”, la indisposición de pago de los consumidores por opciones sustentables más caras frente a otras contaminantes menos costosas, y los costos añadidos al precio propios de los efectos del cambio climático, entre otras, impiden y limitan las alternativas en sustentabilidad de los agentes económicos (Holmes, 2024b: 588). Inclusive si algunos bienes pueden ser producidos de manera sustentable y beneficiosa, sigue siendo limitado a nichos de mercado, en un escenario donde hay que transformar sectores completos de la economía en clave sustentable lo más pronto posible (Holmes, 2024b: 588).

Dado esto, es que los agentes económicos requieren de cierto grado de trabajo conjunto para transformar sus respectivas industrias, o inclusive individualmente,

2. Véase también para mayores fundamentos Veljanovski, Cento (2021), “The Case against Green Antitrust”.

que propendan a evitar un poder de mercado abusivo dañino a la competencia y la sustentabilidad. Aquí está la tensión con la competencia. Fomentar cooperación es contrario a la premisa básica competitiva y la idea de independencia de los agentes económicos en su actuar frente al mercado. Asimismo, abusar del poder de mercado puede devenir en ilícito cuando genere efectos importantes a la competencia, incluso con eficiencias o beneficios ambientales que no logren sopesar los efectos hacia un mercado.

En este contexto, se derivan una serie de problemáticas por las cuales se requeriría un litigio climático. Por mencionar: una jurisdicción puede no estar activamente diseñando medidas que impacten en sustentabilidad desde la regulación, la existencia de un sistema de prohibiciones rígido puede impedir un análisis casuístico de una determinada conducta competitiva, e inclusive, que el organismo encargado de la persecución e implementación de la política de competencia goce de un margen acotado de discrecionalidad para incursionar en ideas sustentables (Nowag, 2022: 150).

Conforme a lo anterior, es que el profesor Holmes (2020: 355) propone la siguiente conceptualización basada en la metáfora de la “espada y el escudo” (“*sword & shield*”). Esto significa usar el derecho de competencia como “espada” –o también llamada integración preventiva- para atacar aquel poder monopólico que conlleve a prácticas insostenibles de negocios, o sino como “escudo” –llamado integración de apoyo- con tal de defender legítimas colaboraciones entre agentes de mercado con el fin de no impedir o desincentivar iniciativas sustentables (Holmes & Meagher, 2022: 22).

Esta dinámica caracterizada por una integración de la sustentabilidad de manera preventiva (espada) y de apoyo (escudo) permea gran parte de las clásicas instituciones de la libre competencia. Por esta razón, serán objeto de revisión y análisis las áreas relativas a conductas coordinadas (colusión y acuerdos entre competidores), conductas unilaterales (abuso de posición dominante) y operaciones de concentración, cuya característica común radica en ser aquellas áreas donde mayormente ha permeado la lógica espada-escudo (figura 1.1), además de ser las más susceptibles de litigación dentro del control e impugnación realizable por autoridades de competencia o partes interesadas.

Figura 1.1: Las dos caras de la sustentabilidad en la litigación climática en el derecho de competencia (elaboración propia).

3.1. La integración preventiva: la espada (sword)

La integración preventiva, o espada, pretende una interpretación de las disposiciones del derecho de competencia en orden a prevenir y atacar aquellos actos o medidas



que signifiquen un daño en sustentabilidad (Nowag, 2022: 152), o visto de manera más general, usar las figuras del abuso de posición de dominancia y las leyes anti-monopolio para combatir el cambio climático y otras prácticas insostenibles (ICC, 2024: 4).

El fundamento de esta visión radica en que los grandes agentes económicos son los más propensos a generar un mayor impacto climático en el planeta y en los mercados en comparación a actores más pequeños (lo que por supuesto tampoco exime a estos últimos de incurrir en prácticas insostenibles). Teniendo herramientas la libre competencia en miras a mitigar cualquier impacto negativo de grandes agentes con poder de mercado en el cambio climático (y otras prácticas insostenibles) tiene sentido desde una perspectiva de eficiencia en el tiempo, recursos y urgencia colocar el foco en estos agentes (ICC, 2024: 4).

De esta manera, aquellas características de un producto o servicio que sean sustentables pueden considerarse parte de aquellos parámetros importantes para la competencia, tales como el precio, calidad, innovación o rendimiento, por lo que la sustentabilidad integrada dentro de estos factores puede considerarse como un parámetro bajo el cual los agentes económicos compitan (Nowag, 2024: 17). Al obstaculizarse o arriesgarse la competencia dentro de alguna de estas variables, las legislaciones de competencia a lo largo del globo contemplan prohibiciones y sanciones respecto de ciertas conductas u operaciones anticompetitivas (Nowag, 2024: 17), entonces la idea que pretende la espada es usar el sistema clásico de prohibiciones y sanciones que contemplan los regímenes de competencia, incorporando un análisis más minucioso sobre el fenómeno anticompetitivo en tanto afectaciones a las variables clásicas de la

competencia pueden significar a su vez afectaciones en materia de sustentabilidad.

A grandes rasgos, la espada tiene las siguientes manifestaciones en el derecho de competencia.

3.1.1. *Acuerdos que signifiquen daños a la sustentabilidad: los carteles climáticos*

Los regímenes de competencia prohíben, en general, aquellos hechos, actos, o acuerdos que pueden restringir o generar un riesgo a la competencia, o que recaigan sobre parámetros esenciales para la competencia, tales como precio, producción o calidad, entre otros.

La novedad está en que es concebible que existan casos de colusiones o prácticas concertadas que restrinjan la competencia en parámetros medioambientales u otros clásicos que influyan de alguna manera en el desarrollo sustentable de algún bien o servicio (Holmes, 2024c: 337-351), a través de “carteles climáticos”. Bajo esta lógica, se puede colegir que un eventual daño a la competencia significaría correlativamente un daño a la sustentabilidad, en tanto existen restricciones propias de la naturaleza de las conductas coordinadas que afectan los incentivos que tienen los parámetros de la competencia a generar mejoras en sustentabilidad tanto hacia la sociedad como a consumidores.

Desde la óptica de estos parámetros, un factor esencial estaría en el grado de impacto ambiental de un producto, antecedente que para muchos consumidores resulta relevante frente a sus decisiones de compra, por lo que los rangos de emisiones de CO² o cumplimiento con metas de emisiones de un agente económico, u otra variante alternativa de impacto ambiental, podrían ser factores que definan el éxito de aquella revisión al momento de definir mercados relevantes afectados junto con las preferencias y hábitos de los consumidores (Persch, 2023: 239-240).

Al analizar cualquier acuerdo en sede de competencia, la primera revisión que corresponde está en evaluar si esta recae sobre alguna prohibición de carácter *per se*/restricción por objeto o regla de la razón/restricción por efecto, es decir, respectivamente, si es una conducta la cual siempre es ilícita y que no admite ningún tipo de justificación, o si es una conducta la cual requiere de un análisis que sopesa entre eficiencias y riesgos a la competencia.

La siguiente manifestación de la integración preventiva se puede dar en el primer y segundo escenario. Siguiendo el mismo orden, un acuerdo puede ser ilícito sin ser oponibles defensas de eficiencias, pues por su naturaleza son siempre restrictivos de la competencia, o el acuerdo requerirá un análisis particular de sus efectos o mérito para restringir la competencia.

Frente a este marco de análisis de conductas coordinadas es justo preguntar: ¿dónde cae la sustentabilidad para evaluar estos acuerdos? Y si existe un daño en sustentabilidad, ¿aplica la regla de restricción por objeto o por efectos? La respuesta no

es universal y depende de los antecedentes del caso en concreto, sin embargo, existen casos y literatura que guían respuestas hacia ambos lados dependiendo de la variable de competencia afectada y cómo esta se relaciona con una determinada plusvalía en sustentabilidad.

En el caso *AdBlue3*, la Comisión Europea sancionó a Daimler, BMW y Volkswagen por colusión para retrasar el desarrollo y entrada al mercado de una tecnología para tratar las emisiones de combustibles Diesel a través de una disolución (AdBlue) que reducía dramáticamente los niveles de contaminantes lanzados hacia la atmósfera. La colusión contempló la coordinación en tamaño, cantidad y promedio de consumo de la disolución, junto al intercambio de información comercialmente sensible. La Comisión determinó la infracción del artículo 101(1) letra b) del TFUE por considerar que esta conducta constituyó una forma de limitación de la producción y el desarrollo técnico sobre aquel mercado aplicando la regla de restricción por objeto que caracteriza al articulado, por lo que, sin siquiera necesitar un análisis de mérito o eficiencias sobre este, se determinó como ilícito.

En la misma línea de restricciones por objeto, la autoridad de competencia francesa multó a tres fabricantes de cubiertas de pisos en linóleo por operar un cartel de 23 años donde las partes, de manera activa, discutían precios mínimos, máximos, políticas de ventas y otra información comercialmente sensible sobre producción⁴. Todo de manera confidencial a través de un sindicato, firmando acuerdos de no competencia que evitaban promocionar el impacto ambiental de sus productos.

Pero no sólo el precio es objeto de la aplicación de esta regla. El caso francés del *Bisfenol5*, tal como los casos anteriores, demuestra perfectamente que acuerdos de intercambios de información competitiva que impiden el poder de elección de los consumidores hacia opciones más sustentables son por naturaleza ilícitos, en tanto alteran la producción de dicho bien y servicio, además de retrasar la innovación y calidad que un contrafactual hubiese brindado. La agencia francesa cuestionó a varias compañías y organizaciones por acordar no informar a los consumidores la presencia de ciertas sustancias químicas usadas en la manufactura de plástico, generando riesgos a la competencia en tanto este tipo de información sobre seguridad de los alimentos era un parámetro propio de la competencia tanto para productores como proveedores. El propósito final de este acuerdo era generar un “pacto de no agresión” que asegurara que los consumidores no diferenciaran variedades de envasados.

3. Comisión Europea (2021). Investigación asunto AT. 40178, *Car Emissions*.

4. Autoridad de la Competencia Francesa, decisión 17-D-20 de 18 de octubre de 2017, relativa a las prácticas implementadas en el sector de pisos resilientes.

5. Autoridad Francesa de la Competencia, decisión 23-D-15 de 29 de diciembre de 2023, relativo a las prácticas en el sector de fabricación y venta de alimentos que implican contacto con materiales que pueden o pueden haber contenido bisfenol A.

