



Universidad de Chile

Facultad de Derecho

Departamento de Derecho Económico

LA SUSTENTABILIDAD COMO BIEN JURÍDICO TUTELADO EN EL DERECHO DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

Autor:

Maximiliano Aguirre Contreras

Profesora guía:

Pilar Moraga Sariego

Santiago, Chile

2024

*“I hope you know that you are who you choose to be.
And that whispers behind your back don’t define you.
You are the only one who gets to decide what you will be remembered for.”*

(Taylor Swift, 1989 album, Foreword)

*A mis padres, Maritza y Fernando, mi familia y amigos,
por su apoyo a lo largo de la carrera.
También a todos los que de alguna manera
ayudaron en la inspiración de este trabajo.¹*

¹ Así también agradezco al Proyecto Fondecyt Regular N°12214376 y al Centro de Ciencia del Clima y la Resiliencia (CR2), en los cuales se enmarcó el desarrollo del taller de tesis y la memoria.

RESUMEN

En el contexto de la lucha contra el cambio climático, ha surgido el debate, especialmente en Europa, sobre si el derecho de la libre competencia tiene un rol que jugar, y de ser el caso, cómo este se compatibiliza con la sustentabilidad, concepto que intenta avanzar hacia la promoción de un desarrollo social, económico y medioambiental. La forma de materializar estas consideraciones es a través de “*bienes jurídicos protegidos*” o “*goals of competition law*”, que fijan una hoja de ruta sobre los objetivos de la política de competencia, influyendo directamente en los puntos de vista que se toman en consideración al inspirar el marco normativo o resolver un caso de competencia. Ante esto surge la pregunta de: ¿Puede ser la sustentabilidad un bien jurídico a tutelar dentro del Derecho de Defensa de la Libre Competencia?

Para responder esta pregunta, la presente tesis se adentrará inicialmente en el concepto de bien jurídico o *goals/objectives of competition law* (a nivel comparado), pasará exponiendo los debates de bien jurídico protegido en el derecho de la competencia desde lo clásico hasta lo moderno viendo los objetivos históricos que ha perseguido la libre competencia, continuará revisando las diferentes posturas entorno al encuentro o *trade-off* entre sustentabilidad y libre competencia, y terminará analizando las experiencias comparadas que recogen (o han recogido en cierta medida) esta confluencia en la normativa aplicable de libre competencia y sus precedentes jurisprudenciales.

Palabras Clave: derecho de la competencia, libre competencia, sustentabilidad, bien jurídico protegido

ÍNDICE

CAPITULO I: EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO: ¿QUÉ DEFIENDE EL DERECHO DE LA LIBRE COMPETENCIA?	16
1.1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES: EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO O “THE GOALS/OBJECTIVES OF COMPETITION LAW”	17
1.2. APLICACIÓN DEL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO AL DERECHO PENAL ECONÓMICO Y ADMINISTRATIVO SANCIONADOR	23
1.3. BIENES JURÍDICOS HISTÓRICAMENTE TUTELADOS POR LA LIBRE COMPETENCIA	29
1.3.1. BIENESTAR DEL CONSUMIDOR: EL BIEN JURÍDICO PREDILECTO	30
1.3.2. EFICIENCIA: UNA MIRADA MÁS ECONÓMICA	40
1.3.3. BIENESTAR GENERAL: EL NÉMESIS DEL BIENESTAR DEL CONSUMIDOR	48
1.3.4. LIBERTAD ECONÓMICA O LIBERTAD PARA COMPETIR: LA INFLUENCIA EUROPEA DEL ORDOLIBERALISMO	54
1.3.5. PROTECCIÓN DE LA COMPETENCIA O TUTELA DEL PROCESO COMPETITIVO: LA INFLUENCIA DEL JUEZ BRANDEIS Y LA LLEGADA DE LOS NEOBRANDESIANOS	57
CAPITULO II: EVOLUCIÓN Y TENDENCIAS JURISPRUDENCIALES ACTUALES SOBRE BIEN JURÍDICO TUTELADO EN EL DERECHO DE LA LIBRE COMPETENCIA	68
2.1. EL MODELO CLÁSICO: DE LA ECONOMÍA DEL BIENESTAR	69
2.1.1. La Escuela de Chicago y la “era del bienestar del consumidor”.....	73
2.1.2. La Escuela Post-Chicago y la continuación de la era del “bienestar del consumidor”.....	78
2.1.3. La neo liberalización del Derecho de la Competencia Europeo, el proceso de modernización y el “more economic approach”.....	81
2.1.5. La apertura americana a la eficiencia	89
2.1.6. Los debates legislativos y doctrinarios chilenos sobre bien jurídico protegido, y el argumento del “Orden Público Económico”.	93
2.2. EL MODELO FLEXIBLE: LA ACEPTACIÓN DE NUEVOS BIENES JURÍDICOS 99	
2.2.1. Fundamentos del Antitrust en EE. UU., la Escuela de Harvard y la tímida apertura a nuevos bienes.	102
2.2.2. Los detractores de la Escuela de Chicago: una crítica a los objetivos económicos.	108
2.2.3. El objetivo de la libre competencia europea según el ordo liberalismo y el keynesianismo	114
2.2.4. Las tendencias contemporáneas en la Unión Europea sobre objetivos no-económicos.	121

2.2.5. La evolución chilena a considerar nuevos bienes jurídicos y el “doble filo del Orden Público Económico”	130
CAPITULO III: EL <i>TRADE-OFF</i> ENTRE SUSTENTABILIDAD Y LIBRE COMPETENCIA	137
3.1. PARTE GENERAL: EL CONCEPTO DE SUSTENTABILIDAD, SU RELACIÓN CON LA LIBRE COMPETENCIA Y EL BIEN JURÍDICO.....	137
3.1.1. El concepto de sustentabilidad y su tridimensionalidad	137
3.1.1.1 La sustentabilidad social.....	142
3.1.1.2. La sustentabilidad económica	143
3.1.1.3. La sustentabilidad medioambiental.....	149
3.1.2. Litigación climática y la libre competencia: la invocación del bien jurídico como técnica de litigación	151
3.1.3 Relación entre la sustentabilidad y la libre competencia: introducción al debate sobre bien jurídico.....	155
3.2. PARTE ESPECIAL: LAS POSTURAS EN TORNO A LA COMPATIBILIDAD ENTRE SUSTENTABILIDAD Y LIBRE COMPETENCIA	162
3.2.1. POSICIÓN A FAVOR: “GREEN ANTITRUST”	163
3.2.1.1 GREEN ANTITRUST ORIGINAL: HOLMES, NOWAG, MONTI, RISTANIEMI & WASASTJERNA.....	164
3.2.1.2. GREEN ANTITRUST CRÍTICO: SCHINKEL, TREUREN & RÉGIBOU..	174
3.2.2. POSICIÓN INTERMEDIA: LOS TECNÓCRATAS.....	180
3.3.3. POSICIÓN EN CONTRA: DETRACTORES.....	189
CAPITULO IV: EXPERIENCIA COMPARADA NORMATIVA Y JURISPRUDENCIAL SOBRE LA SUSTENTABILIDAD COMO BIEN JURÍDICO	195
4.1. EUROPA: PIONERA EN LOS DEBATES SOBRE SUSTENTABILIDAD Y COMPETENCIA	195
4.1.2. Marco normativo europeo para la inclusión de la sustentabilidad en la libre competencia	195
4.1.3. Posiciones de las agencias de competencia europeas sobre la sustentabilidad dentro de la libre competencia	207
4.1.3. Jurisprudencia europea sobre sustentabilidad como bien jurídico en la libre competencia	212
4.2. EE. UU.: EL PREDOMINIO DEL MODELO CLÁSICO.....	230
4.3. CHILE: ACUERDOS DE COLABORACIÓN, ALGUNOS AVANCES REGULATORIOS Y LA LEY REP.....	235
4.3.1. La institucionalidad de libre competencia chilena, su recepción sobre los acuerdos entre competidores “verdes” o de sustentabilidad y la carencia de un bien jurídico sustentable.....	235

4.3.2. Recepción de la sustentabilidad y la libre competencia desde la regulación sectorial.	240
4.3.3. La Ley de Responsabilidad Extendida del Productor: el bien jurídico dentro del encuentro más evidente entre sustentabilidad y libre competencia.....	246
CONCLUSIONES.....	253
ANEXO I: TABLA DE NORMATIVA CITADA.....	258
ANEXO II: TABLA DE JURISPRUDENCIA CITADA.....	269
BIBLIOGRAFÍA.....	306

INTRODUCCIÓN

El Derecho de la Libre Competencia se vincula con un aspecto céntrico de la sociedad: la materialización de la meritocracia que la democracia liberal nos entrega. Las personas tienen la autonomía para lograr sus objetivos en base al mérito. Los problemas ocurren cuando se deslegitima o pervierte la forma en la cual alcanzan estos objetivos, y las personas piensan que hay privilegios injustos no basados en el mérito, lo que desencadena un detrimento en la confianza que tienen ellas sobre el sistema social, político y económico.

Desde una mirada política, el fundamento de la libre competencia siempre ha sido neutralizar el poder de los agentes económicos, el cual en exceso o abuso puede devenir en perjuicios hacia el bienestar social afectando en último término a la democracia y sus bases. Desde una mirada económica, el impacto de la riqueza de las naciones, el bienestar de los consumidores, y la eficiencia en los mercados son, en cierta medida, consecuencias de la existencia de la incertidumbre competitiva y los esfuerzos de los agentes económicos para sacar lo mejor de sí con tal de obtener una justa ganancia como recompensa de su esfuerzo y mérito, y al mismo tiempo, generar un beneficio económico u social frente a su entorno.

En la actualidad, pese a los grandes avances del mundo contemporáneo, la lucha contra el cambio climático es una de las amenazas más apremiantes que tenemos por delante. En este sentido, ha escalado una tensión (aparente) entre un desarrollo económico eficiente y la preocupación por el cuidado del medioambiente y los recursos naturales. Esta lógica nos sitúa dentro de dos polos que parecen irreconciliables entre sí, es decir, si cuidamos el medioambiente de manera eficaz tendremos un menor crecimiento económico, menores incentivos a la innovación, mayores costos al emprendimiento y una carga mayor hacia las personas, y viceversa, donde un impulso firme en la senda del crecimiento económico implique efectos catastróficos en los ecosistemas, medioambientes, hábitats naturales y finalmente la calidad de vida en el planeta. Aterrizándolo en la libre competencia, esto se concretiza en el desenvolvimiento y desarrollo de los mercados versus la conciencia por procesos productivos más limpios, verdes y sustentables que no signifiquen daños ambientales por parte de los participantes de los mercados.

Lo que estamos tratando no es un tema baladí, ya que al final del día, esta discusión versa sobre cómo manejamos el modelo económico de libre mercado en un contexto de competencia libre y justa que, si bien potencia la producción en masa, la innovación tecnológica e industrial y el desarrollo de nuevos productos, también puede deteriorar el medioambiente, dejar grandes huellas de carbono, generar contaminación en los ecosistemas y elevar el consumo energético, de combustibles fósiles y de componentes desechables. Pero, por otro lado, si cautelamos excesivamente el medioambiente podemos caer en fallas regulatorias, barreras normativas y riesgos a la competencia que desincentiven la inversión, perjudiquen a los consumidores en sus hábitos diarios de consumo y dañen la tutela de la libre competencia. Es desde esta problemática que se plantea esta tesis.

Evidentemente la solución a estos problemas excede el ámbito y alcance de esta tesis, pero se intentará abordar desde el rol que la libre competencia como una forma de recoger algunas de estas tensiones. A modo de resumen, y como será abordado a lo largo de esta tesis, el mecanismo a través del cual se pueden involucrar inicialmente estas temáticas en la libre competencia se compone de la conexión de dos elementos: los bienes jurídicos protegidos o como se conoce a nivel comparado *“objectives/goals of antitrust/competition law”* y la sustentabilidad en toda la complejidad de su concepto.

La política de competencia tiene varios objetivos o fines, entre los que están el bienestar del consumidor, la eficiencia económica, el bienestar general, la libertad para competir, la tutela del proceso competitivo, la libertad política, el pluralismo y entre otros propios de cualquier política pública. Estos bienes jurídicos en la libre competencia operan como estándares, es decir, son directrices, guías, parámetros o enfoques desde los que se conceptualiza la discusión de libre competencia alrededor de sus diferentes figuras y áreas de desarrollo jurídico, dotándolas de diferente contenido o perspectiva dependiendo del estándar al que se adhiera.

La relevancia de los estándares en la libre competencia está en su función de llenar de contenido conceptos de textura abierta en normas legales recurriendo al objetivo que el legislador tenía sobre la aplicación o tutela de la norma, al momento de decidir sobre la infracción (o no) de la normativa de competencia donde quien sentencie deberá resolver en consideración a un punto de vista respecto del caso según si su enfoque atiende a criterios

económicos o de interés público, o desde la litigación donde una parte puede invocar su análisis jurídico-económico desde un abanico de posibles bienes jurídicos serviles a su teoría del caso. Pese a que este concepto no es siempre expreso por parte de la jurisprudencia y se desprende de un análisis doctrinario académico en base a precedentes, tácita y pragmáticamente es parte de cualquier análisis por parte de un litigante en la libre competencia.

Es así que, instrumentalizando la discusión de bien jurídico protegido, y en particular los que responden a objetivos de política pública o de tinte no-económico, es que surge la idea: ¿por qué no considerar a la sustentabilidad también como un bien jurídico tutelado en la libre competencia? O, mejor dicho: ¿puede ser la sustentabilidad un bien jurídico protegido por el derecho de defensa de la libre competencia?