La sustentabilidad, pasando al terreno de las restricciones por efectos, es concebible como una dimensión de la calidad e innovación con impacto directo en las preferencias de los consumidores, y cuya relevancia puede influenciar la definición de mercado relevante, y consecuentemente, cómo se concibe una situación de dominancia dependiendo de si un producto sustentable es sustituible con otro tradicional conforme a la disposición de pago de los consumidores (Pozzato, OCDE Competition Law and Policy, 2024: 18:20 – 30:09). A este respecto, vale destacar el eventual traslape existente entre la sustentabilidad y la eficiencia (productiva y dinámica) desde el bienestar del consumidor, pues la sustentabilidad requiere alcanzar niveles de eficiencia productiva y dinámicas para alcanzar un nivel óptimo de uso en recursos naturales (OCDE, 2020: 19), siendo además una característica valorada por los consumidores y cuya disposición de pago (que si bien puede diferir entre consumidores) es razonable asumir que privilegiaría al producto más sustentable de coexistir productos idénticos (ofrecidos al mismo precio) (OCDE, 2020: 19).

Entre otros factores que la sustentabilidad integraría dentro del análisis de efectos se contemplarían: los incentivos detrás de preferencias de consumo sustentable; una segmentación por cohortes de consumidores según cambios de preferencias en el tiempo y proyección de demanda en futuros consumidores; la selección de diferentes disposiciones de pago a través de priorización de elecciones con tal de mitigar la ambigüedad en la que pueden caer opciones absolutas; posibles contrafactuales que reflejen el cambio en la conducta de los consumidores en un mercado dado por normas sociales de conducta; e inclusive, un análisis desde un “bienestar del consumidor colectivo” que evalúe preferencias de consumo y pago de unos consumidores sobre decisiones de otros consumidores dentro de un mismo mercado, evaluando si existe una reducción de externalidades en el consumidor individual⁶, o visto desde una “competencia policéntrica”, que se tomen en consideración preferencias en conflicto de quienes participan no sólo como consumidores sino que también como ciudadanos en la esfera política⁷ (Inderst, 2022: 26 - 52).

3.1.2. *El abuso de posición dominante insostenible*

6. Para demostrar el contraste, en el clásico bienestar del consumidor individual el cálculo de la disposición de pago del consumidor por un producto sustentable está determinado *ceteris paribus* en lo relativo a la conducta de los consumidores como constante, importando sólo la elección propia del consumidor, a pesar de que en un escenario contrafactual supongamos que después de coordinación la mayoría de los otros consumidores haga una decisión sustentable. Véase más en Inderst & Thomas, (2021) “The Scope and Limitations of Incorporating Externalities in Competition Analysis within a Consumer Welfare Approach”.

7. Véase más del concepto de “competencia policéntrica” en Lianos, Ioannis (2018), “Polycentric Competition Law”, *Current Legal Problems*, Volume 71, Issue 1, 161-213.

El abuso de posición dominante y su respectiva normativa, en el sentido de la espada, tiene la esencia de ser usada de forma genérica para atacar aquellas iniciativas tomadas en el nombre de la sustentabilidad las cuales terminan en devenir por anticompetitivas y que incurren en un “*greenwashing*”⁸ (Holmes, Kar y Cunningham, 2024: 204). Es dentro del concepto de “abuso” que se da acogida a la sustentabilidad calificando aquellas conductas contrarias a esta como “prácticas insostenibles de negocios” las cuales pueden devenir en abusivas por parte de agentes con poder mercado generando distorsiones a la competencia, ya sea en el mismo proceso competitivo, el mercado relevante asociado, o a los consumidores (Iacovides & Vrettos, 2021: 9).

Un gran poder, una gran responsabilidad. Una responsabilidad especial de libre competencia es esperable y exigible para agentes que ostenten una posición de dominancia, debiendo estos restringirse de incurrir en conductas que perjudiquen a una competencia genuina y sin distorsiones en un mercado particular⁹ (Gulati & Kaur, 2020: 2-3).

Bajo esta premisa, es que -en particular como se ha concebido a partir del artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)- se concibe a la figura del abuso de posición de dominio como medio para atacar posibles conductas abusivas de un ente dominante, generalmente de tipo explotativo, dentro de la espada en el contexto de la sustentabilidad (Lubbers, 2024: 27). El carácter explotativo está en que el “precio verdadero” cobrado hacia el consumidor consiste en el precio de mercado sumado a los costos y riesgos asociados por la explotación y destrucción de bienes comunes (por ejemplo, emitiendo gases de invernadero sin medidas de mitigación en emisiones asumiendo el costo de la huella de carbono) (ICC, 2024: 5), o de manera indirecta, trasladando el costo de los daños ambientales hacia los consumidores, e inclusive a otros competidores, quienes sufrirán a mediano o largo plazo de la exposición a altos niveles de emisiones, aire tóxico o contaminación terrestre, e internalizarán aquellas externalidades como consecuencia de una producción insostenible. Pese a lo anterior, un carácter exclusorio también se puede concebir en menor medida mientras que el efecto esté en excluir a rivales “verdes” del mercado

8. *Greenwashing*, en términos de competencia, es aquella práctica que instrumentaliza los objetivos del desarrollo sostenible o algún beneficio en sustentabilidad por parte de uno o varios agentes económicos en relación hacia sus productos, servicios u otras prácticas de negocios, cuando la real contribución en sustentabilidad es minúscula o nula.

9. En el caso *Michelin I*, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea señala que: “...la acreditación de la existencia de una posición dominante no implica, en sí misma, ningún reproche a la empresa de que se trate, suponiendo tan sólo que incumbe a ésta, independientemente de las causas que expliquen dicha posición, una responsabilidad especial de no impedir, con su comportamiento, el desarrollo de una competencia efectiva y no falseada en el mercado común” (párrafo 57). Véase Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 9 de noviembre de 1983, en el asunto 322/81, *NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin v. Commission of the European Communities*.

que internalicen externalidades y que, como resultado, soporten mayores costos en comparación (ICC, 2024: 5).

¿Qué es una “práctica insostenible de negocios”? No hay un *numerus clausus* de estas conductas, sino que la categorización dependerá de una serie de elementos propios del análisis de competencia, tales como barreras de entrada, efectos en el mercado, eficiencias, teorías del daño y test econométricos (como por ejemplo el “test del competidor eficiente”) (Iacovides & Vrettos, 2021: 99 - 103). Lo que si es cierto, es que estas prácticas tienen en común llevar al ecosistema planetario a más allá de su funcionamiento seguro y óptimo, lo que en términos de efectos económicos genera una injerencia directa en la disminución de costos de las materias primas a nivel de la producción disminuyendo el costo de materiales esenciales, mano de obra y energía a más de lo normal, pero llevando aparejado otros aumentos en costos (reputacionales, en litigación o multas administrativas) que son más bajos en comparación para compensar el ingreso recibido por incurrir en estas prácticas insostenibles. La práctica insostenible de negocios tiene el fundamento de legítima y naturalmente aumentar las ganancias netas con tal de generar un beneficio directo a los dueños y accionistas de cierto agente de mercado. Pese a aquello, el problema está en las consecuencias de dicha práctica, pues como efecto de esta reducción de costos un agente económico que incurre en prácticas insostenibles gana una ventaja competitiva sobre cualquier competidor que no incurre en aquellas conductas, e incluso aún más, sobre competidores que sacrifican utilidades para activamente perseguir o innovar en prácticas sustentables, lo cual podría ser calificable como una alteración a la libre competencia en tanto dicha ventaja no es atribuible a la competencia tradicional en base a los méritos de cada agente económico, y que puede incluso propiciar una posición dominante que devenga en una serie de conductas típicamente abusivas (tales como subsidios cruzados, descuentos por lealtad o estrangulamiento de márgenes) (Iacovides & Vrettos, 2021: 99 - 103).

En esa misma línea, el poder de mercado facilita a los agentes económicos a incurrir en este tipo de prácticas, en tanto la consolidación de este poder a lo largo del tiempo ha llevado a corporaciones transnacionales a crecer a tal punto que influyan sobre funciones críticas de la biosfera. Ejemplos están en las industrias agrícolas, forestal, pesca, cemento, minerales y combustibles fósiles donde es mayormente evidente el impacto de los efectos medioambientales (Folke et al, 2019: 1396 – 1403).

Aún en más detalle, una investigación realizada por Iacovides & Vrettos (2020: 15-18) en variados sectores con alta concentración de mercado con cadenas de valor complejas¹⁰ comprobó que empresas con posición dominante en todos los sectores

10. Los sectores investigados fueron seis: i) producción y distribución energética, extracción minera y metalúrgica; ii) autos y transporte (terrestre, aéreo y marino, excluyendo el férreo); iii) alimenticio (incluyendo envasado y tabaco); iv) manufactura de tecnología; v) internet, servicios computacionales,

incurrían en prácticas insostenibles de negocios, ilustrando que el nexo con el poder de mercado no es algo específico de estas industrias sino que es una costumbre prevalente en todos los sectores de la economía, y que desde una perspectiva global, en la mayoría de los casos evaluados estaba involucrada una violación al principio 7 de la Declaración de Río constando que la conducta en cuestión tenía un impacto significativo en los límites planetarios.

Las consecuencias de una práctica insostenible de negocios no sólo se restringen al ámbito conductual, sino que también pueden tener efectos estructurales en un determinado mercado. A mayor abundamiento, pueden contribuir a la generación de barreras de entrada para actores entrantes, generar riesgos de captura institucional regulatoria a través de lobby, elevar los costos de agentes rivales en tanto se les fuerza a una producción más costosa o a gastar en publicidad o marketing para contrarrestar los efectos que las ventajas insostenibles de un actor dominante proporciona, reducir los incentivos en un mercado determinado para invertir en I+D, promover políticas de falta de transparencia e información hacia los consumidores, y potenciar externalidades negativas hacia el resto del mercado y los consumidores (Iacovides & Vrettos, 2021: 10).

La construcción de una teoría del daño que sustente un abuso por prácticas insostenibles, o también una operación de concentración nociva como se expondrá más adelante, no es algo que surja orgánicamente para efectos de que calce con la idea de una conducta abusiva o nociva para la competencia, sino que se debe demostrar un efecto determinado en el mercado o los consumidores que signifique un daño en la relación sustentabilidad-competencia.