La respuesta a esta pregunta escasamente hecha en el derecho de la competencia tiene una explicación compleja, pues la sustentabilidad -o también referida como desarrollo sustentable- es un concepto tridimensional en su vertiente jurídico-social, económica y medioambiental, por lo que supone sofisticar el análisis clásico de la libre competencia en el cual tradicionalmente se evalúan acuerdos o prácticas coordinadas, hipótesis de abuso de posición de dominio y control de operaciones de concentración. Habiendo explicado este marco conceptual, encausaremos la aplicación práctica de la sustentabilidad dentro de lo que se ha llamado “litigación climática”, es decir, los esfuerzos desde la litigación en diferentes ramas del derecho para hacer frente al cambio climático. La incorporación de la sustentabilidad como estándar en la libre competencia es la herramienta jurídica de partida para adaptar esta rama del derecho a la amenaza global que afecta nuestro mundo. La afirmación anterior suscita controversia y una serie de desafíos en el entendimiento tradicional de la libre competencia, y es por aquello que no es un tema pacífico existiendo diferentes posturas compatibles o contrarias entre sí dependiendo de su visión sobre los objetivos o bienes que persigue el derecho de la competencia, con los pertinentes precedentes, regulación, y doctrina que sustentan las respectivas posturas.

Para contestar la hipótesis planteada anteriormente, de la sustentabilidad como bien jurídico, la exposición la dividiremos de la siguiente manera. En el Capítulo I revisaremos toda la discusión del concepto de bien jurídico protegido o tutelado, primero viendo su origen y

fundamento, bajada institucional e importancia para efectos de la libre competencia, y caracterizando los bienes jurídicos más importantes que históricamente han sido utilizados por la libre competencia. En el Capítulo II haremos un análisis descompuesto de la historia comparada, evolución y tendencias del bien jurídico protegido en la libre competencia desde los dos polos de pensamiento principales de esta disciplina -Estados Unidos y la Unión Europea- también incorporando a nuestro país al análisis en representación de Latinoamérica, para la creación de dos modelos de entendimiento de estos bienes, en los que se exponen buenas razones detrás del arraigo de cada uno de los estándares explicados en el capítulo antecedente y por qué existen bienes de política pública o no-económicos que permean en el derecho de la competencia. El Capítulo III entramos propiamente a tierra derecha subdividiendo en dos partes la explicación de los fundamentos de la hipótesis planteada: una general con la conceptualización de la sustentabilidad, la revisión de su tridimensionalidad, su ubicación en la litigación climática y la explicación de este *trade-off* o colisión entre sustentabilidad y competencia; y una especial, que según la literatura existente, evidenciará las posturas a favor, intermedias y en contra de una incorporación de la sustentabilidad en la libre competencia. Finalmente, en el Capítulo IV se mostramos la experiencia comparada de los mismos polos de pensamiento del Capítulo II sobre el encuentro entre sustentabilidad y competencia de acuerdo a los avances regulatorios y jurisprudenciales en esta línea que puedan apoyar nuestra hipótesis.

CAPITULO I: EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO: ¿QUÉ DEFIENDE EL DERECHO DE LA LIBRE COMPETENCIA?

La discusión sobre el bien jurídico que pretende tutelar la legislación de libre competencia ha rondado en círculos académicos y jurisprudenciales desde que comenzaron a pensarse las leyes de competencia.

La controversia sobre su objeto de protección ha suscitado innumerables teorías, publicaciones académicas, libros, comentarios de casos, foros, exposiciones, etc; y con justa razón, pues saber el real objetivo de la libre competencia influye de tal manera, como si fuese una cascada aguas abajo, en la calificación de figuras, conductas, operaciones, iniciativas y proyectos futuros dentro de la actividad económica de un país, cuya determinación jurídica y económica condiciona el ejercicio de la libertad económica de una nación.

En otras palabras, saber cuál es el bien jurídico tutelado en la libre competencia significa saber cuáles son las reglas del juego jurídicas y económicas dentro de las cuales los agentes económicos pueden desenvolverse dentro de una economía, para que cada actor, en sus mejores méritos, sea el mejor.

En este contexto, no podemos ahondar en esta discusión sin antes saber de dónde viene el concepto de bien jurídico protegido o tutelado, su cabida dentro de un ordenamiento jurídico y qué tipos de bienes jurídicos han sido desarrollados dentro del derecho de la competencia. En ese mismo orden es que en este capítulo se abordará el concepto de bien jurídico de la libre competencia de la siguiente manera: primero, expondremos como parte de consideraciones preliminares el concepto de bien jurídico propiamente tal y su tratamiento en la libre competencia a nivel comparado; segundo, veremos la aplicación de este concepto dentro del sistema jurídico a través del derecho penal económico o administrativo sancionador, que finalmente lleva a su recepción en la libre competencia; y tercero, revisaremos los principales bienes jurídicos tutelados que históricamente han sido tutelados por la libre competencia entregando una definición de cada uno, su caracterización, implicancias y recepción a nivel comparado dentro de las principales cunas de la política de competencia, EE.UU., la Unión Europea y Chile a nivel latinoamericano.

1.1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES: EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO O “THE GOALS/OBJECTIVES OF COMPETITION LAW”

Si bien la noción del “bien jurídico tutelado” o “bien jurídico protegido” responde a los objetivos e intereses que respaldan el ejercicio del *ius puniendi* estatal (la potestad sancionadora del Estado), esta concepción no ha sido pacífica y es resultado de una serie de discusiones que abordaremos brevemente antes de avanzar al análisis jurídico en sede de libre competencia.

La historia del bien jurídico protegido comienza con la obra de BIRNBAUM, una respuesta a la teoría dominante de Feuerbach que comprendía el delito como una “lesión de derecho”, en un Estado fundado por la sociedad civil dentro de una organización constitucional bajo el sometimiento de una voluntad común, donde a través de leyes se aseguran derechos anteriores a la creación del Estado, siendo el delito la lesión de estos derechos subjetivos que se materializan esencialmente en libertades garantizadas².

BIRNBAUM, en respuesta a esta concepción postula que, la esencia del delito es la lesión a un bien y no un derecho, estos bienes son dados a la persona por la naturaleza o por el resultado de su desarrollo social, lo que desliga de la ley estos derechos pasando a ser valores colectivos, independientes de la víctima, que al poder estatal le interesa proteger³. Es aquí donde nace la concepción de “bienes” jurídicos propiamente tales.

Este concepto se afianza de la forma en la que es conocida en la actualidad con BINDING, quien entiende el delito como “la infracción culpable de la norma contaminada con pena⁴, cuya principal tarea es fundamentar deberes de actuar o de omitir altamente personales de las personas físicas”, por ende, como lesión de un derecho subjetivo, le asiste al Estado mandar y exigir obediencia a través de un “derecho de mandar, sin mayor contenido, apto para exigir la obediencia y ejercer el imperio”⁵.

² Szczeranski, Federico. (2012) «Sobre la evolución del bien jurídico penal: un intento de saltar más allá de la propia sombra». *Política criminal* 7, n.º 14, pp. 378-453.

³ González, Javier. (2020) “*En búsqueda del bien jurídico protegido en la legislación chilena de defensa de la libre competencia*”. Memoria para optar al grado de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Chile, 2020. p. 12.

⁴ Binding, *Handbuch des Strafrechts*, t. 1, 1885, p. 499.

⁵ Binding, Karl. *Die Normen*, t I, 4º ed., p. 96.

Así, por bien jurídico se entiende: “todo lo que en sí mismo no es un derecho pero que, a los ojos del legislador, es de valor como una condición para asegurar la vida sana de la comunidad jurídica, en cuyo mantenimiento incólume y libre de perturbaciones tiene interés desde su punto de vista, lo que trata de lograr a través de las normas que le permiten asegurarlo ante puestas en peligro o lesiones indeseadas”.⁶ Con esta caracterización encontramos que todo bien jurídico dentro de una norma es un aspecto inherente de esta. Sin embargo, dicha característica es problemática en el sentido de que sustenta su dependencia al Estado en los ojos legislativos y su ámbito de protección se acota meramente a lo expresado por la norma.⁷

Teniendo en cuenta la anterior crítica, por parte de Von Liszt surge una nueva teoría que lleva el bien jurídico protegido a una perspectiva social afirmando que los bienes jurídicos son intereses vitales para el individuo y la comunidad, surgidos de la vida, y que es tarea del ordenamiento jurídico protegerlos catalogándolos como “intereses jurídicamente protegidos”; esto quiere decir que, el orden jurídico no crea el interés, sino que son creados por la misma vida, pero es la protección del Derecho la que eleva el interés vital a ser un bien jurídico.⁸

Esta concepción pese a aportar a la conceptualización de bien jurídico, fue fruto de múltiples críticas, debido a que esta idea de *ius puniendi* termina dentro de un Estado liberal árbitro y regulador de la conducta de los individuos, en el cual la decisión de si sancionar o no a un sujeto depende al final de consideraciones políticas según el modelo social imperante⁹, además de haber funcionado como doctrina servil y moldeada a disposición del nazismo sustituyéndose el concepto por otros acordes con la dicha línea de pensamiento en términos tales como “la violación del deber”, “el desvalor de la actitud interna”, la “infidelidad” al Estado o al Derecho, el “sano sentimiento del pueblo”, etc.¹⁰

⁶ Ibid, pp. 353-355.

⁷ González D., Javier. (2020) *Op. Cit.* p. 13.

⁸ Von Liszt, Franz. (1905) *Rechtgut und Handlungsberggriff*. Berlín: Guttentag, p. 223. Traducción de Velázquez; Velásquez, Fernando. (2009). *Derecho penal: parte general* (1a. ed.). Editorial Jurídica de Chile. p. 150.

⁹ Hormazábal, Hernán. (1992). *Bien jurídico y estado social y democrático de derecho : (el objeto protegido por la norma penal)* (2a. ed.). Jurídica Conosur. p. 57.

¹⁰ Von Liszt, Franz. *Op. Cit.*, p. 223. Traducción de Velásquez, *Op. Cit.*, p. 152.

Posterior a la Segunda Guerra, las corrientes del derecho natural recobran fuerza frente a un decaído positivismo y esto se refleja en el debate de bien jurídico protegido surgiendo nuevas corrientes.

El realismo de Welzel concibe el concepto como todo estado social deseable que aquel quiere resguardar de lesiones, siendo una mera pauta interpretativa a partir del presupuesto de que la tarea del derecho penal se restringe a la protección de valores elementales de conciencia, de carácter ético-social y de inclusión de bienes jurídicos particulares.¹¹ Esto permite definir el concepto como: “Un bien vital de la comunidad o del individuo, que por su significación social es protegido jurídicamente (...)”.¹² A su vez, Mayer señala que en realidad lo más importante a proteger en el derecho penal no eran los bienes jurídicos, sino que el “orden moral del pueblo” que comprende dentro de sí la protección de bienes jurídicos.¹³

En los setenta se elaboraron concepciones basadas en la política criminal y que vinculan el bien jurídico con los fines del ordenamiento jurídico, surgiendo dos tipos de tesis: una constitucionalista con un reconocimiento de los bienes jurídicos en la Constitución como cuerpo normativo que contempla la regulación del ejercicio del *ius puniendi* estatal¹⁴, y otra basada en explicar el bien jurídico desde un plano democrático, pero careciendo de límites muy claros¹⁵.

En la actualidad destaca la postura de Roxin, quién basándose en algunas de las teorías anteriores, deriva el concepto de bien jurídico de las tareas que le incumben al derecho penal siendo la principal misión asegurar la convivencia libre y pacífica de los ciudadanos en una sociedad democrática y pluralista que garantice sus derechos fundamentales constitucionalmente protegidos. Desde esta premisa afirma que deben entenderse por bienes

¹¹ Welzel, Hans. *Derecho Penal*, 2º ed, pp. 15 - 16. Traducción de Velásquez, *Op. Cit.*, p. 153.

¹² *Ibid.*

¹³ Mayer, Hellmuth. *Straferecht*, 2º ed., pp. 52 y ss. Traducción por Velasquez, *Op. Cit.* p. 154.

¹⁴ Véase Marx, Michael; (1972) *Zur Definition (...)*, pp. 60 y ss. Bricola, Franco; (1973) *Teoría generale del Reato*, p. 15. El primero define los bienes jurídicos como “aquellos presupuestos que el hombre necesita para su propia autorealización en la vida social” tomando de referencia bienes individuales (vida humana, salud, honor, libertad individual, etc) y bienes de carácter comunitario (salud pública, orden económico, organización estatal, etc) coincidentes con derechos fundamentales a nivel constitucional. El segundo usa la consagración constitucional italiana sobre la aplicación de la sanción penal sólo al haber violación de un bien que al menos goce de valor constitucional relevante.

¹⁵ Véase Amelung, Knut; (1972) *Rechtsguterschutz und Schutz der Gesellschaft*, pp. 286 y 394. Callies, R. P; (1974) *Théorie (...)*, pp. 15 y ss., 87 y ss., 122 y ss., 143 y ss. Jakobs, Günter; (1992) *Straferecht (...)*, pp. 34 y 36; Hassemer, Winfried; (1980) *Theorie (...)*, pp. 193, 221 y ss., y 245.

jurídicos todas aquellas circunstancias dadas o finalidades necesarias para el libre desarrollo del individuo y para la realización de sus derechos fundamentales en el marco de un sistema estatal estructurado sobre la base de esa concepción de los fines¹⁶.

Así también destaca Bacigalupo, que sitúa la noción de bien jurídico dentro de la idea del reduccionismo del Derecho Penal señalando que: “el Derecho Penal moderno (a partir de Binding) se ha desarrollado desde la idea de protección de bienes jurídicos. De acuerdo con ella, el legislador amenaza con pena las acciones que vulneran (o ponen en peligro) determinados intereses de una sociedad determinada. La vida, la libertad, la propiedad (...), son intereses o finalidades de la sociedad que el legislador quiere proteger amenazando a quienes los ataquen con la aplicación de una pena; de esta forma, tales intereses se convierten, a través de su reconocimiento en el orden jurídico positivo, en bienes jurídicos. De la idea de protección de bienes jurídicos se deducen en la teoría límites para el *ius puniendi*, es decir, para el derecho de dictar leyes penales”¹⁷.

En suma, con lo dicho, el bien jurídico es considerado un límite y garantía al ejercicio del Derecho Penal o en sí al ejercicio del *ius puniendi* estatal, frente a valores que socialmente son valiosos para sus códigos de conducta o normas de convivencia, además limitando al legislador en su capacidad de castigo debiendo singularizar un bien jurídico en concreto reconocido o protegido, y no crear uno por sí mismo¹⁸.

Más allá de las diferentes posturas a lo largo de la evolución del concepto de bien jurídico, el debate conceptual continúa, lo que si podemos extraer de la evolución histórica del concepto es el vínculo que tiene con la concepción de sociedad que tengamos y los valores sociales relevantes a proteger por la potestad punitiva del Estado.