Una aproximación tradicional construiría una teoría del daño en base al efecto de la conducta anticompetitiva en la producción o innovación como elemento importante de la incorporación de la sustentabilidad en la competencia (en I+D y beneficios sustentables) (OECD, 2020: 20), mientras que desde una aproximación más moderna el daño está fundado en la base de que en la complejidad de la vida estas prácticas insostenibles dañan a la sociedad y al medioambiente resultando en distorsiones en el proceso competitivo, el mercado, daños a los consumidores, o reducciones de bienestar (Iacovides & Vrettos, 2021: 9).

En este contexto, múltiples categorías de teorías del daño relativas al caso de la sustentabilidad se han elaborado, desde una visión más tradicional a una moderna:

Teorías del daño relacionadas a la sustentabilidad	
Teorías del daño	Ejemplos

y retail online; vi) fármacos y químicos.

<p>Teorías tradicionales del daño, en versión sustentable: casos regulares de una conducta anticompetitiva tradicional, pero relativos a un producto, servicio o agente insostenible (es sólo la aplicación de los principios generales del derecho de competencia).</p>	<p>Imponer exigencias o condiciones medioambientales nocivas por parte de un agente dominante, o que este discrimine hacia consumidores más medioambientalmente amigables. Limitar la capacidad de los competidores de desarrollar métodos de producción o productos más medioambientalmente amigables. Fallar en satisfacer una clara demanda por un servicio medioambiental. Generar ineficiencias en rehusarse a usar tecnología medioambientalmente amigable, a tal punto que genere un aumento de los costos ambientales. Rehusar a licenciar tecnología medioambientalmente amigable, retrasando la entrada al mercado de un producto o servicio sustentable, e inclusive intentar eliminar aquellos.</p>
<p>Teorías del daño basadas en la sustentabilidad, desde el bienestar del consumidor: revisión de los efectos en sustentabilidad de una conducta dentro de los parámetros del bienestar del consumidor (precio, cantidad, calidad).</p>	<p>Teoría de precios excesivos inversa: se ve la sustentabilidad como un indicador de calidad del producto o servicio, por lo que un nivel excesivamente bajo de calidad, en sustentabilidad, puede ser indicador de un daño hacia los consumidores. Teoría de la infracción de la normativa ambiental: una infracción de la normativa ambiental puede constituir también una infracción bajo un supuesto de abuso de posición dominante tomando el cumplimiento por la normativa como parámetro de competencia¹¹.</p>
<p>Teorías del daño basadas en la sustentabilidad, desde el bienestar general en relación con la competencia: los ciudadanos no tienen la misma preocupación que los consumidores, por lo que, desde esta perspectiva, una conducta insostenible genera perjuicios por sus efectos generales a la sociedad.</p>	<p>Precios injustos o predatorios considerando los costos por externalidades de la conducta: costos que normalmente no son considerados, tales como costos ambientales de desechos o costos sociales son incorporados al precio, tienen el potencial de excluir competidores que legítimamente compiten sin prácticas insostenibles en su línea de producción. Precios de compra injustos para los proveedores que no permitan un excedente suficiente impidiéndoles producir sosteniblemente.</p>
<p>Teorías del daño basadas en la sustentabilidad: desde el bienestar general sin relación con la competencia (el menos posible a ser adoptado)</p>	<p>Sobornos, extorsiones, violaciones de derechos humanos, contaminación, destrucción de hábitats y ecosistemas, y salarios y condiciones laborales explotativas, todas prácticas que pueden significar un cierre de mercado.</p>

Fuente: tabla elaborada a partir de Lubbers, 2024: 44-58.

Desde una perspectiva práctica, varios precedentes exponen la dinámica en la que

11. En el caso *Meta v. Bundeskartellamt*, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea señala: “... en el marco del examen de un abuso de posición dominante por parte de una empresa en un mercado determinado, puede resultar necesario que la autoridad de defensa de la competencia del Estado miembro de que se trate también la conformidad de las actividades de dicha empresa con normas distintas de las incluidas en el Derecho de la competencia, como son las normas en materia de protección de datos personales establecidas en el RGPD” (párrafo 36) (sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea [Gran Sala], de 4 de julio de 2023, asunto C-252/21, *Meta Platforms Inc y otros v. Bundeskartellamt*). De esto se colige que una situación de abuso de posición de dominancia puede tener como causa la violación de otras normativas, lo cual extrapolado al incumplimiento de obligaciones ambientales como parte de un determinado modelo de negocios insostenible, haga plausible comprender que una vulneración de estas normas significaría una ventaja que puede usar un agente dominante en una conducta determinada para forjar un abuso. Véase más en: Van de Waerdt, Peter, (2024) “Meta v Bundeskartellamt: something old, something new”, *European Papers*, Vol. 8, 2023, pp. 1077-1103.

se dan prácticas insostenibles de negocios.

En el caso *Nespresso12*, como actor dominante, este obstaculiza la entrada de nuevos rivales imponiendo dificultades a competidores para producir cápsulas de café compatibles con las máquinas de la misma compañía, limitando el poder de elección de los consumidores y levantando barreras de entradas a los actores para generar innovación y sustentabilidad en los productos. Con tal de terminar esta práctica exclusoria, es que la compañía implementa un paquete de compromisos técnicos, legales y comerciales en miras a facilitar la compatibilidad de estas cápsulas con las de la competencia, todo con el objetivo de fomentar un consumo de café más sustentable y evitar la proliferación de múltiples tipos de cápsulas desechables que aumenten la huella de carbono en la producción del mercado en cuestión.

En el caso *Corepla13*, la autoridad de competencia italiana multa a la compañía dominante por impedir la entrada de un consorcio rival -*Coripet*- dentro del mercado de reciclaje de residuos plásticos, además impidiendo un proyecto de innovación medioambiental con proyecciones de aumentar el rango de recolección, reciclaje y separación de residuos, especialmente en áreas con menor acceso a hábitos ambientales y mayor contaminación. Pese a las defensas de errores de aplicación en la normativa regulatoria por parte de la agencia, el Tribunal Administrativo Regional de Lazio respaldó la decisión y confirma la estrategia exclusoria por parte del agente dominante, además catalogándola como una infracción “muy seria” a la normativa de competencia.

Google es multada por abusar de su posición de dominio a través del sistema de Android y su tienda Google Play por no permitir a Enel X Italia el desarrollo de una nueva versión de su aplicación para autos con tal de generar interoperabilidad con Android Auto, limitando las posibilidades de los consumidores finales para cargar y hacer operativos sus vehículos eléctricos generando un perjuicio al desincentivar la elección de consumo eléctrico en autos y retrasar el progreso tecnológico sustentable en el mercado de vehículos eléctricos¹⁴.

3.1.3. Operaciones de concentración nocivas

12. Autoridad Francesa de la Competencia, decisión 14-D-09 de 4 de septiembre de 2014 sobre las prácticas implementadas por Nestlé, Nestec, Nestlé Nespresso, Nespresso Francia y Nestlé Enterprises en el sector de las máquinas de café espresso.

13. Autoridad de Competencia Italiana, decisión de infracción A531 de 27 de octubre de 2020, Reciclaje de envases primarios y prácticas ilegales de Corepla; y Tribunal Administrativo de Lazio, Decisión N°11997/2021.

14. Autoridad de Competencia Italiana, decisión de infracción A529, 2021, *Alphabet Inc., Google LLC & Google Italy S.r.l.*

NOTA de prensa, “A529 - ICA: Google fined over 100 million for abuse of dominant position”, 13 de mayo de 2021.

En lo que respecta a operaciones de concentración, la espada se manifiesta en el uso del derecho de competencia por parte de las agencias o interesados con tal de elaborar teorías del daño en miras a imponer remedios o medidas correctivas sobre una determinada operación, efectuando una revisión estricta en tanto estas operaciones pueden dificultar procesos de transición sustentable. La premisa está en tratar a la sustentabilidad como un parámetro relevante de la competencia entre las partes, o cuando las partes anticipen eficiencias medioambientales o beneficios hacia los consumidores de la fusión, con tal de compensar reducciones en la competencia (Holmes, Kar y Cunningham, 2024: 234 - 236).

Bajo este entendimiento, existen dos escenarios que se contemplan desde la espada:

- El primer escenario es aquella situación en que una operación afecta nocivamente tanto precios como sustentabilidad en un determinado mercado relevante: en este caso, la sustentabilidad pasaría a segundo plano dentro del análisis, pues el enfoque estaría en una teoría del daño “tradicional” solamente basada en precio (CMS Law, 2023: 1).
- Bajo este paradigma, un escenario en que una fusión aumente el poder de mercado hacia la entidad fusionada, en un mercado concentrado, y que reduzca el precio competitivo entre aquellos agentes que compitan en la producción o venta de bienes o servicios sustentables generaría un alza de precios sobre estos bienes, y de concretarse haría que menos consumidores estén dispuestos a pagar por estos en comparación a un escenario sin la realización de la operación, además fomentando el consumo de los sustitutos convencionales (Deustcher & Makris, 2024; 391-392).
- El escenario presentado se puede dar tanto para operaciones horizontales como verticales. En el primer caso, por consecuencia de efectos coordinados previos o posteriores al perfeccionamiento de la operación, y en el segundo caso porque la entidad fusionada tenía la capacidad de habilitar e incentivar el cierre de mercado aguas arriba o aguas abajo a través de un insumo esencial o un canal de ventas aumentando los costos de acceso al mercado para un competidor (Deustcher & Makris, 2024; 391-392).
- El segundo escenario surge cuando una operación no afecta la variable precio en el mercado, pero tiene efectos nocivos en sustentabilidad: en este caso, la sustentabilidad operaría como teoría del daño en sí misma (CMS Law, 2023: 1).
- Los efectos nocivos se pueden manifestar en los siguientes supuestos: a) cuando posterior a la fusión la nueva entidad remueva o sustituya diferenciada-

mente un bien, servicio o tecnología del anterior agente independiente para evitar canibalización de ganancias, generando una reducción en la variedad, calidad e innovación de estos productos; b) cuando una fusión elimina una fuerza competitiva que ofrecía bienes y servicios diferenciablemente sustentables; c) cuando una operación concentra el mercado y aumenta la posibilidad de los actores de coludirse tácitamente o coordinar algún parámetro diferente al precio basado en sustentabilidad; d) en operaciones no-horizontales, cuando la nueva entidad tiene el incentivo y capacidad de cerrar el acceso a un proveedor con tal de marginalizar o eliminar algún rival cuya competitividad sea importante para efectos de la sustentabilidad, o al permitir que la nueva entidad instrumentalice su “poder de portafolio” y cause la salida del mercado de un rival que especialmente generaba innovaciones sustentables (Deustcher & Makris, 2024: 393-394).