Ahora, ¿para qué sirve el bien jurídico protegido y cuál es su relevancia conceptual? Entre las diversas funciones que se le han atribuido en el marco de la teoría del bien jurídico se suele señalar:

¹⁶ Velásquez, Fernando. (2009) *Op. Cit.*, pp. 159 – 160.

¹⁷ Bacigalupo, Enrique. (1999). *Derecho penal. Parte general*. Hammurabi. Pp. 43 – 44.

¹⁸ Espinoza, Idalia. (2022) Evolución histórica de la teoría del bien jurídico penal. *Archivos de Criminología, Seguridad Privada y Criminalística*, Año 10, vol. 19, ISSN: 2007-2023. p. 151.

- a) Función de límite al *ius puniendi* estatal, como una propuesta programática de carácter político criminal exigida al legislador con tal de limitar su actividad en la producción de normas penales que protejan exclusivamente bienes jurídicos.
- b) Función teleológica, en miras a ser un criterio de interpretación de los tipos penales que condicione su sentido y alcance según la finalidad de protección del determinado bien jurídico.
- c) Constituir la esencia del tipo penal especial como exigencia al legislador para dirigir su ámbito de protección a determinados bienes jurídicos.
- d) Función garantista, donde el bien jurídico determine qué y por qué se protege, y al mismo tiempo otorgar la posibilidad de revisar críticamente la norma sancionadora en tanto a su vigencia social o nuevas formas de criminalidad que puedan ser tratadas en la misma materia. Es decir, la teoría del bien jurídico permite la revisión *lege lata* y *lege ferenda* del ordenamiento jurídico con una limitación de carácter material al *ius puniendi* estatal.
- e) Función de legitimidad material de la norma penal como expresión formalizada de control que justifica su uso en un estado democrático¹⁹.

No es baladí la importancia del bien jurídico protegido, pues es un elemento central de cualquier teoría del delito de un Estado democrático de Derecho, resuelve problemas de admisibilidad de la pena, ayuda a evaluar el rango de afectación de un ilícito y la justificación de su castigo, y disminuye la abstracción de la aplicación de principios jurídicos generales.

Vale mencionar que como complemento imprescindible de la teoría del bien jurídico está involucrado el principio de subsidiariedad frente al cual deben preferirse ex ante la operación de mecanismos institucionales a través de la regulación con tal de proteger determinados bienes jurídicos que la sociedad desee del modo más eficaz y respetuoso de la libertad posible²⁰.

Habiendo dotado de contenido el concepto de bien jurídico, para efectos de aterrizar la conceptualización y discusión de bien jurídico protegido en el derecho de la libre

¹⁹ Hormazábal, Hernán. (1992). *Op Cit.*, pp. 9 – 12.

²⁰ Roxin, Claus. (2013) El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen. Munich: *Revista de ciencia penal y criminología*, pp. 6 - 15.

competencia a nivel comparado, se usa el concepto de *the goals/objectives of competition law*, que se refiere a los objetivos, fines o metas económicas, sociales o políticas que persigue la legislación, jurisprudencia o decisiones de la autoridad, que forman en conjunto un estándar de revisión y comportamiento frente a la aplicación del derecho de la competencia.

Los debates de libre competencia comienzan sobre los objetivos o bienes que protege su porción del ordenamiento jurídico, por lo que, dependiendo del bien jurídico que consideremos a tutelar, se desarrollan las respuestas específicas jurídicas-económicas para un determinado caso o situación²¹. Los objetivos, fines o metas, en general, son importantes en esta sede no sólo para determinar si cierta conducta configura una infracción a la normativa de competencia, sino que también para predecir decisiones futuras, decirnos qué argumentos o razones son aceptables y pueden ser efectivas para un caso determinado, justificar en qué caso son consistentes ciertos argumentos y en cuáles no, mostrar el enfoque de quién decide -judicial o administrativamente- en torno al valor que se le da a cierto bien jurídico (o a varios) a nivel institucional, y enviar mensajes al resto de los actores institucionales estatales o particulares sobre el estándar aplicable como una norma de comportamiento que oriente la economía de libre mercado a nivel local e internacional²².

En específico, la importancia del bien jurídico existente detrás de las leyes de competencia se debe al catálogo ejemplar que contemplan las diversas legislaciones sobre conductas anticompetitivas, con tal de entregar certeza jurídica a los agentes económicos en su actuar y generar criterios que guíen el actuar de los organismos institucionales encargados de la tutela de la libre competencia sobre el conocimiento de las prácticas contrarias a esta²³.

Así también, dentro de este rango de discrecionalidad por parte de la autoridad, estos bienes jurídicos definen las prioridades de política pública de una determinada agencia de

²¹ Bork, Robert H. (1978) *The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself*. Basic Books Inc. Publishers, Nueva York, p. 50.

²² Gerber, David J. (2020) “The Goals and Uses of Competition Law”, en *Competition Law and Antitrust*, Clarendon Law Series, Oxford Academic. <https://doi.org/10.1093/oso/9780198727477.003.0003>.

²³ Agüero, Francisco. (2004) Nuevos elementos para el debate sobre el bien jurídico libre competencia. Publicado en *Boletín Latinoamericano de Competencia*, N°19, pp. 124 – 133.

competencia, pudiendo influir o asistir en la jurisprudencia y el uso de estándares por parte de los tribunales para asegurar cierto resultado alineado con el bien escogido²⁴.

Así también, el uso de un bien jurídico determinado aumenta la transparencia y facilita el debate razonado con el fin de explicitar los fundamentos de una determinada sentencia. En cualquier jurisdicción con múltiples organismos de control –ya sean administrativos o judiciales- definir los objetivos o estándares a usar asegura que las autoridades de libre competencia (y de otras áreas) estén coordinadas entre sí sobre los criterios a usar en la aplicación, fiscalización y cumplimiento de la ley, evitando situaciones donde un órgano persiga la consecución de un bien jurídico y otra sobre uno diferente²⁵.

1.2. APLICACIÓN DEL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO AL DERECHO PENAL ECONÓMICO Y ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

La institucionalidad de libre competencia a nivel comparado puede circunscribirse dentro de tres tipos de modelo de diseño institucional: un modelo de agencia administrativa (de tipo contencioso administrativo como el caso europeo), un modelo de tribunal ordinario (caso estadounidense) y un modelo binario (donde conviven una agencia administrativa junto a un tribunal especial, el caso chileno). Sea cual sea el diseño institucional aplicable, todos convergen en el uso del *ius puniendi* estatal con el cual se hace efectivo el *enforcement* de la libre competencia como política pública por parte de la administración o el sistema de justicia. El ejercicio de esta forma de control estatal sobre la economía se efectúa a través del Derecho Público Económico con aristas penales –Derecho Penal Económico- y administrativas –Derecho Administrativo Sancionador-, dependiendo del ilícito y la determinación de su pena.

En EE. UU. el ejercicio de esta forma de control a nivel estatal ocurre desde una óptica persecutoria judicial donde tanto la Federal Trade Commission como la División Antitrust del Departamento de Justicia persiguen el cumplimiento de la normativa de forma complementaria, desde un control administrativo frente a la primera institución -apelable ante

²⁴ Stucke, Maurice E. (2011) Reconsidering Antitrust's Goals. *Boston College Law Review*, Vol. 53, University of Tennessee Legal Studies Research Paper No. 163, p. 558.

²⁵ *Ibid.*

la justicia ordinaria- y desde un control criminal por parte de la segunda²⁶. Para la Unión Europea, el encargado principal de velar por el cumplimiento de la normativa de libre competencia es la Comisión Europea, que mediante un proceso administrativo sancionatorio es responsable de investigar los hechos pertinentes de un caso, iniciar acciones al evidenciar infracciones, e imponer multas, que en caso de ser reclamadas son llevadas hasta el Tribunal de Primera Instancia y posteriormente apeladas en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.²⁷ Mientras tanto en Chile, ocurre una situación mixta donde la Fiscalía Nacional Económica investiga posibles infracciones a la normativa y el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia decide si sanciona, aplica remedios, o no, junto con un control superior por parte de la Corte Suprema.

Es en el contexto anteriormente planteado que surge la pregunta: ¿por qué traer categorías y conceptos propios del Derecho Penal, como es el bien jurídico tutelado, a un ámbito administrativo de libre competencia?

La combinación de estos tres elementos se refleja en un Derecho Penal Económico cuya rama está dedicada al estudio de los delitos que lesionan la confianza en el orden económico vigente, con carácter general o en alguna de sus instituciones, al poner en peligro la propia existencia y las formas de actividad de ese orden económico, es decir, la potestad reguladora del Estado en la economía y las consecuencias jurídicas que las leyes prevén para sus autores²⁸. En particular, sobre la afectación al bien jurídico que comprende la lesión a estas normas, de acuerdo a TIEDEMANN, “el delito económico consiste en un comportamiento realizado por un agente económico con infracción de la confianza que le ha sido socialmente depositada y que afecta a un interés individual -un bien jurídico patrimonial individual- y pone en peligro el equilibrio del orden económico -un bien jurídico supraindividual-“²⁹. Así, lo que ocurre para el caso de estos delitos o infracciones, es que se lesiona un bien jurídico individual (el patrimonio) y al mismo tiempo uno supraindividual (el orden económico), todo a través de una sumatoria de bienes jurídicos que gran parte de la doctrina respalda bajo la

²⁶ Federal Trade Commission. (2013) “*The Enforcers*”.

²⁷ Romanoff, Tom. (2021) “*Comparison of Competition Law and Policy in the US, EU, UK, China, and Canada*”, Bipartisan Policy Center.

²⁸ H. Otto. (1972) “Reschtgutsbegriff und Delikstarbestand”, en *Straftech-tdogmatil un Kriminalpolitik*, Carl H. Verlag, Kolin, p. 72.

²⁹ Tiedemann, Klaus. (2000) “Derecho penal económico: introducción y panorama” en *Derecho Penal y nuevas formas de criminalidad*, trad. Manuel Abanto Vázquez, 1° ed., Idemsa, Lima, 2000. Pp. 16 y ss.

razón de ser inevitable extenderlas hacia esta rama con tal de calificar si estamos en presencia de un delito económico³⁰.

Teniendo de referencia la situación penal de un injusto económico, es que la transición de categorías desde un ámbito penal -propriadamente tal- hacia uno administrativo tiene sus raíces en dos principales escuelas doctrinarias y sus perspectivas sobre el rol del bien jurídico: la Escuela Cualitativa y la Escuela Cuantitativa.

Por una parte, desde la Escuela Cualitativa, se plantea que tanto los injustos materiales como los ilícitos de bagatela coinciden formalmente en las categorías de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, pero se diferencian en la lesión involucrada, siendo la de un delito judicial una dirigida a un bien jurídico, mientras que la administrativa hacia una mera desobediencia, por lo que, el Derecho penal sería competente para sancionar aquellas conductas que solamente lesionen la existencia y el mantenimiento del orden económico³¹.

Por otra parte, desde la Escuela Cuantitativa, se constata la existencia de un núcleo común y compartido entre ambas ramas, dado por la creación de normas jurídicas cuyo fin es evitar la lesión a un bien jurídico determinado, que meramente es diferenciado por el grado del menoscabo involucrado. Es decir, en el área penal la afectación tendrá un carácter riguroso desde bienes jurídicos cuyo objeto de protección es esencial para la sociedad, en cambio, desde la administración, esta afectación radica en la estructura y organización del Estado en contextos valorativos, generales y difusos³². En síntesis, la principal distinción entre un delito penal y uno administrativo sería “una cuestión de grados y no de diversa naturaleza jurídica”³³.

Adhiriendo a esta última teoría, también parte importante de la doctrina justifica que la mantención de una potestad punitiva desde la Administración responde a una “necesidad creciente, frente a un aparato judicial cuya capacidad se encuentra superada para asegurar

³⁰ Cervini, Raúl. (2010) Aproximación conceptual integrada al Derecho Penal Económico, en *Derecho penal económico*, Rubinska, R. M., & Schurjin Almenar, D; Marcial Pons, pp. 34 – 42.

³¹ Ríos, Rodrigo. (2010) Injusto monopolístico. Entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo Sancionador, en *Revista Derecho y Humanidades*, n°16 vol. 1, pp. 173 – 186.

³² *Ibid*, p. 176.

³³ Valdés, Domingo. (2006) *Libre competencia y monopolio* (1a. ed.). Editorial Jurídica de Chile. P. 217.

una adecuación oportuna de los poderes públicos frente a las conductas que se desencadenan al interior de la sociedad”³⁴.

Desde un punto de vista cuantitativo frente al derecho de la libre competencia, esta rama forma parte de normas jurídicas que a la sociedad les interesa tutelar a través de la persecución de la protección de un bien jurídico; no obstante, la forma de protección elegida -sea penal o administrativa- dependerá de la tolerancia social a esta clase de materias y del tipo de conductas que sean catalogadas como absolutamente reprochables o que admitan cierto rango de razonabilidad en su justificación frente a la sociedad dentro de alguno de los bienes jurídicos posibles que se busque salvaguardar³⁵. De esta manera, una conducta económica será reprochable jurídicamente dependiendo del estándar aplicable; es decir, a modo de ejemplo, la evaluación de una conducta y su perjuicio social no será la misma desde una visión del bienestar del consumidor que si se compara con un estándar de protección de la competencia, u otro a tutelar.

La cuestión sobre la conexión de categorías entre el Derecho Penal Económico y Administrativo Sancionatorio para efectos de la legislación de competencia se contesta sintéticamente con los siguientes argumentos: tanto el derecho penal como el administrativo sancionador son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado en una comunidad de principios y reglas; las definiciones de las infracciones administrativas requieren de los mismos elementos de la definición de los delitos; la inevitable colaboración necesaria en materia económica por los bienes jurídicos colectivos involucrados en el ámbito tanto administrativo como penal y la colusión como punto de encuentro entre el derecho penal y la libre competencia (sancionatorio administrativo); y el estándar probatorio en sede de libre competencia.