Hablando de efectos no relacionados a precio y su incorporación dentro del control de fusiones, vale destacar el precedente de la saga de operaciones *Dow/DuPont*¹⁵ y *Bayer/Monsanto*¹⁶ en la industria pesticida. En común, ambas fusiones concitaron el amplio interés de expertos, ONGs, asociaciones de la sociedad civil y políticos con tal de bloquear dicha operación por los posibles efectos en la industria agroquímica, la seguridad alimentaria y en precios e innovación.

La primera fusión se realiza entre las dos compañías líderes de cinco actores a nivel global en la industria agroquímica, todos con actividades en toda la cadena de producción en la protección de cosechas e innovación de su ciclo de vida a través de pesticidas. Un aspecto particular de la industria es que, como los pesticidas tienen propiedades que pueden poner en peligro la salud humana o animal, la aprobación de estas sustancias y autorización de fórmulas fitosanitarias está sujeta a regulación especial, razón por la cual la industria de protección de cosechas ha tendido a concentrarse y erigir altas barreras de entradas regulatorias. En este contexto, la Comisión encuentra inicialmente que la operación representa una reducción significativa de la competencia en innovación en I+D, precio y elección en múltiples mercados para los pesticidas y petroquímicos existentes, cuyo avance es clave para la salud humana y la protección medioambiental, considerándose este aspecto como uno propio de la competencia en la industria de control de plagas. Tras mayor investigación, la Comisión evidencia que la intención tras la fusión era reducir traslapes en las líneas de I+D de ambos agentes, condicionando la aprobación de la operación a la desinversión de DuPont de partes de su industria a nivel global, pero con un análisis que solamente abarcó a la sustentabilidad como una dimensión de la innovación y también como

15. Comisión Europea (2017). Investigación asunto M. 7932, *Dow/DuPont*.

16. Comisión Europea (2018). Investigación asunto M. 8084, *Bayer/Monsanto*.

una forma de “competencia por la innovación”.

Continúa la segunda fusión. Bayer era la compañía líder en pesticidas mientras que Monsanto lo era en la producción de semillas, por ende, la investigación estuvo principalmente enfocada en los traslapes entre la producción de semillas y plantación con los rasgos de semillas modificadas genéticamente. Las preocupaciones de la Comisión principalmente recayeron en la reducción del precio y “competencia por la innovación” en aquellos mercados con traslape entre las partes: el principal, el desarrollo de semillas, y rasgos de semillas y herbicidas. La fusión potenciaría la posición dominante de Monsanto en aquellos mercados donde Bayer competía, por lo que se hizo necesaria la desinversión de varios activos a nivel global, proyectos de I+D y venta a un tercero de algunos activos. De igual forma, el enfoque de la Comisión estuvo en gran parte sobre el impacto en innovación para los mercados y en la “competencia por la innovación” como eficiencias que aumentarían la capacidad e incentivos para desarrollar I+D.

Fuera de lo que es la sustentabilidad como parámetro de competencia, en lo que concierne al control de concentraciones, surge el problema de las “*green killer acquisitions*”, es decir, aquellas adquisiciones de compañías (generalmente pequeñas) involucradas en el desarrollo de tecnologías sustentables, prácticas sustentables de negocios e innovaciones verdes, pero donde el agente adquirente no está dispuesto a continuar esta línea de desarrollo y como consecuencia se genera su discontinuación y un perjuicio correlativo en innovación a los consumidores y al medioambiente (Hermida, 2021: 15), pudiendo generar desincentivos a *start-ups* y pequeños agentes entrantes en un mercado y la pérdida de innovaciones en sustentabilidad, especialmente hacia quienes juegan un rol activo en innovación sustentable.

Ante esto, desde la espada, se llama a las autoridades de competencia a estar vigilantes sobre estas operaciones incluso sobre aquellos casos donde no se esté sobre los márgenes de notificación, bajo la máxima de que potencialmente afectarían la competencia al remover agentes del mercado con gran potencial para incurrir en innovaciones sustentables (Lopes & Pajares de Dios, 2024: 38). Ejemplo de lo anterior fue la investigación en fase II que siguió la Comisión en la operación *Norsk Hydro/Alumetal*¹⁷ en relación a la producción de la fundición de aleaciones de aluminio, donde la línea de producción de la segunda empresa estaba sustentada en materiales reciclados los que disminuían costos a los consumidores, generando la preocupación de que al adquirir este agente la empresa absorba a un creciente competidor, aumentando los precios del aluminio e inhibiendo mayores reducciones de CO² debido al gran uso que se le da en la industria automotora. La Comisión terminó por aprobar sin condiciones la transacción al no representar riesgos a la competencia por la existencia de varios sustitutos incluyendo a actores verdes, además las partes no eran

17. Comisión Europea (2023). Investigación asunto M. 10658, *Norsk Hydro/Alumetal*.

competidores cercanos y las relaciones verticales existentes no generaban preocupaciones sobre la presencia de suficientes alternativas en proveedores del producto en el mercado.

3.2. *La integración de apoyo: el escudo (shield)*

La integración de apoyo, o “escudo”, se define como la interpretación de las disposiciones del derecho de competencia en orden a permitir medidas favorables en sustentabilidad (Nowag, 2022: 152). Dicho de otra forma, tomar en cuenta consideraciones en sustentabilidad en la evaluación y análisis de una práctica o conducta de un agente económico que puede estar en una situación de abuso de posición de dominio o que de alguna otra forma pueda infringir las leyes antimonopolio (ICC, 2024: 3).

La sustentabilidad y el poder monopólico interactuarían sobre el potencial que consideraciones sustentables tienen para actuar como un “escudo” frente a acusaciones de vulneraciones a la legislación de competencia frente a genuinos y verdaderos esfuerzos en luchar contra el cambio climático o prevenir prácticas insostenibles que devengan en abusivas dentro de las disposiciones relativas al abuso de posición de dominancia (Holmes, Kar y Cunningham, 2024: 219 - 222).

Antes de entrar a cualquier ejercicio de balance entre competencia y sustentabilidad, la cuestión base que surge desde el escudo se relaciona con la siguiente pregunta: ¿en qué sentido el derecho de la libre competencia limita iniciativas sustentables a los participantes de un determinado mercado?

Una aproximación inicial pasa por analizar el ámbito de aplicación del derecho de competencia y en qué medida ciertas iniciativas sustentables escapan a su control, asunto que se plantea desde diferentes ópticas: primero, la definición de los sujetos parte de actividades económicas-comerciales cubiertas por la normativa, pues para algunas jurisdicciones corporaciones sin fines de lucro también les son aplicables las reglas de competencia¹⁸; segundo, excepciones dadas por la regulación sectorial instruidas por ley¹⁹; y/o tercero, la acción estatal a través de un mandato legal, regla-

18. A modo de ejemplo, en el caso *Alemania vs. Comisión* la pregunta fundamental recayó en si las ONG podrían en ciertas situaciones poder ser consideradas como agentes económicos para efectos de la aplicación de la normativa de competencia, pues al ofrecer licencias sobre lugares de conservación ambiental para ciertas actividades asignadas a ellos por razones de protección ambiental actuarían con fines económicos. El Tribunal finalmente decidió que no, puesto que las actividades tenían como fin el manejo social y no económico del lugar de conservación, por ende, no eran agentes económicos propiamente tales. Véase sentencia del Tribunal General de la Unión Europea, de 12 de septiembre de 2013, asunto T-347/09, *República Federal de Alemania v. Comisión*.

19. En muchísimas jurisdicciones a nivel comparado, la agricultura es un caso especial donde no aplican la normativa de competencia o tienen una regulación sectorial predominante, principalmente porque el mercado agrícola está sujeto en su dinámica de oferta y demanda a muchos fenómenos variables: ciclos climáticos, fluctuaciones constantes de precios, distorsiones ocasionadas por el mercado in-

mentario o trabajo conjunto con agencias estatales para alcanzar algún objetivo en sustentabilidad (OCDE, 2020: 21-22).

Descartados los supuestos anteriores, y entrando en el ejercicio de balance entre competencia y sustentabilidad en favor de iniciativas sostenibles, justificaciones medioambientales a veces son vistas como “defensas” o una “justificación objetiva” para una conducta por parte de una compañía dominante que es *prima facie* abusiva cuando esta es proporcional en miras a enfrentar problemas ambientales o climáticos (y donde no existe una forma de alcanzar estos objetivos menos restrictiva de la competencia) (Holmes, Kar y Cunningham, 2024: 229 - 234). Entre otros elementos a considerar están: mejoras en la calidad de un producto²⁰ (Volpin, 2020: 9-18), beneficios futuros en innovación (los cuales además tienen un valor agregado extra si se considera la evolución del cambio climático a largo plazo), beneficios actuales y futuros en otros mercados dentro de la misma jurisdicción, y medidas más amplias en eficiencia con una debida evaluación de preferencias de los consumidores, valuación contingente de ecosistemas y objetos de protección ambiental (examinando la disposición de pago de las personas respecto a estos), y un análisis costo-beneficio (OCDE, 2020: 25-26).

Si bien una integración de apoyo parece fácil de alcanzar, al dar un mayor rango de libertad a los agentes económicos en cuanto a la creación, alcance, impacto y éxito de sus iniciativas sustentables, desde una perspectiva medioambiental esto puede ser limitado. Se sugiere que una integración de apoyo sólo tendrá un impacto positivo en el medioambiente si tres condiciones son alcanzadas: 1) que las compañías tengan un genuino interés en mejoras sustentables (por ejemplo, no sólo quieren generar un efecto en su imagen con *greenwashing*); 2) que estos acuerdos entre compañías sean necesarios, o al menos más eficientes que la acción individual hacia un actuar ambientalmente amigable; y 3) que el derecho de competencia en su aplicación tradicional dificulte o desincentive estos acuerdos sustentables (Persch, 2023: 1-2).