Primero, existe una comunión derivada del ejercicio punitivo del Estado entre el Derecho Penal y el Administrativo Sancionador, las cuales se pueden reconocer a través de principios y reglas generales comunes en una comunicación entre la represión judicial penal y la administrativa. No es estrictamente trasladar principios y reglas del Derecho Penal al

³⁴ Cordero, Eduardo (2012). «El derecho administrativo sancionador y su relación con el derecho penal». *Revista de Derecho (Universidad Austral)*, 25 (2), pp.131 - 157.

³⁵ Ríos, Rodrigo. (2010) Injusto monopólico. Entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo Sancionador, en *Revista Derecho y Humanidades*, n°16 vol. 1, pp. 173 – 186. P. 179.

Derecho Administrativo Sancionador, sino que encontrar principios comunes por inducción de ambos sectores del ordenamiento³⁶ (principio de legalidad, proporcionalidad, debido proceso, *non bis in ídem*, irretroactividad, entre otras). Considerando la doctrina penal de las últimas décadas, el Derecho Penal está llamado a ser de *última ratio legis*, de último recurso, aplicable sólo si es ineludible con la protección subsidiaria de bienes jurídicos cuando no hubiese otro medio de reacción menos grave, y como posible alternativa estaría, entre otros mecanismos, el Derecho Administrativo Sancionador; y es en esta misma línea que se limita a proteger bienes jurídicos individuales y nucleares como la vida, la salud, la libertad sexual y el patrimonio, excluyendo a los de carácter colectivo relegándolos al alternativas administrativas³⁷. En este sentido, dada la deficiente regulación característica del derecho administrativo sancionador aplican analógicamente las disposiciones del derecho penal, cuyas garantías operan como freno a la expansión sancionatoria³⁸.

A modo de ejemplo, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en la institucionalidad chilena separa el órgano persecutor del tribunal propiamente tal, en sus procedimientos contenciosos, respeta el debido proceso con tal de asegurar una decisión imparcial protegiendo los derechos de los requeridos en sede de libre competencia, de manera análoga a como lo hacen los juzgados y tribunales con competencia en lo penal³⁹.

Segundo, las sanciones administrativas no existen sólo por una cuestión de carácter histórico que explica su existencia, sino que están con el objeto de asegurar una intervención oportuna y eficaz de los órganos del Estado mediante la Administración frente a los riesgos y peligros que conlleva una sociedad más compleja⁴⁰. En este sentido, la definición de delito se da con

³⁶ Rebollo Puig, Izquierdo Carrasco, M., Alarcón Sotomayor, L., & Bueno Armijo, A. M. (2009). Derecho administrativo sancionador (1a. ed.). Lex Nova. Pp. 49 – 51.

³⁷ Véanse: Roxin, Claus (2006), *Derecho Penal. Parte General*, tomo I (traducción de la 2.ª ed. alemana y notas por Luzón Peña, Díaz y García Conlledo, y de Vicente Remensal), Civitas, Madrid, pp. 65-66; Roxin, Claus, (1976) *Problemas básicos del Derecho penal*, Reus, Madrid, pp. 20-23; y Jakobs, Günther, (1997), *Derecho Penal. Parte general*, 2.ª ed. (traducción por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo), Marcial Pons, Madrid, pp. 60-61.

³⁸ Regis, Lorena. (2010) Derecho administrativo sancionador (parte general): Teoría general y práctica del derecho penal administrativo. *Boletín mexicano de derecho comparado*, 43(127), pp. 411-419.

³⁹ Ried, Santiago. “El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia como garante del debido proceso de los particulares frente a la Fiscalía Nacional Económica. Una función a veces olvidada”. (2020) CentroCompetencia, Universidad Adolfo Ibáñez. Santiago, Chile, p. 2.

⁴⁰ Cordero, Eduardo. «El derecho administrativo sancionador y su relación con el Derecho penal». *Revista de derecho (Valdivia)* 25, n.º 2 (diciembre de 2012): pp. 131-157.

las mismas categorías y garantías del derecho penal, es decir, bajo una conducta típica antijurídica y culpable⁴¹.

Tercero, en cuanto a los bienes jurídicos protegidos, tal como se mencionó, ambas sedes juegan un rol en la tutela de estos ya sea a nivel individual o colectivo. En este sentido, la teoría del bien jurídico en gran parte se fundamenta en valores sociales que al derecho le interesa proteger. Así, el funcionamiento de la sociedad debe promover positivamente el desarrollo de las personas y sus relaciones, protegiendo bienes micro sociales y aquellos no directamente ligados a ellos⁴². De aquí que, finalmente, ámbitos tanto penales como administrativos abarquen bienes colectivos que se relacionan con bienes individuales; por ejemplo: de la protección colectiva por el medioambiente deriva una preocupación por la salud individual de las personas⁴³. Esto cobra especial relevancia al hablar sobre el orden económico puesto que precisamente en ilícitos que afectan bienes colectivos existen implícitamente afectaciones a bienes individuales, lo que termina según el caso en una convergencia de las sedes administrativas y penales. Este mismo encuentro finalmente hace imperiosa la colaboración entre ambas sedes en miras a determinar un injusto, por el uso de categorías y estándares -determinar un hecho típico antijurídico y culpable- y para la obtención de mejores habilidades frente al análisis de prueba económica.

El ejemplo clásico de lo anterior está en el delito de colusión, que en varias legislaciones conlleva sanciones penales y/o administrativas para los responsables⁴⁴, en el cual confluyen un bien colectivo de protección a la libre competencia en los mercados puesto que se afectan variables esenciales que desvían la incertidumbre propia de la competencia y al mismo tiempo una afectación individual al patrimonio de las personas al distorsionar los precios de venta de un producto determinado resultando en costos mayores que un precio en equilibrio.

En este sentido, la misma colusión opera como ejemplo de la comunicación de ambos mundos y la necesidad del uso de las categorías penales en el derecho administrativo

⁴¹ Rebollo Puig, Izquierdo Carrasco, M., Alarcón Sotomayor, L., & Bueno Armijo, A. M. (2009). *Derecho administrativo sancionador* (1a. ed.). Lex Nova. p. 52.

⁴² BUSTOS, Juan. *Perspectivas actuales del derecho penal económico*. Santiago: Gaceta Jurídica. 1991. p. 7.

⁴³ *Ibid*, p. 8.

⁴⁴ En EE. UU. se sanciona con multas y penas de cárcel para ejecutivos con un máximo de 10 años; en la Unión Europea sólo se sanciona con multas; en Austria, Francia e Irlanda se sanciona con multas y penas de cárcel; en el Reino Unido y Australia, multas, penas de cárcel e inhabilidad para ejercer como director de una empresa; y en Chile con cárcel e inhabilitación para ejercer ciertos cargos.

sancionador, puesto que como cualquier injusto requiere de un procedimiento, garantías, sanciones y la tutela de un bien jurídico –en este caso colectivo- que fundamenten su imputación y existencia. Y esto no sólo es aplicable para la colusión en particular, sino que se hace extensible a cualquier ilícito anticompetitivo cuya configuración –aún en sede administrativa- sigue afectando bienes jurídicos tanto individuales como colectivos esenciales para que sean sancionables.

Y cuarto, el estándar probatorio usado en libre competencia en sede sancionatoria, si bien no responde a la misma lógica de encontrar una “duda más allá de lo razonable” debido a las razones prácticas frente a incurrir en errores tipo I o tipo II y de la dificultad probatoria de los diversas conductas coordinadas o unilaterales, existe una preocupación final de atender a un principio de justicia retributiva propio del Derecho Penal, que si bien en su elección responde a un criterio político de distribución de riesgos, errores y exigencia en la fundamentación, para este campo se aleja de un estándar propiamente civil de preponderancia de la evidencia, sino que se sitúa entre una prueba clara y contundente o una duda más allá de lo razonable⁴⁵.

1.3. BIENES JURÍDICOS HISTÓRICAMENTE TUTELADOS POR LA LIBRE COMPETENCIA

Habiendo explicado las bases conceptuales que sustentan el concepto de bien jurídico y su homologación en el marco institucional del Derecho de Defensa de la Libre Competencia, vale preguntarse: ¿Cuál es el bien jurídico en la libre competencia? La interrogante que nos planteamos recae sobre el objeto de protección de la legislación de competencia, el que depende de los valores sociales que cada jurisdicción pretenda tutelar.

A continuación, realizaremos un repaso por algunos de los bienes jurídicos más significativos para el derecho de la competencia a lo largo de su historia, centrando el análisis de cada bien en la delimitación de su concepto, sus influencias, sus características, y su evolución a nivel comparado en EE.UU., la Unión Europea y Chile. Los bienes por revisar serán: el bienestar

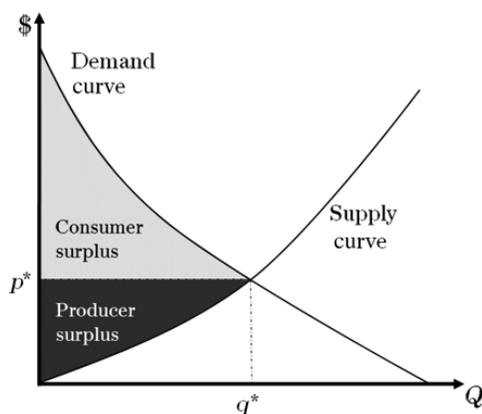
⁴⁵ Hamilton, María. (2018) “Estándar probatorio en los procesos sancionatorios en Libre Competencia, y rol de la Corte Suprema”. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Procesal. Santiago, Chile. Pp. 52 – 55.

del consumidor, la eficiencia económica, el bienestar general, la libertad económica o para competir y la protección de la competencia o tutela del proceso competitivo.

1.3.1. BIENESTAR DEL CONSUMIDOR: EL BIEN JURÍDICO PREDILECTO

El bienestar de los consumidores o *consumer welfare/choice* como concepto es esencialmente económico, pero jurídicamente en el derecho de competencia sigue siendo sujeto a debate.

En términos económicos, el “bienestar del consumidor” significa el bienestar del comprador, es decir, los beneficios que un comprador obtiene del consumo de bienes y servicios en un determinado mercado relevante donde quienes compran son consumidores. Desde una perspectiva microeconómica, visto en la curva de Marshall que considera la demanda de los consumidores, precios, preferencias y variables exógenas, el bienestar del consumidor es igual al excedente del consumidor –o *consumer surplus* en el gráfico- que es la diferencia entre la disposición a pagar del comprador por un bien y la cantidad pagada efectivamente por el bien en cuestión.⁴⁶



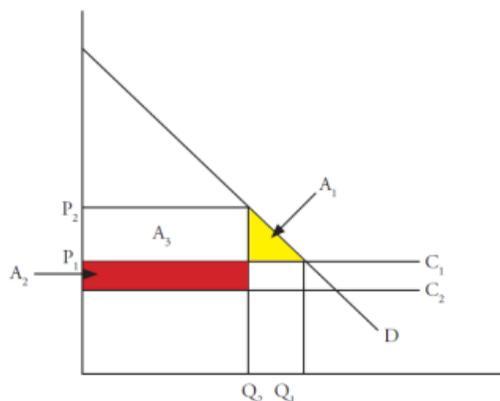
Fuente: Orbach, Barak. El excedente del consumidor, según Marshall⁴⁷.

Más en particular, respecto del bienestar del consumidor, se refleja en el modelo Williamson-Bork la pregunta central de este estándar: frente a una conducta u operación, ¿las eficiencias

⁴⁶ Orbach, Barak Y. (2011) «The Antitrust Consumer Welfare Paradox». *Journal of Competition Law & Economics* 7, n.º 1, pp. 133-164.

⁴⁷ Ibid.

generadas pueden compensar las pérdidas a la competencia?⁴⁸ El siguiente gráfico muestra un mercado competitivo previo a una operación de concentración, joint venture, o cualquier otra práctica que al mismo tiempo produce poder de mercado y ahorros en costos:



Fuente: Hovenkamp, Herbert. Modelo de Williamson⁴⁹.

Previo a una práctica determinada, el mercado era competitivo, con un precio (P_1) equivalente a un costo (C_1). Esta práctica generó dos efectos simultáneos: primero, creó poder de mercado permitiendo a los agentes subir sus precios a P_2 ; y segundo, produjo eficiencias facilitando una reducción de costos a C_2 , además de la reducción en producción de Q_1 a Q_2 . En la figura, el triángulo A_1 es la pérdida de eficiencia o “*peso muerto*”, ocasionada por el alza de precios y derivada de la reducción de producción, la que puede generarse cuando un agente puede elevar sus precios del precio de equilibrio, conllevando que menos consumidores puedan adquirir un determinado bien o servicio; esta pérdida de excedente del consumidor era la principal preocupación objeto de la fundación de este estándar⁵⁰. En contraste, el rectángulo A_2 representa las eficiencias productivas generadas. El rectángulo A_3 mide el alza de precios a pagar por los consumidores, en otros términos, la representación de las pérdidas hacia los consumidores que precisamente son compensadas por las ganancias del productor o también llamado el nuevo nivel de excedente del productor.

⁴⁸ Hovenkamp, Herbert J.; Scott Morton, Fiona. (2023) "The Life of Antitrust's Consumer Welfare Model". *All Faculty Scholarship*. 2935, p. 103.

⁴⁹ *Ibid*, p. 105.

⁵⁰ Ashton, Fred. (2022) «Why the Consumer Welfare Standard Is the Backbone of Antitrust Policy». American Action Forum, Insight.

Entonces incluso si esta operación incrementa los precios, es eficiente si el rectángulo A_2 es más grande que el triángulo A_1 ⁵¹.

Sin embargo, esta concepción económica no ha estado exenta de críticas referidas a su aplicación con los supuestos hechos en estos modelos, preferencias sin influencias externas e independientes que la economía del comportamiento ha dicho que no son invariables, y que estos análisis contienen parcialidad puesto que ignoran potenciales externalidades y efectos que pueden afectar en otros mercados en materias de costos de producción y rendimiento de recursos de libre acceso⁵².

En términos jurídicos simples, el bienestar del consumidor es el estándar que busca maximizar el bienestar del consumidor, en tanto los consumidores son los destinatarios finales afectados por los mercados. Bajo este estándar una conducta que disminuya la competencia pero que la compense con suficientes eficiencias, en algunas circunstancias, podría ser tolerable si los precios no subieran. No obstante, el bienestar del consumidor no sólo se preocupa de precios bajos, sino que también puede abordar factores de calidad, rangos, servicios, e innovación⁵³.

Pese a la definición formulada, la delimitación de este estándar no ha sido un tema pacífico, y su entendimiento y alcance sigue siendo objeto de lato debate y controversia a nivel dogmático.

Para comenzar, quien introdujo el término de “bienestar del consumidor” fue ROBERT H. BORK, seguidor de la Escuela de Chicago, señalando que el único objetivo legítimo de las leyes antitrust americanas es la maximización del bienestar del consumidor⁵⁴. Este bienestar lo definen los consumidores en el mercado a través de la expresión de sus necesidades sobre las cosas que valoran como riqueza, por ende, la libre competencia viene con un sistema de preferencias para la prosperidad material⁵⁵. El rol de la competencia está en aquella zona del

⁵¹ Hovenkamp, Herbert J. (2019) Is Antitrust's Consumer Welfare Principle Imperiled? *Journal of Corporation Law*, Vol. 45, p. 101, 2019, U of Penn, Inst for Law & Econ Research Paper No. 18-15, p. 104 – 106.

⁵² OECD. (2023) *The Consumer Welfare Standard - Advantages and Disadvantages Compared to Alternative Standards*. OECD Competition Policy Roundtable Background Note, p. 11 – 12.

⁵³ Ibid.

⁵⁴ Bork, Robert H. (1978), *The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself*. Basic Books Inc. Publishers, Nueva York, p. 51.

⁵⁵ Ibid, p. 90.

proceso económico donde la producción y la distribución de bienes y servicios se organizan de acuerdo a la escala de valores que los consumidores eligen según su disposición de compra, por ende, la misión de la ley es preservar, mejorar y prevalecer mecanismos económicos poderosos que compelen a los negocios a responder ante los consumidores.⁵⁶ De esta manera, BORK afirma que las leyes de competencia promueven la eficiencia, esto con la suma de dos factores que se conjugan entre sí para generar el bienestar del consumidor, la eficiencia asignativa y productiva, ambas juntas determinando la eficiencia total que define el nivel de riqueza en la sociedad, o mejor dicho, el bienestar del consumidor⁵⁷.

Si bien el trabajo de BORK dio un marco conceptual a la definición de bienestar del consumidor, por años ha sido reconocida la confusión conceptual en la que cae, pues bajo el razonamiento de su obra su análisis no permite apoyar la conclusión de que el objetivo de la legislación de competencia es el bienestar del consumidor. Al escribir sobre bienestar del consumidor, delineando su definición basada en “la maximización de la riqueza o la satisfacción del consumidor” y apoyándose en la historia legislativa de la Sherman Act, académicos señalan que en realidad se refería a los conceptos de “eficiencia” y “riqueza social”, lo que sin siquiera empezar a definir el concepto es una desviación de lo que es el bienestar del consumidor⁵⁸. La conexión conceptual más bien radicaba en el argumento de que la eficiencia promovía el bienestar del consumidor, ya que el espíritu del legislador recaía en que la ley de competencia no interfiriera con la eficiencia⁵⁹. Llevando esta mirada a los bienes de la legislación antitrust es que señala Bork que “el estatuto existente puede ser legítimamente interpretado sólo de acuerdo a los cánones del bienestar del consumidor, definido como la minimización de restricciones de rendimiento y la aceptación de la eficiencia, de manera que sean adquiridas y puedan explotarse”⁶⁰; es precisamente aquí donde se demuestra la confusión conceptual, pues claramente está definiendo bienestar del

⁵⁶ Ibid, p. 91.

⁵⁷ Ibid.

⁵⁸ Barak Y. Orbach, THE ANTITRUST CONSUMER WELFARE PARADOX, *Journal of Competition Law & Economics*, Volume 7, Issue 1, March 2011, pp. 133–164

⁵⁹ Bork, Robert H. (1978) *The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself*. Basic Books Inc., Publishers, Nueva York, p. 26.

⁶⁰ Bork, Robert H. (1967) *The Goals of Antitrust Policy*, 57 *AM. ECON. REV.* 242 (1967) [Traducción libre]

consumidor con eficiencia asignativa e incluso bienestar general, faltando una diferenciación entre ambos conceptos con tal de evitar una posible contradicción entre estos⁶¹.

POSNER, destacado juez y teórico del análisis económico del derecho, mirada que reflejó en su labor jurisdiccional sobre casos de libre competencia, no define en sí qué es el bienestar del consumidor, pero si lo describe como “la estrella polar que debe guiar la aplicación contemporánea de las leyes de competencia”⁶² y “una limitación constructiva al rango de objetivos del derecho de la competencia”⁶³ bajo la idea de que protegiendo el bienestar del consumidor se preservaría la competencia⁶⁴.

LANDE, defensor del estándar de bienestar del consumidor, señala que es “el estado de negocios donde el consumidor tiene el poder de definir sus propias necesidades y la habilidad de satisfacer esas necesidades a precios competitivos”⁶⁵. Así mismo, entiende una infracción a la legislación antitrust como “una actividad que irracionalmente distorsiona o restringe las opciones que sin aquellas estarían disponibles para los consumidores”⁶⁶. En esta misma línea, postula que hay que entender el concepto más allá de la mera fijación del precio pues, pese a ser seguidamente el factor más importante a proteger, igualmente lo son la variedad, calidad e innovación en los productos; al final la preocupación central es que el consumidor pueda escoger. La aplicación de esta premisa sostiene su validez en su expresión judicial en casos de monopolización, intentos de monopolización, acuerdos entre competidores, fusiones verticales, restricciones verticales, negativas a contratar y ventas atadas⁶⁷.

HOVENKAMP desde una definición más genérica y moderna de bienestar del consumidor lo ve como “un principio que favorece aquellos intereses, incluyendo los de los consumidores, trabajadores y otros abastecedores, que se benefician de un rendimiento mayor, y que

⁶¹ Barak Y. Orbach, THE ANTITRUST CONSUMER WELFARE PARADOX, *Journal of Competition Law & Economics*, Volume 7, Issue 1, March 2011, pp. 133–164.

⁶² Hospital Corp. of America v. FTC, 807 F.2d 1381, 1386 (7th Cir. 1986). [Traducción libre]

⁶³ Santangelo, Jerry M. (1983) Changing Configurations of Antitrust Law: Judge Posner's Applications of His Economic Analysis to Antitrust Doctrine, 32 *DePaul L. Rev.* 839, p. 881. [Traducción libre]

⁶⁴ Véase Omega Satellite Prods. Co. v. City of Indianapolis, 694 F.2d 119, 127 (7th Cir. 1982); Marrese v. American Academy of Orthopaedic Surgeons, 692 F.2d 1083, 1095 (7th Cir. 1982); Products Liab. Ins. Co. v. Crum & Forster Ins. Co., 682 F.2d 660, 663-64 (7th Cir. 1982); Valley Liquors, Inc. v. Renfield Importers, Ltd., 678 F.2d 742, 745 (7th Cir. 1982).

⁶⁵ Lande, Robert. (2001) Consumer Choice as the Ultimate goal of Antitrust. Pittsburgh: *University of Pittsburgh Law Review*. Vol. 62., p. 503. [Traducción libre]

⁶⁶ Ibid, p. 525. [Traducción libre]

⁶⁷ Ibid, pp. 509 – 510.

desfavorece a aquellos que ganan desde una producción reducida, incluso si esos que se ven beneficiados de reducir rendimiento ganan más que los perdedores pierden”⁶⁸. En este sentido, este principio redistribuye una cierta cantidad de riqueza fuera de los productores hacia los consumidores⁶⁹. Así, el objetivo general de este estándar es empoderar a los mercados en producción, rendimientos o resultados, medidos en calidad, cualidad, o innovación, lo más posible de manera consistente con una competencia sustentable⁷⁰ lo que ocurre en un mercado competitivo cuando los precios son iguales al costo marginal; desde esta óptica este bienestar se valora según el rendimiento hacia el interés del consumidor en precios bajos y también en mercados que produzcan una gran variedad de bienes y servicios como la competencia pueda ofrecer⁷¹, la protección de intermediarios en toda la cadena de distribución pues altos rendimientos tienen a beneficiarlos, la protección de la labor competitiva y otros mercados de proveedores, y la maximización de resultados consistente con la productividad económica o medidas de crecimiento económico (como criterio recientemente agregado)⁷².

SHAPIRO reconoce al estándar de bienestar del consumidor como una forma de hacer operativo el objetivo de promover la competencia, por ende, el término significa que una práctica de negocios será juzgada por ser anticompetitiva si perturba el proceso competitivo y daña a las partes en algún otro lado del mercado, definición aplicable a análisis de carteles, conducta exclusoria por parte de empresas dominantes y fusiones⁷³.

La jurisprudencia de bienestar del consumidor, que fue concebida en sus bases doctrinarias alrededor de los años 60’, fue crecientemente adoptada en cortes federales a mitad de los 70’ en adelante, y desde ese entonces se volvió una doctrina incuestionable en la libre

⁶⁸ Hovenkamp, Herbert J. (2019) Is Antitrust's Consumer Welfare Principle Imperiled? *Journal of Corporation Law*, Vol. 45, p. 101, 2019, U of Penn, Inst for Law & Econ Research Paper No. 18-15, pp. 66 – 68. [Traducción Libre]

⁶⁹ Ibid.

⁷⁰ Ibid.

⁷¹ Hovenkamp, Herbert J. (2020) "Antitrust: What Counts as Consumer Welfare?". All Faculty Scholarship. 2194. https://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/2194 pp. 2 – 4.

⁷² Hovenkamp, Herbert J. (2020) On the Meaning of Antitrust's Consumer Welfare Principle. *Revue Concurrentialiste*, U of Penn, Inst for Law & Econ Research Paper No. 20-16, p. 4.

⁷³ Shapiro, Carl. (2017) “The Consumer Welfare Standard in Antitrust: Outdated, or a Harbor in a Sea of Doubt?” Opening Statement of Professor Carl Shapiro, Senate Judiciary Committee: Subcommittee on Antitrust, Consumer Protection and Consumer Rights.

competencia americana.⁷⁴ La implementación de las ideas de Bork sobre el bienestar del consumidor se presentó en varios precedentes donde se repetía la idea que “el Congreso diseñó la Sherman Act como un mandato para el bienestar del consumidor”⁷⁵, sin embargo sin definirlo expresamente hasta *National Collegiate Athletic Association v. Board of Regents of University of Oklahoma* al señalar que: “una restricción que tiene el efecto de reducir la importancia de la preferencia del consumidor en la fijación del precio y producción no es consistente con este objetivo fundamental de la legislación antitrust”; con destacar un posible contraste entre las preferencias de los consumidores y producción donde la primera prevalece, la Corte implícitamente (y quizás sin intención) rechazó cualquier aceptación de incluir un bien basado en teorías de bienestar general o defensas sobre trade-offs de bienestar para fusiones.⁷⁶

La caracterización más directa de la jurisprudencia de bienestar del consumidor americana está en el siguiente paraje del caso *Rebel Oil Co., Inc. v. Atlantic Richfield Co.*:

“La competencia consiste en la rivalidad entre los competidores. (...) Por supuesto, una conducta que elimina a los rivales reduce la competencia. Pero la reducción de la competencia no invoca a la Sherman Act hasta que daña el bienestar del consumidor. (...) *ver Reiter v. Sonotone Corp., 442 U.S. 330, 343 ... (1979)* (El Congreso diseñó la Sherman Act como un “mandato para el bienestar del consumidor”) (citando a Robert H. Bork, *The Antitrust Paradox* 66 (1978))⁷⁷. El bienestar del consumidor es maximizado cuando los recursos económicos están distribuidos a su mejor uso. (...) Cuando los consumidores se les asegura un precio competitivo y calidad. (...) En consecuencia, un acto es considerado anticompetitivo bajo la Sherman Act sólo cuando daña la eficiencia alcativa y aumenta los precios de los bienes sobre niveles competitivos o disminuye su calidad.”⁷⁸

⁷⁴ Markham, William. (2021) How the Consumer-Welfare Standard Transformed Classical Antitrust Law. *Journal of the Antitrust and Competition Law Section of the California Lawyers Association*, Fall Issue, p. 1.

⁷⁵ *Reiter v. Sonotone Corp.*, 442 U.S. 330 (1979) n°343; *Arizona v. Maricopa County Medical Society*, 457 U.S. 332 (1982), n°367; *NCAA v. Board of Regents of University of Oklahoma*, 468 U.S. 85 (1984), n°107.

⁷⁶ Barak Y. Orbach. (2011) THE ANTITRUST CONSUMER WELFARE PARADOX, *Journal of Competition Law & Economics*, Volume 7, Issue 1, pp. 133–164.

⁷⁷ *Supra*, nota 75.

⁷⁸ *Rebel Oil Co., Inc. v. Atlantic Richfield Co.*, 51 F.3d 1421 (9th Cir. 1995) [Traducción libre]; Markham, William. *Op cit.*, p. 47.

El caso emblema de este paradigma es *United States v. Microsoft*, con los argumentos del juez Jackson en la Corte del Distrito de Columbia, quien sostuvo en su análisis anticompetitivo que Microsoft usaba su poder de monopólico ilegalmente en el mercado de los sistemas operativos para computadores personales erigiendo barreras de entrada a aplicaciones de otros desarrolladores y atando su buscador Internet Explorer al sistema operativo, de tal manera que desinstalando este navegador se afectaba el funcionamiento del software completo, infringiendo las secciones 1 y 2 de la *Sherman Act*⁷⁹. La lógica bajo la cual se concibe la decisión del juez Jackson demuestra que la elección del consumidor fue parte esencial de su veredicto, pues las acciones de Microsoft interferían con la capacidad de elección de los consumidores sobre aplicaciones dentro del sistema operativo como resultado de una deliberada e intencionada decisión de no separar Windows 98 de Internet Explorer para suprimir cualquier competencia potencial, y que tampoco derivaba de necesidades técnicas o eficiencias⁸⁰.

En la Unión Europea, el debate sobre bienestar del consumidor no es tan predominante, pese a que desde la modernización se ha entendido como el último objetivo de la legislación europea, pero tratándolo desde una perspectiva de redistribución, es decir, bajo la revisión de si el bienestar general es apropiado (o no) además de ver más allá del bienestar de los consumidores propiamente tal apuntando hacia otros intereses comunitarios.