A grandes rasgos, el escudo tiene las siguientes manifestaciones en el derecho de competencia.

ternacional, atomización del mercado, intervención estatal, entre varios otros. Véase más en: Gutiérrez Rodríguez, Juan David (2010), “Agricultural Exceptions to Competition Law”.

20. Volpin postula que la sustentabilidad podría considerarse como una dimensión de la competencia fuera del precio desde la calidad del producto, comprendiendo sus efectos dinámicos hacia la competencia incluyendo preferencias de consumo e innovación. La idea es que se consideren esta variable dentro del análisis no sólo cuando sea evidente que la característica de un producto sea que es sustentable, sino que también cuando los consumidores (e inclusive la sociedad si ampliamos el estándar aplicable) razonablemente lo consideren respecto de un bien o servicio como una mejora en calidad, variedad o innovación. Todo lo anterior con la debida consideración de las fallas de mercado conductuales propias que afectan a aquellos mercados que generan impactos ambientales.

3.2.1. Acuerdos sustentables

Existen instancias en que la forma más eficiente de avanzar en sustentabilidad en un sector o industria determinada es a través de acuerdos entre sus participantes o competidores. Pese a que la tendencia en general es acoger este tipo de acuerdos a través de regulación ad-hoc, esta regulación es a menudo insuficiente en su ámbito de aplicación, acotada, adolece de lentitud y es limitada a jurisdicciones particulares (Holmes, 2024a; 3). Con el desafío que significa transformar sectores o industrias completas en clave sustentable, se hace imposible regular en particular cada tipo de acuerdo específico. Aún más, producir mayores bienes y servicios sustentables puede significar mayores costos en el corto plazo, añadiendo una desventaja competitiva frente a actores que producen sin este costo sustentable añadido (lo que también ha sido conocido como “*la desventaja del que se mueve primero*”), lo que en sí mismo desincentiva incursionar en iniciativas sustentables. Así las cosas, la cooperación se hace un imperativo y las compañías necesitarán trabajar en conjunto para transformar sus industrias a la escala necesaria.

Desde el derecho de competencia se configura una tensión entre el temor de incurrir en posibles infracciones a la normativa con causa en estos acuerdos caracterizados por la idea de colaboración, y la justa necesidad de preservar el juego e independencia de la competencia.

Desde el escudo, se repite el mismo marco teórico expuesto para los carteles climáticos, es decir, la interacción entre el análisis de restricciones por objeto versus por efectos. Eso sí, al revés de lo expuesto, el escudo pretende defender estos acuerdos por la sustentabilidad ante posibles impugnaciones por parte de cualquier actor velando proteger la voluntad en atención a la situación de una industria en particular en torno a los beneficios generados en sustentabilidad a largo plazo, por supuesto sin descuidar el debido respeto por la normativa de competencia.

En esta línea, los avances en diseñar los límites de estos acuerdos los plantea Holmes (2020; 368) a través de cuatro vías: 1) catalogar a ciertos acuerdos que naturalmente son poco riesgosos en restringir la competencia, 2) usar una doctrina de necesidad objetiva, 3) recurrir a un sistema de excepciones, como es el del artículo 101(3) del TFUE, y 4) incentivar un uso generoso de acuerdos de estandarización.

Respecto de aquellos acuerdos que con poca probabilidad restringen la competencia (requiriendo en el peor de los casos un análisis propio de restricciones según efectos), los instrumentos de las agencias de competencia europeas señalan a modo de ejemplo (y no restringiéndose exclusivamente a estos)²¹ aquellos cuyo objetivo

21. Véase en Autoriteit Consument & Markt (ACM). (2020) “Second Draft Guidelines: Sustainability agreements, opportunities within competition law”; Comisión Europea. (2023) Comunicación de la Comisión – Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión

está en: un uso más económico de materias primas, con reducciones en niveles de dióxido de carbono y residuos; reducciones en los efectos negativos de la producción hacia humanos, animales, clima, ambiente o naturaleza; promueven mejoras en calidad, diversidad, innovación y nuevos productos, siempre que no generen incentivos exclusorios; acuerdos de cumplimiento normativo; acuerdos sobre conductas corporativas internas pro-sustentabilidad; acuerdos de concientización con el medioambiente; entre otros.

Otra vía está en la doctrina de la necesidad objetiva o restricciones auxiliares. Esta doctrina valida posibles restricciones emanadas de acuerdos en virtud de ser necesarios para implementar un objetivo legítimo que puede tener efectos neutrales o positivos en la competencia, debiendo ser la restricción proporcional y directamente relacionada al objetivo en concreto (McMahon, 2024). Pese a lo creativa que puede ser esta doctrina, su aplicación para efectos de acuerdos sustentables no tiene precedentes en tribunales y en general en este tipo de decisiones juega mucho en juego la interpretación que se tiene de un “objetivo legítimo” en un determinado momento (Holmes, 2020: 371).

3.2.2. *Aprovechar una posición de dominio sustentable*

Sabido es que el poder de mercado no es por sí solo nocivo, sino que el abuso de este lo sí lo es. Hablamos acá de aquel supuesto donde un agente dominante incurre en una práctica o conducta proporcional que promueve la transición sustentable, pero evitando clasificarla erróneamente como abusiva (Holmes, 2024a: 4). Sin duda, los agentes económicos tienen el mayor potencial para hacer una contribución en transitar a una economía sustentable y aportar en la lucha contra el cambio climático, por eso mismo es menester ser cuidadosos en no desalentar estas innovaciones o tildar erróneamente estos esfuerzos como abusivos (ICC, 2024: 6).

Desde el escudo, en la teoría, una justificación objetiva funda su uso en evadir responsabilidad *prima facie* por una conducta potencialmente abusiva, debiendo ser debidamente proporcional la justificación que se invoca. Justificaciones de este tipo son esgrimibles desde una necesidad objetiva (tal como en el caso de los acuerdos sustentables) o con una defensa en base a eficiencias (Lubbers, 2024: 31), recayendo la prueba de estas en el agente dominante que las invoca.

Ejemplos de justificaciones sustentadas en eficiencias están en demostrar que ciertos efectos exclusorios de la conducta son compensados con beneficios hacia los consumidores, tales como reducciones en daño ambiental, mayor disponibilidad de recursos a largo plazo o innovación en tecnologías verdes, pero siempre bajo la condición de que estos beneficios estén en directa relación con el mercado afectado,

Europea a los acuerdos de cooperación horizontal. 2023/C 259/01

la conducta misma, su carácter indispensable y la no eliminación de competencia²² (Oxera, 2025).

Con la anterior estrategia, conductas individuales que podrían ser abusivas podrían ser eximidas de algún juicio de responsabilidad en tanto presenten beneficios en sustentabilidad relevantes para efectos de la competencia. En términos didácticos estas conductas pueden clasificarse en tres categorías, las cuales pueden estar cercanamente conectadas entre sí o parcialmente perseguir los mismos objetivos: i) cubrir costos de inversiones y financiamiento sustentable; ii) aumentar el consumo de productos sustentables; y iii) perjudicar agentes insostenibles (Iacovides & Mauboussin, 2024; 364 - 372).

¿Cómo cubrir los costos de mayor sustentabilidad?

Innovar y perfeccionar la producción de productos sustentables, y alcanzar economías de escala para reducir el costo por unidad es una tarea que puede tornarse poco rentable y que necesite de altos niveles de inversión, por ello algunas de las conductas que dichos agentes podrían desplegar para compensar y resolver estas dificultades están: precios excesivos, para financiar la producción de bienes sustentables un ente dominante puede cobrar precios más altos por aquellos productos cuyo valor económico es percibido como análogo a los competidores no sustentables, en este sentido, el valor agregado se justifica en tanto exista un beneficio en sustentabilidad; y tratos exclusivos, a través de contratos de exclusividad con proveedores para obtener productos o componentes sustentables sólo de dicho ente dominante, siempre y cuando otros agentes competidores tengan opciones no sustentables (Iacovides & Mauboussin, 2024; 364 - 367).

¿Cómo aumentar el consumo de bienes sustentables?

El aumento e incentivo por bienes sustentables pasa por la siguiente tensión: una indisposición de pago de los consumidores de precios más altos por una alternativa sustentable, versus la preferencia de los consumidores por productos sustentables frente a una opción no sustentable al mismo precio. De esta dinámica, cuya carga tiene un efecto hacia el dominante, subyace el cuestionamiento sobre cómo compensar los efectos de esta conducta en un contexto donde lógicas especiales y selección de información relevante condiciona al consumidor en su decisión racional de consumo. Por mencionar estos factores está: la contaminación como costo hundido

22. El criterio que se sugiere entorno a las justificaciones en base a eficiencias se desprende del Borrador de Directrices sobre la aplicación del artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea sobre conductas abusivas exclusorias de empresas dominantes. De todas maneras, el marco de admisibilidad de eficiencias dependerá de la jurisdicción ante la cual se presenten.

social (cuyo reflejo en el precio no es contabilizado), el desconocimiento de virtudes ecológicas de un producto y sus beneficios a largo plazo, la baja conciencia medioambiental, o simplemente el sesgo cortoplacista del precio más bajo en las decisiones de compra.

Por lo anterior, prácticas que se han ideado para palear esta dinámica están en: esquemas de precios bajos (predación) que establezcan precios bajo el costo de producción durante la etapa de prueba al categorizar nuevos productos como “verdes” o donde otras estrategias de marketing no han sido exitosas en cambiar los hábitos de consumo de los consumidores²³, e incluso vender bienes obsoletos o rápidamente depreciables para facilitar la sustitución por aquellos sustentables; ventas atadas y empaquetamientos entre productos sustentables o de un producto convencional a otro verde, considerando que estos productos debiesen ser ofrecidos a un precio más bajo cuando sean vendidos por separado, previa evaluación de la posibilidad de manufacturar el producto atado de manera de impedir el uso de productos no sustentables con el bien atado y que realmente sean indispensables para la experiencia de consumo; y una última opción es que los entes dominantes efectúen descuentos por fidelidad o cantidad a los consumidores cuando compren grandes cantidades de productos sustentables (Iacovides & Mauboussin, 2024; 367 - 368).