Las primeras referencias al bienestar del consumidor dentro de la Unión Europea aparecieron en 1997 en el documento “*Green Paper on Vertical Restraints*”. La definición dada implicaba un estándar de excedente del consumidor final, enfocado en el beneficio final resultante de los precios bajos⁸¹, con lo que se señalaba que:

*“El interés del consumidor es el corazón de la política de competencia. La competencia efectiva es la mejor garantía para los consumidores de que puedan comprar productos de buena calidad a los precios más bajos posibles”*⁸².

⁷⁹ *United States v. Microsoft Corp.*, 87 F. Supp. 2d 30 (D.D.C. 2000).

⁸⁰ *Ibid.* n° 51.

⁸¹ Daskalova, Victoria. (2015) “*Consumer Welfare in EU Competition Law: What Is It (Not) About?*”, SSRN Scholarly Paper. Rochester, NY, p. 134.

⁸² Comisión Europea. (1997) “*Green paper on Vertical Restraints in EC Competition Policy*” (Green Paper on Vertical Restraints) COM (96) 721 final, 17, párrafo 54. [Traducción libre]

La definición posteriormente fue confirmada por un paquete de modernización legislativa el 2004 sobre el antiguo artículo 81(3), presentando la Comisión al bienestar del consumidor junto con la eficiencia asignativa como los objetivos del nuevo artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea⁸³⁻⁸⁴.

A mayor abundamiento, se le define en el contexto europeo como “la elección que claramente se hace para favorecer la redistribución de ingresos de productores con poder de mercado hacia los consumidores”⁸⁵. Aunque este estándar no convive sólo en el marco comunitario, sino que hay que considerar los amplios objetivos de la política de competencia de la Unión Europea según la misma Comisión: i) proteger la competencia en el mercado mientras se incrementa el bienestar del consumidor, ii) apoyar la creación de crecimiento económico, trabajos y competitividad en la zona económica de la Unión, y iii) promover una cultura de la competencia⁸⁶. Lo que hacen estas definiciones es reforzar la idea de que más allá del bienestar del consumidor, en lo que se avanza es en el entendimiento de la política de competencia no como una disciplina legal independiente sino como una herramienta estratégica influenciada por los objetivos regulatorios de la comunidad europea⁸⁷ que va más allá de la restringida definición americana sobre bienestar del consumidor.

Sobre jurisprudencia significativa de este estándar en Europa destacan dos casos en tribunales de primera instancia: *Österreichische Postsparkasse* y *GlaxoSmithKline*. En el primero, sobre una solicitud de información de un tercero en el contexto de aparentes acuerdos contrarios a la competencia celebrados con otros bancos austriacos por el banco demandado

⁸³ Comisión Europea. (2004) Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado / Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

⁸⁴ Debido a la evolución de los Tratados a nivel comunitario en la Unión Europea, la numeración de los artículos relativos a las materias de libre competencia ha variado, pero manteniendo su contenido en cuanto a las figuras que contemplan desde las prácticas concertadas y el abuso de posición dominante. En este sentido, nos referiremos a lo largo de esta memoria indistintamente a los siguientes artículos de manera equivalente: entonces respectivamente los artículos 85 y 86 del Tratado de la Comunidad Económica Europea, los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea, y los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea aluden a lo mismo. Para mayor claridad, los artículos 85, 81 y 101 mencionados abordan la figura de la práctica concertada o coordinada, y los artículos 86, 82 y 102 mencionados abordan la figura del abuso de posición dominante.

⁸⁵ Papandropoulos, P; Seabright P; Neven D (eds). (1998) *Trawling for Minnows: European Competition Policy and Agreements Between Firms*, CEPR Press, Paris & London. p. 12. [Traducción libre]

⁸⁶ Comisión Europea. (2012) “*Commission Staff Working Paper Accompanying the Report on Competition Policy 2011*” SWD 141 final, p. 3.

⁸⁷ Daskalova, Victoria. (2015) *Op. Cit.*, p. 149.

en materia de gastos y condiciones aplicables a clientela⁸⁸, el Tribunal señala en su veredicto que las normas encaminadas a “asegurar que no se falsee la competencia en el mercado interior tienen la finalidad última de aumentar el bienestar del consumidor”⁸⁹. En el segundo, a propósito de la legalidad en materia de competencia de las condiciones de venta de fármacos a mayoristas⁹⁰, el Tribunal afirma que el objetivo de la norma de competencia relevante es “evitar que las empresas, al restringir la competencia existente entre ellas o con terceros, incidan desfavorablemente en el bienestar del consumidor final de los productos”⁹¹. De todas maneras, la primera vez que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea usó el término “bienestar del consumidor” fue en su decisión *Post Danmark A/S v. Konkurrencerådet* el 2012, señalando que: “corresponde a la empresa que ocupa una posición dominante demostrar que las mejoras de eficacia que puedan derivarse del comportamiento considerado neutralizan los efectos perjudiciales probables sobre la competencia y los intereses de los consumidores en los mercados afectados (...)”⁹².

En Chile el debate sobre el bien jurídico en la legislación de libre competencia ha sido fruto de una lata discusión inconclusa. Vale aclarar de todas formas que la prevención para el caso chileno alude a no confundir o igualar este concepto en su tutela entre lo referido al Decreto Ley 211 sobre libre competencia (con sus reformas) con la Ley 19.496 (reformas incluidas) de protección de derechos de los consumidores⁹³, pues sus conceptos, nociones, objetivos y ámbito de aplicación no son equiparables. Aun así, en Chile, tampoco son equiparables de la misma manera que en otras jurisdicciones, por una razón de diseño institucional de los bienes jurídicos en juego, pues la supervisión de los temas de libre competencia y derechos del consumidor chilenos se hace de manera separada –TDLC y SERNAC respectivamente- y no

⁸⁸ Tribunal de Primera Instancia de la Unión Europea (Quinta Sala). Casos T-213/01 y T-214/01 *Österreichische Postsparkasse AG y Bank für Arbeit und Wirtschaft AG v Comisión de las Comunidades Europeas* [2006] ECR II -01601

⁸⁹ *Ibid.* n° 115.

⁹⁰ Tribunal de Primera Instancia de la Unión Europea. Caso T-168/01 *GlaxoSmithKline (I) Services Unlimited v Comisión de las Comunidades Europeas* [2006] ECR II 02969

⁹¹ *Ibid.* n° 118.

⁹² Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Caso C-209/10 *Post Danmark A/S v Konkurrencerådet* [2012], n°42.

⁹³ Valdés, Domingo. (2006) *Libre competencia y monopolio* (1a. ed.), Editorial Jurídica de Chile., pp. 147 – 148.

centralizada como en EE.UU. –donde opera la Federal Trade Commission o el Departamento de Justicia-, o en la Unión Europea con la Comisión Europea.

De todas formas, pese a que no ha habido una definición expresa, sí se ha hecho mención al bienestar de los consumidores como uno de los bienes jurídicos que persigue la libre competencia en Chile fundado en la redacción del artículo 1 del texto original de propuesta del Decreto Ley N°211, la discusión legislativa, la historia de la Ley N°19.911 que crea el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y en el Tratado de Libre Comercio con EE.UU.⁹⁴ Más allá de los reconocimientos normativos, desde la jurisprudencia ha existido reconocimiento por parte del TDLC de este estándar⁹⁵ y de manera parecida en la Corte Suprema bajo la insignia del “velar por el interés de los consumidores”⁹⁶.

1.3.2. EFICIENCIA: UNA MIRADA MÁS ECONÓMICA

Junto al bienestar del consumidor, la eficiencia económica es otro de los objetivos clásicos de la política de competencia a nivel global. Bajo el liderazgo de la Escuela de Chicago, reaccionando al activismo de la Federal Trade Commission en los años 60’, se reinterpreta el derecho antitrust en clave económica atribuyendo una confianza mayor en los mercados, la creencia de la inexistencia de barreras de entrada, y la autorregulación de los monopolios (debido a la desafiabilidad de los mercados⁹⁷), evitando a toda costa la intervención estatal. Consecuencias de esta influencia económica se reflejan en el mayor estándar económico que caracteriza a la libre competencia, una intención de tecnificar el derecho con tal de reducir la discrecionalidad de la autoridad lo más posible, y un liberalismo más intenso que deviene en una confianza ciega en el mercado.

El concepto de eficiencia se divide en tres variantes: eficiencia productiva, cuando en los bienes producidos se usa la mejor combinación de una estructura de costos de recursos

⁹⁴ Agüero, Francisco. (2004). Nuevos elementos para el debate sobre el bien jurídico libre competencia. Boletín Latinoamericano de Competencia N° 9, pp. 124-133.

⁹⁵ Infra nota 326.

⁹⁶ Infra nota 328.

⁹⁷ Esto quiere decir que, si un monopolio sube demasiado el precio o sus condiciones de mercado, eventualmente entrará un nuevo competidor a disciplinar el mercado.

disponibles bajo la tecnología existente; eficiencia tecnológica o dinámica, la que se alcanza a través de la innovación, desarrollo y difusión de nuevos productos y procesos en la producción que aumentan el bienestar social; y eficiencia asignativa, la que se alcanza cuando el stock de bienes y rendimiento en la producción se asignan a través de un sistema de precios en los compradores que más los valoran en términos de disposición a pagar o ceder a otros hábitos de consumo⁹⁸. Algunos autores han incorporado una cuarta categoría de eficiencias más amplias, llamadas las eficiencias transaccionales, derivadas de los principios de la economía de los costos de transacción; estas eficiencias permiten a las empresas participantes de un mercado en el diseño de prácticas comerciales, contratos, y formas de organización, minimizar sus costos de transacción y facilitar sus esfuerzos en lograr eficiencias productivas, dinámicas y asignativas, y en particular, mitigar costos informacionales y reducir su exposición a conductas oportunistas o *hold-ups*⁹⁹⁻¹⁰⁰. Con todo esto, el *enforcement* de libre competencia se ha enfocado mayormente en promover las eficiencias asignativas en los rendimientos de los mercados con el objetivo de forzar los precios a lo más cercano al costo marginal aumentando la eficiencia por el incremento de la producción¹⁰¹.

No todos los tipos de eficiencias mencionados pueden ser necesariamente logrados a la vez, en este sentido, existe la ocurrencia de *trade-offs* al ponderar la predominancia de ciertas eficiencias sobre otras, pudiendo identificar la producción de las siguientes pugnas¹⁰²:

- Eficiencia asignativa y eficiencia productiva: en un contexto estático, puede ocurrir que una operación resulte en un ahorro de costos -que aumente la eficiencia productiva- aumentando el precio a pagar por los consumidores -generando una

⁹⁸ W. Nicholson, C. Snyder; *Microeconomic Theory: Basic Principles and Extensions*, 10th edition 2008, pp. 466 – 467.

⁹⁹ El problema del “*hold-up*” ocurre cuando un actor económico al realizar una inversión no puede recibir todos sus beneficios derivados. Generalmente pasa por contratos incompletos o cláusulas contractuales ambiguas, que en caso contrario de ser idóneos y completos una situación de ineficiencia no persistiría. Felli, Leonardo; Roberts, Kevin W.S. (1999) *Competition and Hold-Ups*, SSRN, p. 1.

¹⁰⁰ Kolasky, William; Dick, Andrew. "The Merger of Guidelines and the Integration of Efficiencies into Antitrust Review of Horizontal Mergers" (October 2003). *Wilmer Cutler Pickering Hale and Dorr Antitrust Series*. Working Paper 31, pp. 249 – 251.

¹⁰¹ Brodley, J. F. (1987). *Op. Cit.*, pp. 1020-1053.

¹⁰² De la Mano, M. (2002) “For the customer’s sake: The competitive effects of efficiencies on the European merger control”, *European Commission’s Enterprise Directorate-General*, Enterprise Papers n°. 11, pp. 14 – 15, y 17.

ineficiencia asignativa-, mientras que al mismo tiempo el bienestar sube para la sociedad completa tomando en consideración consumidores y productores.¹⁰³

- Eficiencia asignativa más productiva (eficiencia estática), y eficiencia dinámica: para el caso en que sectores o industrias donde la innovación es mayor cuando los agentes tienen la posibilidad de adquirir una posición monopolística, de manera temporal, y establecen un precio sobre el costo marginal durante aquel periodo. De tal manera, se generan “carreras” por la innovación más que por una fijación de precios, en un proceso conocido como “*rivalidad schumpeteriana*”¹⁰⁴. Como resultado de este fenómeno, una fusión en miras a monopolizar o crear una posición de dominio en estos sectores donde prevalece una rivalidad schumpeteriana (en principio) permite a las empresas fusionadas juntar habilidades complementarias y activos (evitando esfuerzos dobles en investigación) y dar paso a productos innovadores a largo plazo, a pesar de que la competencia en términos de precio se vea desincentivada en el corto plazo. Es precisamente en estos casos, donde los consumidores obtienen un daño inmediato por el alza de precios generado por la fusión, que las autoridades de competencia ven complejizada su tarea pues las eficiencias dinámicas tardarán en llegar, y además, significan un desafío en su cuantificación y verificación.¹⁰⁵

La eficiencia asignativa, a nivel teórico está conectada con la teoría del equilibrio general, y a nivel normativo con el óptimo de Pareto; la conexión con la competencia está dada por el primer teorema de la economía del bienestar: si se cumplieran los supuestos del modelo de competencia perfecta en todos los mercados, la optimización conductual de todos los agentes llevaría a una eficiente asignación de los recursos en toda una economía y, por ende, el óptimo de Pareto se lograría automáticamente sin necesidad de intervención estatal (“la mano

¹⁰³ OECD. (2012) Policy Roundtables, “The Role of Efficiency Claims in Antitrust Proceedings”, DAF/COMP(2012) 23, May 2, 2013, 2012 p. 12 – 16.

¹⁰⁴ La visión Schumpeteriana de la competencia era desde un proceso de destrucción creativa, donde activos y fortunas eran continuamente destruidas por la innovación, en un proceso interminable donde viejas tecnologías eran desplazadas por nuevas conllevando mayor crecimiento económico que alternativas conservadoras. Ibid; Hovenkamp, Herbert J. (2008) "Schumpeterian Competition and Antitrust", All Faculty Scholarship, 1788, p. 1.