¿Puedo perjudicar a un agente insostenible?

Si bien en general la regulación es percibida como un mecanismo mayormente apropiado para abordar problemas medioambientales, esta adolece de múltiples carencias que la hacen insuficiente. Es a través del poder de mercado de los agentes económicos que ciertas conductas pueden generar el mismo efecto regulatorio de desincentivar prácticas insostenibles, a modo de ejemplo: una discriminación de precios que recarga precios más altos a consumidores con conductas insostenibles y realiza descuentos a aquellos cuyo comportamiento es medioambientalmente amigable con una medición proporcionada del impacto ecológico de los efectos de dichas conductas en la ca-

23. En el caso *SNCF*, la Corte de Apelaciones de París aceptó una estrategia de precios de rebaja de costos de la empresa hacia sus consumidores porque su objetivo no era predatorio, pues se demostró que los costos estructurales de SNCF -comparando con de los competidores- eran más altos, por lo que la rebaja de precios era necesaria con tal de alinear sus precios con los de la competencia para garantizar rivalidad; la medida finalmente fue aceptada ya que se consideró necesaria para salvaguardar el transporte de mercancías como una alternativa sustituta al transporte terrestre rodante, así también contribuyendo a una economía sustentable. Véase Autoridad Francesa de la Competencia, decisión 12-D-25 de 18 de diciembre de 2012, relativo a las prácticas implementadas en el sector de transporte de mercancías por ferrocarril *Société nationale des chemins de fer français (SNCF)*; y Corte de Apelaciones de París, sentencia de 6 de noviembre de 2014, caso N° 2013/01128, SNCF contra Autoridad de la Competencia.

dena de valor²⁴; una negativa de venta, por razones similares, que restrinja el acceso a una facilidad esencial o a un producto debido a la instrumentalización de dicho bien o servicio para fines medioambientalmente nocivos que no se adecúen estándares medioambientales del ente dominante²⁵; exclusividad de venta privilegiando a ciertos proveedores para prevenir daños ambientales de otros agentes²⁶; y una auto-preferencia donde el ente dominante, mediante una plataforma que proporcione como facilidad esencial, priorice productos verdes sobre aquellos contaminantes, con un debido criterio y *benchmarking* en la evaluación de las diferencias entre un producto sustentable de aquellos convencionales (Iacovides & Mauboussin, 2024; 368 - 370).

Pese a la anterior categorización, el listado de posibles conductas, defensas y eficiencias correlativas en ningún caso es taxativo y dependerá de las dinámicas propias del mercado analizado.

3.2.3. *Fusiones con beneficios sustentables*

La sustentabilidad como “escudo” en operaciones de concentración comprende aquellas transacciones donde se encuentran efectos que pueden ser anticompetitivos,

24. En el precedente *Pirkanmaan Jätehuolto* (PJH), la compañía privada-estatal de gestión de residuos colectivos establecía diferentes estrategias de precios entre aquellos consumidores municipales, corporativos, privados y también sobre aquellos que también se abastecían de la competencia, con la justificación de que cada tipo de consumidor conllevaba un impacto ambiental diferente que no era posible anticipar. Sin embargo, la autoridad finesa de competencia consideró que dicha aproximación al daño ambiental era muy extrema, generando una discriminación de precios que además vulneraba el principio de neutralidad competitiva, y que fácilmente hubiese sido subsanada con una declaración de desechos e impacto ambiental por parte de sus consumidores. Véase decisión de la Autoridad Finesa de la Competencia y el Consumo (2014), decisión N° 588/KKV14.00.40/2013, *Pirkanmaan Jätehuolto*.

25. En el caso *Kølebranchens Miljøordnings*, la autoridad danesa de competencia no sancionó la negativa a contratar que algunos productores e importadoras tenían en la industria de refrigerantes contra aquellos agentes que no comprometían -con una eventual venta- medidas específicas para mejorar el reciclaje de aquellas sustancias y mitigar su impacto en la destrucción de la capa de ozono. Véase decisión del Consejo de la Competencia Danés (1998), caso 2:8032-49/TH, *Kølebranchens Miljøordnings*.

26. Restricciones de este tipo fueron aprobadas en los casos *Tanklux* y Congregación de la Inmaculada Concepción.

En el primer caso, la empresa de almacenaje Tanklux se reserva el derecho a determinar qué compañía dentro del mercado de transporte de productos petroleros sería la que embarcaría los bienes de sus consumidores, esta medida era esencial para asegurar el cumplimiento con los estándares medioambientales de la industria y para evitar derrames de petróleo en el río Moselle. Véase decisión del Consejo de la Competencia de Luxemburgo [2009], caso 2009-FO-02, *Tanklux*.

En el segundo caso, la Congregación de la Inmaculada Concepción, dueña de la Isla de Saint-Honorat, opera de manera exclusiva los viajes turísticos a la isla a través de derechos exclusivos que este garantizaba a su subsidiaria, práctica fundada en limitar el flujo turístico de la zona con el propósito de preservar la integridad en el ecosistema de la isla. Véase decisión de la Autoridad Francesa de la Competencia, del 8 de noviembre de 2005, caso 05-D-60, *Congrégation cistercienne de l’Immaculée Conception*.

pero equilibrando los posibles efectos positivos de la operación en sustentabilidad, la operación es más propensa a ser aprobada (CMS Law, 2023: 2 - 3).

Hay una mayor concientización en la literatura académica de que los beneficios en sustentabilidad pueden compensar eventuales detrimentos a la competencia. En efecto, crecientemente las autoridades de competencia han explorado caminos para incorporar estos beneficios dentro del análisis de operaciones de concentración²⁷, bajo la lógica de que estas operaciones pueden reducir las emisiones de carbono, permitir reducciones de costos en eficiencias tanto en la producción como distribución, e incluso potenciar el desarrollo de tecnologías que faciliten transiciones carbono-neutrales (Deutscher & Makris, 2023: 351 - 356).

Una fusión, por ejemplo, permitiría a las partes apalancar sus ventajas competitivas, organizar métodos de producción, reducir problemas de duplicación, reducir la doble marginalización, y crear el incentivo a traspasar los ahorros de costos (principalmente costos variables) hacia los consumidores en menores costos (Deutscher & Makris, 2023: 351 - 356). Y aún mejor, una determinada fusión motivada por inversiones en tecnologías y mercados sustentables (energía y combustibles renovables, electromovilidad o técnicas de reducción de emisiones), fomenta la innovación y diseño de productos que signifiquen mejoras en sustentabilidad.

Dentro de las manifestaciones sustantivas de estos beneficios en sustentabilidad se pueden las siguientes:

Sustentabilidad medioambiental

¿Pueden los beneficios medioambientales ser considerados como eficiencias en el control de fusiones para la aprobación de una adquisición que podría tener efectos anticompetitivos? Pese a que a priori la tendencia ha sido no considerar de manera sustancial las llamadas “*out of the market efficiencies*”²⁸, aquellas eficiencias que se logran en mercados separados y que benefician a los consumidores de mercados relevantes y productos diferentes, la autoridad de competencia británica ha innovado en

27. A modo de ejemplo se encuentran referencias a beneficios sustentables en el “Competition and Sustainability: Staff Working Paper” de la Autoridad Helénica de Competencia, en las “Merger Assessment Guidelines 2021” de la Autoridad para la Competencia y los Mercados (UK), e inclusive a nivel comunitario la Comisión Europea en su “Competition merger brief” de septiembre de 2023 trata cómo el control de fusiones puede contribuir a un futuro sustentable.

28. En el *policy brief* de la Comisión Europea titulado “Competition Policy in support of Europe’s Green Ambition” se señala que hasta el momento no han existido casos en que la Comisión haya aceptado eficiencias ambientales a largo plazo y a nivel social, de esta forma siguiendo la línea jurisprudencial del caso *MasterCard* se sostiene que respecto de aquellas eficiencias que no se originan en el mercado afectado la Comisión solamente las puede tomar en cuenta si los beneficios cubren sustancialmente los mismos consumidores afectados por la operación. Véase sentencia del Tribunal General de la Unión Europea, de 24 de mayo de 2012, asunto T-111/08, *MasterCard y otros v. Comisión*.

cuanto a su inclusión explícitamente mencionando que los beneficios consecuentes de la sustentabilidad medioambiental que apoyen la transición hacia una economía baja en carbono son relevantes mientras se traspasen a los consumidores²⁹ (Loukianou, 2023: 28-37).

Dentro de los argumentos que se dan para descartar incorporar variables sustentables está en la dificultad de cuantificar estos beneficios a largo plazo. Esto es falaz pues existen métodos cuantitativos económicos con los cuales las autoridades de competencia pueden medir los beneficios en sustentabilidad durante la notificación de una operación, incorporando la disposición de pago de los consumidores por un beneficio determinado, las eficiencias fuera del mercado, y la mirada a largo plazo para la concreción de estos beneficios en sustentabilidad (Loukianou: 34-37).

Con estos factores, *Cailci y Lutz* (2021: 8-12) exponen cuatro métodos desde la economía climática y ambiental para implementar dentro del análisis de competencia: 1) el método de la revelación de preferencias, cuya base está la recolección de nueva información para identificar la disposición de pago de los consumidores por bienes o servicios sustentables, pero observando la demanda de estos sobre aquellos sustitutos convencionales; 2) el método de la preferencia fija, a través de la consulta directa a los consumidores por su disposición de pago por bienes o servicios sustentables en un mercado determinado o ficticio mediante encuestas o sondeos, con la posibilidad de un análisis conjunto multidimensional donde se elabore un ranking de opciones con diferentes características; 3) el método de la transferencia de beneficios, con valores de estudios previos que usen aquellos relativos a la disposición de pago por beneficios medioambientales en una industria con tal de cuantificar los beneficios de una fusión en otro sector de esa industria; y 4) el método de evaluación de información desde instrumentos económicos, objetivos de política pública y estimaciones, mediante el cual al determinar cuantitativamente la reducción de emisiones producto de una fusión, y multiplicar aquella cantidad por el precio de cada unidad adicional de emisiones hacia la atmósfera, resulta en un “precio oculto”³⁰ diferente al de mercado pero con un diferencial equivalente al costo adicional que la sociedad atribuiría al daño ambiental.