¹⁰⁵ OECD. (2012) Policy Roundtables, “The Role of Efficiency Claims in Antitrust Proceedings”, DAF/COMP(2012) 23, May 2, 2013, p. 12 – 16.

invisible de Adam Smith”) ¹⁰⁶. Al existir fallas de mercado se quiebra este modelo de competencia perfecta, lo que deriva en ineficiencias asignativas, requiriéndose de alguna clase de corrección dada por criterios de política económica, siendo la política de competencia una de ellas ¹⁰⁷.

En este contexto, la eficiencia se relaciona con la manera más efectiva de utilizar los recursos escasos y surge cuando los insumos se utilizan de tal manera que un determinado nivel de producción se consigue al menor costo posible ¹⁰⁸. Eficiencia económica se refiere a la decisión o evento que incrementa el valor total de todo activo económico medible en una sociedad o la riqueza social total ¹⁰⁹.

Como se pudo adelantar, quienes proponen a la eficiencia económica como un objetivo de la libre competencia distinguen entre la eficiencia de Pareto y la eficiencia Kaldor-Hicks. La primera, se enfoca en la eficiencia del consumo, pues requiere una asignación de bienes entre los consumidores para que no sea posible cualquier reasignación con tal de beneficiar a las personas sin empeorar la situación de alguien. La segunda señala que, si la magnitud de los beneficios de moverse de un estado económico a otro es mejor que la magnitud de las pérdidas, entonces el bienestar social se incrementa inclusive si no existe una compensación de por medio, por lo que un determinado resultado es eficiente si los factores que lo hicieron mejor potencialmente compensan a aquellos que los empeoran con un resultado aun generando un óptimo de Pareto ¹¹⁰.

Saliendo de la economía compleja de la eficiencia, que excede el ámbito esta tesis, en términos de competencia el análisis es más simple. En un modelo de oferta y demanda, la competencia deriva al mercado al punto de intersección de ambas curvas, donde P es el precio competitivo y el mercado ofrece una producción de Q. La suma del excedente del consumidor

¹⁰⁶ Kerber, Wolfgang. (2007) “Should competition law promote efficiency? Some reflections of an economist on the normative Foundations of competition law”. *Marburger Volkswirtschaftliche Beiträge*, No. 2007,09, Philipps-Universität Marburg, Fachbereich Wirtschaftswissenschaften, Marburg, p. 3.

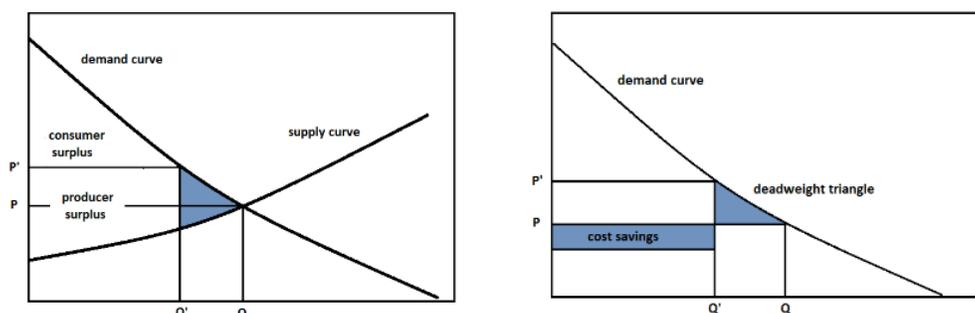
¹⁰⁷ Ibid.

¹⁰⁸ Khemani, R. S. (1993). *Glossary of industrial organisation economics and competition law*. Organisation for Economic Co-operation and Development; Washington, DC: OECD Publications and Information Centre, p. 41.

¹⁰⁹ Brodley, J. F. (1987). The economic goals of antitrust: efficiency, consumer welfare, and technological progress. *New York University Law Review*, 62(5), 1020-1053.

¹¹⁰ Lianos, Ioannis. (2013) «Some Reflections on the Question of the Goals of EU Competition Law», Research Paper Series: 3/2013, Centre for Law, Economics and Society, UCL Faculty of Laws. P. 5.

y productor es el máximo nivel en que el precio P con competencia en un libre mercado nos lleva, pero con un precio muy alto los consumidores pierden más que los productores ganan y hay una pérdida total del bienestar social, y viceversa, lo mismo ocurre con un precio bajo con productores perdiendo más de los que los consumidores ganan¹¹¹. Al ser la eficiencia definida como un estado de máximo bienestar social, la conclusión es que la competencia da eficiencia.¹¹² En este escenario, las preocupaciones de la autoridad de competencia deberían surgir en el caso de que el precio sea más alto que el precio competitivo, lo cual puede darse por alta concentración, conductas colusorias, diferenciación de productos, o prácticas anticompetitivas, ocasionando que los consumidores dispuestos a pagar P no paguen P' contrayendo la producción a Q' generando una pérdida irrecuperable de eficiencia (el rayado azul)¹¹³.



Fuente: Ten Kate. La pérdida de eficiencia (figura de la izquierda) y el *trade-off* del bienestar (figura de la derecha)¹¹⁴.

Se ha extendido esta lógica de eficiencia en dos ámbitos: a propósito de operaciones de concentración (operaciones horizontales, verticales, de conglomerado y disoluciones) y problemas donde existan *trade-offs* entre poder de mercado y eficiencia al tener que balancear entre pérdida irrecuperable de eficiencia y reducción de costos, como señala WILLIAMSON¹¹⁵; y hacia todos los problemas de derecho de la competencia, como señala BORK con el argumento de que el diagrama usado por Williamson ilustra la relación entre dos factores

¹¹¹ Ten Kate, Adriaan. (2016) «Economic Efficiency as the Ultimate Goal of Competition Policy». SSRN Scholarly Paper. Rochester, NY, pp. 8-10.

¹¹² Ibid.

¹¹³ Ibid.

¹¹⁴ Ibid. Pp. 9 – 10.

¹¹⁵ Williamson, Oliver E. (1968) «Economies as an Antitrust Defense: The Welfare Tradeoffs». *The American Economic Review* 58, n.º 1, pp. 18-36.

involucrados, eficiencia asignativa y productiva, siendo la existencia de estos dos elementos y sus cuantificaciones el reflejo de los reales problemas que se deciden en cada caso de libre competencia¹¹⁶.

Afirmar a la eficiencia como objetivo principal del derecho de la competencia no es completamente justificable sin abordar la pregunta sobre el resultado que deseamos de tales eficiencias. Desde una perspectiva, la eficiencia debe maximizar el excedente del consumidor, desde otra la maximización del excedente del productor, y una visión alternativa señala la maximización del excedente total (o bienestar social)¹¹⁷; algunas de estas ideas también han sido desarrolladas para argumentarse como bienes u objetivos de las leyes de competencia, como se explica en el capítulo antecedente y sucesivo. En este sentido, el reinado de la eficiencia en el derecho de la competencia está vinculado con un acercamiento tradicional (y prevalente) económico al poder de mercado, concentrado en la pérdida de eficiencia agregada expresada en eficiencia (o ineficiencia) asignativa en términos de mejoras de Pareto, en otras palabras, el análisis de eficiencia se enfoca sobre el alza de la economía sobre una “torta”, más que de la división de la “torta” (bajo la lógica de Kaldor-Hicks).¹¹⁸

Saliendo de la teoría, en EE. UU. sobre la eficiencia en un principio existió gran reticencia, lo que queda denotado en los casos *Brown Shoe Co.*, *Philadelphia National Bank* y *Procter & Gamble*¹¹⁹ donde la Corte Suprema señala que el análisis económico no puede ser usado como defensa de una ilegalidad pues el Congreso ponderó en favor de proteger la competencia. De ahí en adelante, pese a estos precedentes, varias guías constantemente renovadas para el análisis de fusiones¹²⁰ permitían progresivamente grados de deferencia sobre eficiencia y señalaban criterios que el Departamento de Justicia y la Federal Trade Commission seguirían según los tipos de eficiencia involucradas, que estas sean perceptibles y la prescindencia de evidencia clara y convincente, esto significó que con el tiempo también

¹¹⁶ Bork, H. Robert. (1978) *The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself*. Basic Books, Inc, Publishers. New York, 1978, p. 108.

¹¹⁷ Green, Ofer. (2009) «Integration of Non-Efficiency Objectives in Competition Law», University of Toronto, p. 18.

¹¹⁸ Ibid, p. 19.

¹¹⁹ Véase *Brown Shoe Co. v. U.S.*, 370 U.S. 294 (1962); *U.S. v. Philadelphia National Bank*, 374 U.S. 321 (1963); *FTC v. Procter & Gamble Co.*, 386 U.S. 568 (1967).

¹²⁰ En específico se refiere a las Guías sobre Fusiones publicada por el Departamento de Justicia en 1968, su revisión y actualización en 1984, la Guía de Fusiones Horizontales de 1992 publicada conjuntamente por el DoJ y la FTC, su revisión en 1997, la versión publicada el 2010, y la última versión de 2023.

la eficiencia fuese mayormente aceptada en las cortes¹²¹⁻¹²² y que al día de hoy sea el criterio predominante en la jurisprudencia junto al bienestar del consumidor.

En la Unión Europea mientras tanto, recién penetró de manera tímida la influencia de criterios de eficiencia a propósito de la necesidad de una perspectiva económica en la implementación de la regulación sobre control de operaciones de concentración, a través de la reforma al Reglamento en restricciones verticales y acuerdos de cooperación en los 90' y principios de la década del 2000, y también más recientemente sobre los efectos económicos del abuso de posición dominante, todo dentro del marco de la normativa comunitaria.¹²³ En un inicio, bajo el Reglamento N°4064/89 que originalmente regulaba el sistema de evaluación de fusiones, no se contenía ninguna referencia específica a criterios de eficiencia, entonces lo que hacían las partes con tal de que se consideraran era invocar el artículo 2.1.b de la misma regulación que señalaba que la Comisión debía tomar en cuenta (junto a otros factores) “el desarrollo técnico y de progreso económico como una ventaja a los consumidores y que no forme un obstáculo a la competencia”.¹²⁴ Pese a estos esfuerzos, la práctica jurisprudencial de la Comisión era muy estricta con la eficiencia, e incluso mirándola hostilmente, argumentando que podían contribuir a crear o fortalecer una posición dominante y por lo tanto pueden ser consideradas como evidencia de que la operación en cuestión sería anticompetitiva¹²⁵⁻¹²⁶. La regulación posterior que reemplazó a la de 1989 –el Reglamento N°139/2004– permitió que las eficiencias jugaran un rol decisivo en materia de fusiones, así en el considerando 29 se dice:

“Para determinar la repercusión de una concentración sobre la competencia en el mercado común, conviene tener en cuenta las posibles eficiencias invocadas y motivadas por las

¹²¹ Véase *FTC v. University Health, Inc.*, 938 F.2d 1206 (11th Circuit 1991); *FTC v. Butterworth Health Corp.*, 121 F.3d 708 (6th Circuit 1997); *FTC v. Tenet Health Care Corp.*, 186 F.3d 1045 (8th Circuit 1999); *FTC v. H.J. Heinz Co.*, 246 F.3d 708 (D.C. Circuit 2001).

¹²² OECD (2012), *The Role of Efficiency Claims in Antitrust Proceedings*, OECD Policy Roundtables, Background Note, P. 20.

¹²³ Lianos, Ioannis. «Some Reflections on the Question of the Goals of EU Competition Law», Research Paper Series: 3/2013, Centre for Law, Economics and Society, UCL Faculty of Laws. P. 8.

¹²⁴ OECD (2012), *The Role of Efficiency Claims in Antitrust Proceedings*, OECD Policy Roundtables, Background Note, P. 22.

¹²⁵ Véase casos *AT&T / NCR* (Case IV/M.50) of 1991, *MSG Media Service* (Case IV/M.469) of 1994, *Nordic Satellite Distribution* (Case IV/M.490) of 1996, *De Beers / LVHM* (Case IV/M.2333) of 2003, y especialmente *General Electric / Honeywell* (Case IV/M.2220) of 2004.

¹²⁶ Fackelmann, Christian R. (2006) “Dynamic Efficiency Considerations in EC Merger Control: An Intractable Subject or a Promising Chance for Innovation?” SSRN Scholarly Paper. Rochester, NY, pp. 18 – 21.

empresas afectadas. Es posible que las eficiencias derivadas de la concentración contrarresten los efectos sobre la competencia y, en particular, el perjuicio potencial para los consumidores que en caso contrario podría resultar de la concentración, y que, como consecuencia de ello, ésta no obstaculice de forma significativa la competencia efectiva, particularmente a consecuencia de la creación o el refuerzo de una posición dominante en el mercado común o en una parte sustancial del mismo. La Comisión debe publicar unas directrices relativas a las condiciones en las que podrá tomar en consideración las eficiencias en el análisis de una concentración.”

La apertura a la eficiencia se consolida aún más con la dictación de guías para la evaluación de fusiones horizontales y no horizontales.¹²⁷

En todo caso, a nivel normativo la legislación comunitaria enfatiza más el excedente del consumidor que el del productor, hasta tal punto que la transferencia de riqueza de los productores a los consumidores finales es un tópico parte del *enforcement* de competencia. A mayor abundamiento, el artículo 101(3) del TFUE señala que los consumidores o usuarios deben ser beneficiados con una justa parte de ganancias de eficiencia que sean obtenidas por el productor y hayan resultado de un acuerdo anticompetitivo, por ende, sería imposible justificar bajo este articulado un acuerdo que afecte a los consumidores porque lleve a precios altos, peores rendimientos, menos innovación o calidad, incluso si en el contexto de ese acuerdo se proveen importantes eficiencias a los productores habilitándolos en teoría a compensar a los consumidores por sus pérdidas.¹²⁸

En Chile las consideraciones de eficiencia surgen en procedimientos administrativos ante la FNE para los casos de fusiones, donde se hace una evaluación entre las eficiencias presentadas por las partes -en concordancia con los criterios jurisprudenciales para que sean reconocidas como tales¹²⁹- versus los potenciales riesgos o efectos anticompetitivos de la

¹²⁷ Véase Directrices sobre la evaluación de las concentraciones horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas (2004) y Directrices para la evaluación de las concentraciones no horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas (2004)

¹²⁸ Lianos, Ioannis. «Some Reflections on the Question of the Goals of EU Competition Law», Research Paper Series: 3/2013, Centre for Law, Economics and Society, UCL Faculty of Laws, p. 8.