Enfoque en las externalidades

29. Véase Competition Markets Authority (CMA), *Merger Assessment Guidelines*, 2021, párrafo 8.21.

30. El “precio oculto” puede tomar como referencia: i) instrumentos económicos ya implementados como impuestos por contaminación o costos por sobrepasar metas de emisiones; ii) objetivos de política pública, impuestos de manera legal o reglamentaria; iii) o estimaciones, como la del costo social del carbón, es decir, la pérdida de bienestar socioeconómico medido por las consecuencias económicas y sanitarias de la contaminación o la (in)disposición de pago de los consumidores para evitar contaminación u otros indicadores.

Se plantea que el actual análisis se encausa en lo que son los principios tradicionales del bienestar del consumidor, cuyo enfoque ronda más bien en las preferencias de los consumidores directos afectados por una operación, ignorando el potencial daño y los beneficios de ir fuera de las prioridades delimitadas por la demanda de los consumidores y su disposición de pago, y también el impacto que generan ciertas fusiones a través de externalidades económicas-ambientales con la masividad de las consecuencias de estas (Lécuyer & Leclercq, 2023: 86-87).

Estas externalidades ocurren cuando el consumo (o la producción) de un agente económico afecta la utilidad de otro agente, sin que esto se vea reflejado en los precios de mercado y sus eficiencias, lo que hacia una fusión se refleja en posibles alzas de precios por causa de alzas en la contaminación, disminución en la calidad de un producto, disminución de demanda, desincentivos a la incursión en alternativas sustentables, e inclusive la salida del mercado de un actor (Lécuyer & Leclercq, 2023: 86-87).

Repensar la definición de mercado relevante

Para determinar si una operación representa un riesgo para la competencia, la definición de mercado relevante es esencial. A priori, un análisis de sustituibilidad debiese ver las preferencias de los consumidores en el entendido de que están orientadas hacia productos sustentables, cambio en la dinámica de la demanda cuya causa puede estar dada por una tendencia a un consumo medioambientalmente amigable o por meramente regulación, pero que en cualquier caso influye en el mercado del producto o geográfico (Modrall, 2024).

Lo anterior ha sido confirmado reiteradas veces a propósito de las definiciones de mercado relevante elaboradas por parte de la Comisión. En el caso *Novelis/Aleris*³¹, se señaló que las partes de metal y de aluminio de un auto no son parte del mismo mercado relevante, ya que se constató una mayor demanda por el aluminio causada por su uso en autos más livianos que consumían una menor cantidad de combustible y consumo de CO²; en *BEMB/Mondelez/Charger OPCO*³², se diferenció entre café convencional y no convencional por la percepción de los consumidores de que este último satisfacía necesidades diferentes que comprendían objetivos del desarrollo sostenible; en *Marine Harvest/Morpol*³³, las preferencias de los consumidores por salmón sustentable fueron cruciales para separar los mercados del producto entre salmón convencional y aquel sustentable; y en *Schwarz/Suez*³⁴, se consideraron cos-

31. Comisión Europea (2019). Investigación asunto M. 9076, *Novelis/Aleris*.

32. Comisión Europea (2015). Investigación asunto M. 7292, *DEMB/Mondelez/Charger OPCO*.

33. Comisión Europea (2014). Investigación asunto M. 6850, *Marine Harvest/Morpol*.

34. Comisión Europea (2021). Investigación asunto M. 10047, *Schwarz Group/Suez Waste Management Companies*.

tos ambientales como parámetro para definir el mercado geográfico en razón a que, dentro del transporte liviano de carga, los consumidores evitaban este transporte para largas distancias para reducir su huella de carbono.

4. Conclusiones

Un antiguo dicho dice que no se le pueden enseñar nuevos trucos a un perro viejo, pero en realidad la capacidad de adaptación y aprendizaje siempre llega con paciencia y herramientas adecuadas. Lo mismo ocurre con el derecho de competencia frente al desafío de la emergencia climática. Pese a que la relación entre litigación climática y libre competencia no resulte tan obvia y tampoco sea tan explorada por la doctrina o la jurisprudencia, es una relación que siempre ha estado a la vista. La contribución de industrias y mercados relevantes completos al escenario climático actual es una cuestión insoslayable, y es precisamente acá donde la libre competencia y sus instituciones tienen el potencial de incentivar procesos más sustentables a lo largo de toda la cadena de producción y consumo.

La litigación climática se presenta como último recurso hacia mayores sustentabilidades dentro de una jurisdicción ante la ausencia de política pública o regulación climática, pero tampoco se debe pecar en pensar que la regulación será la solución a nuestros problemas. Mayor regulación climática no necesariamente acarreará los efectos deseados en términos de sustentabilidad, pues esta misma adolece de fallas, carencias y desincentivos que obstaculizan o entorpecen la meta de una actividad sustentable.

Parece ser la competencia una solución más adecuada que fomente eficiencias, genere innovaciones, y acelere procesos de transición sustentable con beneficios directos tanto al ambiente como a los consumidores. Introducir variables competitivas cuya base recaiga en factores de sustentabilidad crea competencia por quien es más sustentable dentro de una determinada industria o mercado relevante, de la mano de dar valor a una serie de ventajas competitivas en comparación a otros actores convencionales.

En ningún caso la incorporación de la sustentabilidad dentro del derecho de competencia tendrá como requisito *sine qua non* un litigio, es necesario agotar instancias previas de posibles reformas o instrucciones, diálogos con interesados, resolución de conflictos, pero la alta posibilidad de conflictos y tensiones que surgen en la interacción entre sustentabilidad y la normativa de competencia hacen en último término indispensable prevenir un litigio. Esta situación desencadena un contexto de litigio climático dentro del área, pues frente a las esperables tensiones con la normativa ante prácticas insostenibles o iniciativas sustentables con implicancias en el desarrollo y transición sustentable de los mercados se hace necesario dentro del control de competencia recurrir al análisis casuístico de un litigio al estilo de la libre competencia, es decir, no necesariamente a través de procedimientos contenciosos propiamente tales sino que también no contenciosos o administrativos frente a la autoridad competente.

Este nuevo entendimiento si bien tiene implicancias en la forma de entender las instituciones principales del derecho de competencia, no altera la *praxis* histórica de esta rama de la regulación económica hacia las partes interesadas en un litigio de libre competencia. A pesar de que esta concepción sustentable de la competencia abra un nuevo marco teórico dentro de la litigación del área, la tarea de las autoridades de competencia (o particulares afectados, dependiendo del caso) seguirá siendo la de perseguir carteles -también los climáticos-, cuestionar acuerdos entre competidores -incorporando los sustentables-, acusar posibles abusos de posición dominante -por prácticas insostenibles- y controlar operaciones de concentración -incorporando el análisis de sustentabilidad-; y por su parte, el rol de los particulares afectados o interesados seguirá en la elaboración de teorías del caso y defensas ante posibles imputaciones de infracción de la normativa, justificando acuerdos entre competidores -y sus beneficios en sustentabilidad-, defendiendo su posición de dominancia -la cual también tiene un rol sustentable- y notificando concentraciones íntegramente exponiendo los beneficios sustentables de la operación.

Lo que pretende en esencia la metáfora de la “espada y el escudo” es presentar un marco conceptual que sirva a las partes involucradas en un determinado pleito para que la sustentabilidad sea parte del análisis sustantivo de competencia o donde el objetivo ronde en relación a un parámetro sustentable, y que dependiendo de si la situación es de impugnación o defensa de alguna conducta u operación, exista un entendimiento favorable en ambos casos a un bien jurídico sustentable.

Referencias

- BATROS, Ben. y Tessa Khan (2022). «Thinking Strategically about Climate Litigation». *Litigating the Climate Emergency: How Human Rights, Courts, and Legal Mobilization Can Bolster Climate Action* (pp. 97 – 116). Cambridge: Cambridge University Press.
- BOUWER, Kim (2018). «The Unsexy Future of Climate Change Litigation». *Journal of Environmental Law*, Volume 30, Issue 3, November 2018, pp. 483–506. Disponible en: <https://doi.org/10.1093/jel/eqy017>
- CLAICI, Adina, y Jasper Lutz (2021). «Beyond the Policy Debate: How to Quantify Sustainability Benefits in Competition Cases: Lessons Learned from Environmental Economics». *European Competition and Regulatory Law Review* (CoRe), Vol. 5, Issue 3, 2021.
- CMS LAW (2023). «CMS COMPETITION LAW AND SUSTAINABLE DEVELOPMENT SERIES PART 4: SUSTAINABILITY AND MERGERS». DISPONIBLE EN: [HTTPS://CMS-LAWNOW.COM/EN/EALERTS/2023/12/CMS-COMPETITION-LAW-AND-SUSTAINABLE-DEVELOPMENT-SERIES-PART-4-SUSTAINABILITY-AND-MERGERS](https://cms-lawnow.com/en/ealerts/2023/12/cms-competition-law-and-sustainable-development-series-part-4-sustainability-and-mergers)
- CRANE, Daniel (2013). «Antitrust and the Judicial Virtues». *Columbia Business Law*

- Review*, University of Michigan Law School Scholarship Repository, pp. 1-27.
- DEUTSCHER, Elias, y Stavros Makris (2023). «Sustainability concerns in EU merger control: from output-maximising to polycentric innovation competition». *Journal of Antitrust Enforcement*, Vol. 11, Issue 3, november 2023, pp. 350-399.
- DEUTSCHER, Elias, y Stavros Makris (2024). «Chapter 22: Making sustainability visible: a new framework and operationalization test for merger control». *Research Handbook on Sustainability and Competition Law*. Cheltenham, UK, Edward Elgar Publishing.
- EASTERBROOK, Frank (1986). «Workable Antitrust Policy», *Michigan Law Review*, vol. 82, pp. 1696-1713.
- FOLKE, Carl, Henrik Österblom, Jean-Baptiste Jouffray, Eric F. Lambin, W. Neil Adger, Marten Scheffer, Beatrice I. Crona, Magnus Nyström, Simon A. Levin, Stephen R. Carpenter, John M. Anderies, Stuart Chapin III, Anne-Sophie Crépin, Alice Dau-riach, Victor Galaz, Line J. Gordon, Nils Kautsky, Brian H. Walker, James R. Wat-son, James Wilen, y Aart de Zeeuw (2019). «Transnational corporations and the challenge of biosphere stewardship». *Nature Ecology & Evolution* 3, pp. 1396-1403. Disponible en: <https://doi.org/10.1038/s41559-019-0978-z>
- FOX, Eleanor (1999). «US and EU Competition Law: A Comparative Analysis», Peter-son Institute for International Economics. United States of America.
- GERBER, David (2020). *Competition Law and Antitrust*. Clarendon Law Series, Oxford Academic.
- GULATI, Bhawna, y Ikleen Kaur (2020). «How ‘special’ is the ‘responsibility’ of domi-nant enterprises?». *Indian Competition Law Review*, NLUJ.
- HERMIDA, Agustina (2021). «When Green meets Merger Control: How to incorpora-te green efficiencies under EU merger review to avoid green killer acquisitions». Competition Policy Brief, Special Issue, Young experts views on the greening of competition policy, Issue 3, December 2021, European Commission.
- HOLMES, Simon (2020). «Climate change, sustainability, and competition law». *Jour-nal of Antitrust Enforcement*. Oxford University Press, 2020, 8, 354-405.
- HOLMES, Simon, y Michelle Meagher (2022). «A sustainable future: how can control of monopoly power play a part?». Disponible en: <https://www.ebcam.eu/images/SSRN-id4099796.pdf>
- HOLMES, Simon (2024a). «Competition Policy: A Powerful Sword and Shield to Fight Climate Change». *Green European Journal*, August 2024.
- HOLMES, Simon. (2024b). «Why Competition Policy is Relevant to the Fight against Climate Change and a Sustainable Future: What is the Problem and What Are We Doing About It?». *Why Competition? – Voices from the Antitrust Community and Beyond*, Concurrences.
- HOLMES, Simon (2024c). «Chapter 20: Cartels harming sustainability (and those that don’t) in Europe». *Research Handbook on Sustainability and Competition Law*,

- Cheltenham, UK, Edward Elgar Publishing.
- HOLMES, Simon, Nicole Kar y Linda Cunningham (2024). «Sustainability and Competition Law in the United Kingdom», *Sustainability Objectives in Competition and Intellectual Property Law*, Këllezi, Pranvera, Pierre Kobel, Bruce Kilpatrick (eds). LIDC Contributions on Antitrust Law, Intellectual Property and Unfair Competition. Springer, Cham. Disponible en: https://doi.org/10.1007/978-3-031-44869-0_12
- IACOVIDES, Marios, y Valentin Maubossin (2024). «21. Unilateral conduct and sustainability under EU competition law». *Research Handbook on Competition Law and Sustainability*, Nowag, Julian (ed.), Edward Elgar, Forthcoming.
- IACOVIDES, Marios, 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*, Vol. 10, Issue 1, March 2022, pp. 32 – 62. Disponible en: <https://doi.org/10.1093/jaenfo/jnab010>
- IACOVIDES, Marios, y Christos Vrettos (2021). «Radical for Whom? Unsustainable Business Practices as Abuses of Dominance». *Competition Law, Climate Change & Environmental Sustainability*, Holmes, Simon, Dirk Middelschulte, y Martijn Snoep (eds.), Concurrences, 2021.
- INTERNATIONALCHAMBEROFCOMMERCE(ICC)(2024).«ASWORDANDASHIELD:USING COMPETITION LAW TO TACKLE CLIMATE CHANGE AND UNSUSTAINABLE PRACTICES». DISPONIBLE EN: [HTTPS://ICCWBO.ORG/NEWS-PUBLICATIONS/POLICIES-REPORTS/HOW-COMPETITION-POLICY-ACTS-AS-A-BARRIER-TO-CLIMATE-ACTION/](https://iccwbo.org/news-publications/policies-reports/how-competition-policy-acts-as-a-barrier-to-climate-action/)
- INDERST, Roman (2022). «Incorporating Sustainability into an Effects-Analysis of Horizontal Agreements: expert advice on the assessment of sustainability benefits in the context of the review of the Commission Guidelines on horizontal cooperation agreements», European Commission, Directorate-General for Competition.
- LÉCUYER, Tristan, y Annabelle Leclercq (2023). «Is green becoming a grey area? A discussion on sustainability and merger control», *Competition Law & Policy Debate*, 2023, Vol. 8, N°2.
- LOUKIANOU, Despoina (2023). «The Interplay Between Environmental Sustainability and EU Merger Control: Where Do We Stand and Where Can We Go?». Brussels, 2023.
- LUBBERS, Tim (2024). «Abuse of dominance and sustainability: using article 102 TFEU as a sword against unsustainable conduct», LLM Thesis, Law & Economics, Utrecht University, School of Law. Disponible en: <https://mededingingscongres.nl/wp-content/uploads/2024/10/Tim-Lubbers-Abuse-of-dominance-and-sustainability-using-article-102-TFEU-Final.pdf>
- LOPES MARTINS, Margot, y Inés Pajares de Dios Tarancón (2024). «Are competition authorities planning to rule the world? New and expanded approaches to merger control». *Actualidad jurídica*, Uría Menéndez, N°64, 2024. Disponible en: <https://>

www.uria.com/documentos/publicaciones/8862/documento/AJUM_64-art.pdf?id=13608&forceDownload=true

- MCMAHON, Kathryn (2024). Ancillary restraints. *Global Dictionary of Competition Law*, Concurrences, Art. N°12358.
- MALLET, Daisy, y Sati Nagra (2020). «Climate Change Litigation - What Is It and What to Expect?». *King Wood Mallesons*, Lexology. Disponible en: <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=03ba4171-3769-4b77-b355-c9cf63cccc24>.
- MODRALL, Jay (2024). «The Evolving Role of Non-Price Competitive Parameters in EU Merger Review». *Kluwer Competition Law Blog*.
- NOWAG, Julian (2022). «Competition Law's Sustainability Gap? Tools for an Examination and a Brief Overview». *Nordic Journal of European Law*, Vol. 5, n°1. Disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3484964
- NOWAG, Julian (2024). Sustainability and Competition Law: An International Report. *Sustainability Objectives in Competition and Intellectual Property Law*. Küllezi, Pranvera, Pierre Kobel, Bruce Kilpatrick (eds). LIDC Contributions on Antitrust Law, Intellectual Property and Unfair Competition. Springer, Cham. Disponible en: https://doi.org/10.1007/978-3-031-44869-0_1
- OECD (2020). «SUSTAINABILITY AND COMPETITION». OECD COMPETITION COMMITTEE DISCUSSION PAPER. DISPONIBLE EN: [HTTP://WWW.OECD.ORG/DAF/COMPETITION/SUSTAINABILITY-AND-COMPETITION-2020.PDF](http://www.oecd.org/DAF/COMPETITION/SUSTAINABILITY-AND-COMPETITION-2020.PDF)
- OECD (2023). «USE OF ECONOMIC EVIDENCE IN CARTEL CASES – BREAKOUT SESSIONS», Session III – Issues Note by the Secretariat-. Global Forum on Competition.
- OECD COMPETITION LAW AND POLICY (2024). ICC OECD WEBINAR ON ABUSE OF DOMINANCE AND SUSTAINABILITY. YOUTUBE. DISPONIBLE EN: [HTTPS://WWW.YOUTUBE.COM/WATCH?V=gErqUN5WWz0](https://www.youtube.com/watch?v=gErqUN5WWz0)
- OXERA (2025). «GREY OR GREEN GIANTS? SUSTAINABILITY AND (EXCLUSIONARY ABUSE OF) DOMINANCE UNDER ARTICLE 102 TFEU». INSIGHTS. DISPONIBLE EN: [HTTPS://WWW.OXERA.COM/INSIGHTS/AGENDA/ARTICLES/GREY-OR-GREEN-GIANTS-SUSTAINABILITY-AND-EXCLUSIONARY-ABUSE-OF-DOMINANCE-UNDER-ARTICLE-102-TFEU/#_FTN25](https://www.oxera.com/insights/agenda/articles/grey-or-green-giants-sustainability-and-exclusionary-abuse-of-dominance-under-article-102-tfeu/#_FTN25)
- PERSCH, Johannes (2023). «Pro-enforcement Perspectives on Competition Law and Sustainability». Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=4553402>
- PRESTON, Brian (2009). «Climate change litigation: a conspectus». 23RD Conference, The Law Association for Asia and the Pacific. Disponible en: https://lec.nsw.gov.au/documents/speeches-and-papers/preston_climate%20change%20litigation%20-%20a%20conspectus.pdf
- SKINKEL, Maarten Pieter, y Leonard Treuren (2021). «Green Antitrust: (More) Friendly Fire in the Fight against Climate Change». Amsterdam Law School Research Paper N°2020-72. Amsterdam Center for Law & Economics, Working Paper N°2020-07.

- SETZER, Joana, y Lisa C. Vanhala (2019). «Climate change litigation: A review of research on courts and litigants in climate governance». *WIREs Clim Change*, Vol. 10, Issue 3. e580. Disponible en: <https://doi.org/10.1002/wcc.580>
- STREETER, Jorge (2005). «Litigios económicos». *Revista de Derecho de la Empresa*. Universidad Adolfo Ibáñez, Facultad de Derecho, Legis Editores, 2005.
- TAP NETWORK (2019). «PURSUING LAW REFORMS, Strategic Litigation and Legal Empowerment». *SDG Accountability Handbook*. Disponible en: <https://www.sdgaccountability.org/working-with-formal-processes/pursuing-law-reforms-strategic-litigation-and-legal-empowerment/>.
- VOIGT, Christina (2009). «Chapter 5. Sustainable Development In WTO Context». *Sustainable Development as a Principle of International Law*. Leiden, The Netherlands. Brill | Nijhoff. <https://doi.org/10.1163/ej.9789004166974.i-428.42>
- VOLPIN, Cristina (2020). «Sustainability as a Quality Dimension of Competition: Protecting Our Future (Selves)», *CPI Antitrust Chronicle*. July 2020. Disponible en: <https://www.competitionpolicyinternational.com/wp-content/uploads/2020/07/02-Sustainability-as-a-Quality-Dimension-Cristina-A.-Volpin.pdf>

Sobre el autor

Maximiliano Aguirre Contreras es licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile. Su correo electrónico es maximiliano.aguirre@derecho.uchile.cl <https://orcid.org/0009-0003-1425-3586>