¹²⁹ TDLC, Resolución n°39/2012, 10.2: “Para evaluar las posibles eficiencias de las operaciones de concentración, este Tribunal, consistentemente en sus resoluciones N° 1/2004, N° 2/2005, N° 20/2007, N°

operación; y en procedimientos contenciosos en la elaboración de una teoría del daño por la FNE o alguna de las partes con tal de imputar un abuso de posición dominante o restricción vertical y ver los efectos de dicha conducta¹³⁰. Pese a no haber definiciones chilenas de eficiencia propiamente tal, la jurisprudencia del TDLC se ha pronunciado sobre las características que debe tener a propósito de operaciones de concentración señalando que se tomarán en cuenta las eficiencias que sean un contrapeso de los riesgos identificados, sirvan para contrarrestar el poder de mercado de la empresa concentrada, sean verificables, y se traspasen a los consumidores¹³¹.

1.3.3. BIENESTAR GENERAL: EL NÉMESIS DEL BIENESTAR DEL CONSUMIDOR

El bienestar general del mercado o *total-general welfare-surplus* es un bien que nace de la Escuela de Harvard como variante contraria del estándar de bienestar del consumidor, y que busca medir el efecto de una práctica o transacción en clave de bienestar económico para todos los participantes de un mercado, incluyendo productores y consumidores, agregando el valor creado sin consideración de cómo las ganancias o pérdidas son distribuidas.¹³² Por ejemplo, si un producto cuesta \$5 en producir y es vendido por \$8, el excedente \$3 va al vendedor; al otro lado, si un consumidor está dispuesto a pagar \$10 por un producto pero

23/2008, N° 24/2008 y N° 37/2011, entre otras, ha requerido que las mismas sean verificables, inherentes a la operación consultada, esto es, que no puedan alcanzarse -dentro de un plazo razonable- mediante otro tipo de operaciones que no impliquen la concentración del mercado y, por último, que no sean el resultado de reducciones anticompetitivas en la cantidad o calidad de los productos. Adicionalmente, este Tribunal considera que las eficiencias que se aleguen a favor de una operación de concentración deben redundar, con una probabilidad y en un plazo razonables, en menores precios a consumidor o mejor calidad de los productos”.

¹³⁰ OECD (2012), The Role of Efficiency Claims in Antitrust Proceedings, OECD Policy Roundtables, Contributions From Delegations, Chile, p. 22.

¹³¹ Veáse TDLC, Resolución N°43/2012, resuelvo 13.3 y 13.7, y TDLC, Resolución N°54/2018, resuelvo 141. “sólo se deben considerar aquellas eficiencias que sirvan de contrapeso para los riesgos identificados, creando posibilidades serias, concretas y verificables de que se alcancen eficiencias inherentes a la operación consultada y de que, en plazos razonables, se logre intensificar, o al menos no empeorar, el grado de competencia en el mercado relevante, pese a la mayor concentración que el mismo alcanzaría tras la operación consultada”; “deben ser verificables, tanto en su probabilidad de ocurrencia como en su magnitud, e inherentes a los Acuerdos de Colaboración, es decir, que las Operaciones sean indispensables para lograr estas mejoras de eficiencias y que no existan mecanismos menos restrictivos para alcanzarlas”; “las eficiencias alegadas deben redundar, al menos en parte y con probabilidad y plazo razonables, en menores precios para los consumidores o en una mejora en la calidad de los productos o servicios ofrecidos. Este último punto está alineado con prácticas internacionales de análisis de operaciones de concentración”.

¹³² Wilson S., Christine. (2020) “Welfare Standards Underlying Antitrust Enforcement: What Your Measure is What You Get”. U.S. Federal Trade Commission. Luncheon Keynote Address at George Mason Law Review 22nd Annual Antitrust Symposium: Antitrust at the Crossroads? p. 8.

puede comprarlo por \$8, entonces esos \$2 de excedente es el valor agregado al consumidor. En este escenario, un mercado competitivo maximiza el bienestar general, al menos cuando no existen preocupaciones sobre innovación.¹³³

Este estándar de bienestar general implicaría que las Cortes debiesen ignorar cualquier efecto meramente distributivo de una cierta práctica, dado que la pura redistribución es un juego de suma cero sin impactos en el bienestar económico a nivel social, y en vez de aquello, sólo prohibir las prácticas que reducen el valor total de la producción a nivel general induciendo a menores eficiencias de recursos que existían antes de la restricción a la competencia. En términos técnicos, se aplicaría un criterio de eficiencia Kaldor-Hicks sobre las prácticas en cuestión, por ende sancionando aquellas -sólo esas- que resulten en menores eficiencias sobre los recursos dados por la sociedad, y que reduzcan la cantidad general de riqueza de la sociedad, sin consideración de la distribución de aquella riqueza.¹³⁴

MOTTA sitúa económicamente el concepto en su uso para medir cuán bien una industria opera, en una medida donde se agrega el bienestar (o excedente) de diferentes grupos de la economía; así el excedente de un determinado consumo individual es dado por la diferencia entre la valoración del consumidor del bien específico (o disposición para pagar) y el precio por el que efectivamente lo paga.¹³⁵ CARLTON, en un enfoque de los consumidores como grupo, sostiene que el objetivo del antitrust debe ser el *total surplus*, por la razón fundamental de que es mejor perseguir políticas públicas que maximicen resultados y a posteriori preocuparse de temas de distribución, que perseguir políticas ineficientes como la del estándar del bienestar del consumidor que conllevan una serie de problemáticas de enfoques de corto plazo, sesgos de confirmación bajo la lógica de “los consumidores son individuos inocentes y las firmas son maléficas” cuando en la generalidad las transacciones se dan entre empresas, e incluso de caer en el absurdo de complacer a los consumidores si se ven muy beneficiados de un cartel¹³⁶. WILLIAMSON, en su modelo original de “*welfare trade-off*” señala que la aplicación de este estándar en la libre competencia requeriría, en línea de lo ya

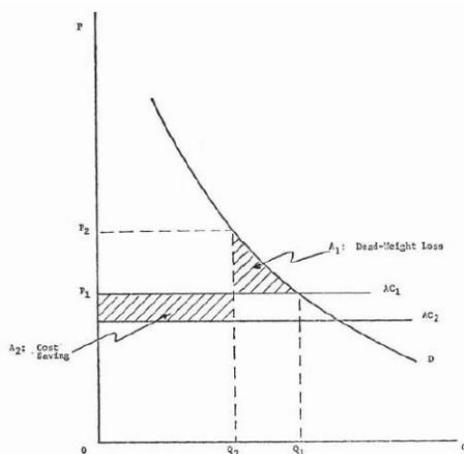
¹³³ Hovenkamp, Herbert J. (2013) Implementing Antitrust’s Welfare Goals, 81 *Fordham L. Rev.* 2471, pp. 2471 – 2472.

¹³⁴ Meese, Alan J. (2013) Reframing the (False?) Choice Between Purchaser Welfare and Total Welfare, 81 *Fordham L. Rev.* 2197, p. 2204.

¹³⁵ Motta, Massimo. (2003) *Competition Policy; Theory and Practice*. Cambridge, p. 17.

¹³⁶ Carlton, Dennis W. (2007) “Does Antitrust Need to Be Modernized?” *The Journal of Economic Perspectives* 21, n.º 3, pp. 155-176.

mencionado, que los tribunales rutinariamente balanceen los daños a los consumidores de las eficiencias generadas versus las ganancias de una empresa atribuibles a la producción de eficiencias. Es importante señalar que este balance no mediría sobrecargas o excesos, los que son transferencias de riqueza, sino más bien las eficiencias alocativas, o la pérdida irre recuperable de eficiencia (“*deadweight loss*”), como se puede apreciar en las áreas subrayadas del gráfico. Esta pérdida resulta de ventas no realizadas y sustituciones ineficientes, y es mucho más difícil de evaluarla que simples excesos. Esta pérdida entonces debe ser balanceada contra las ganancias de eficiencia en la producción. Y cuando una corte desestime imputaciones de infracciones a la normativa de competencia en base a “bienestar general”, es porque concluyeron que es bastante probable la inexistencia de alguna pérdida irre recuperable de eficiencia.¹³⁷



Fuente: Williamson, E. Oliver. Trade-offs del bienestar.¹³⁸

Comparando con el estándar de bienestar del consumidor y para vislumbrar la contraposición en la que están es que imaginemos un *joint venture* que produce ahorros significativos en costos de producción, digamos \$100; sin embargo, también facilita un ajuste de precios que hace aumentar el nivel de precio total en \$80. En este caso, el joint venture sería eficiente bajo el estándar de bienestar general porque la ganancia en eficiencia productiva -que resultan

¹³⁷ Hovenkamp, Herber J. (2013) Implementing Antitrust’s Welfare Goals, 81 Fordham L. Rev. 2471 (2013) pp. 2472 – 2473.

¹³⁸ Williamson, Oliver E. (1968) Economies As an Antitrust Defense: The Welfare Tradeoffs, 58 AM. ECON. REV. 18, p. 21.

de la producción o distribución- exceden a la pérdida de eficiencia alcativa -por una baja en competitividad en el mercado- como resultado de una colusión. Por consiguiente, bajo este criterio sería aprobable la restricción porque las ganancias son mayores que las pérdidas, mientras que con un criterio de bienestar del consumidor la rechazaría pues los consumidores están en peor posición respecto del consumo del bien.¹³⁹

Otro ejemplo más evidente con el cuál se puede hacer la comparación entre el estándar de bienestar del consumidor y eficiencia radica en el criterio usado al analizar una operación de concentración. De esta manera la pregunta central en cada caso cambia dependiendo del estándar usado:

Ranking de estándares entre bienestar del consumidor, eficiencia y bienestar general para revisión de operaciones de concentración	
Estándar usado	Pregunta de análisis
Bienestar del consumidor	¿Incrementará el precio? ¿El excedente del consumidor disminuirá?
Eficiencia	¿Las eficiencias generadas exceden la reducción en el excedente del consumidor?
Bienestar general	¿La suma entre el excedente del consumidor y el excedente del productor será positiva?

Fuente: Adaptado de Cassey Lee, Ranking de Estándares de Bienestar y Eficiencias.¹⁴⁰

En EE.UU., la discusión ha estado dominada por las preocupaciones en torno a las consideraciones de justicia distributiva y si se debe adoptar un enfoque de bienestar general –con tal de agregar el valor que una economía produce, independiente de la forma en que ganancias o pérdidas sean distribuidas- o uno de bienestar del consumidor -que mire sólo a los excedentes dirigidos a los consumidores ignorando lo que va a los productores- como una alternativa que no produzca mayor riqueza total.¹⁴¹ Históricamente la controversia se

¹³⁹ Hovenkamp, Herbert J. (2013) Implementing Antitrust's Welfare Goals, 81 Fordham L. Rev. 2471, pp. 2472 – 2473.

¹⁴⁰ Lee, Cassey. (2015) "The Objectives of Competition Law," Working Papers DP-2015-54, Economic Research Institute for ASEAN and East Asia (ERIA), p. 10.

¹⁴¹ Hovenkamp, Herbert J. (2013) "Distributive Justice and Consumer Welfare in Antitrust". Faculty Scholarship at Penn Carey Law. 1868, p. 6.

desarrolla a partir de una creencia de que el objetivo original de la Sherman Act estaba entre el bienestar general por la legalidad, un test de bienestar del consumidor u otro bien alternativo. Desde la visión del bienestar del consumidor no hay un balance, sino que si los consumidores son dañados (en el ejercicio del poder de mercado en términos de precio, menores rendimientos, calidad del producto general, entre otros) esto prevalece sobre cualquier ganancia de eficiencia de los productores u otros, mientras que desde el bienestar general se requiere un análisis cardinal de las ganancias y pérdidas netas en la forma de un balance.¹⁴² Asumir una postura en favor de los consumidores implica un desmedro para la distribución puesto que lo admisible siempre será el beneficio de estos, en cambio, estar por el bienestar total implica una labor de justicia distributiva a nivel social donde los actores económicos asumen tanto costos como beneficios.

La jurisprudencia americana, tras el avance de la regla de la razón y la primacía del análisis económico, si bien predominó el estándar de bienestar, poco se ha hablado sobre un bienestar general. La razón se dice que está en que el volumen y complejidad del debate académico sobre el estándar de bienestar general comparado al de bienestar del consumidor crea una impresión de la importancia de la política pública que es completamente desmentido su utilidad por los precedentes, y más aún por la política gubernamental de fortalecimiento de la competencia.¹⁴³ Desde el caso *Continental T.V., Inc. v. GTE Sylvania Inc.*, las cortes inferiores han seguido la instrucción de la Corte Suprema y han adoptado un análisis basado en los efectos en el mercado y el impacto en los consumidores; este precedente, atribuido a la influencia de la Escuela de Chicago, señaló que:

*“... concluimos que la regla per se establecida en Schwinn¹⁴⁴ debe ser anulada. (...) Debemos dejar claro que el alejamiento del estándar de la regla de la razón debe estar basado en un efecto económico demostrable, en vez de -como ocurría en Shcwin- de una línea argumentativa formalista”.*¹⁴⁵

¹⁴² Ibid.

¹⁴³ Hovenkamp, Herbert. J. (2013) Implementing Antitrust’s Welfare Goals, 81 *FORDHAM L. REV.* 2471, 2476, p. 2474.

¹⁴⁴ *United States v. Arnold, Schwinn & Co.*, 388 U.S. 365 (1967). El precedente anterior que establecía el análisis bajo regla per se para restricciones verticales.

¹⁴⁵ *Continental T.V., Inc. v. GTE Sylvania, Inc.*, 433 U.S. 58-59 (1977). [Traducción libre]

Esta decisión trajo un cambio de paradigma en la aplicación de la libre competencia en EE.UU., pues la Corte se inclinó fuertemente al uso de la teoría económica moderna para informar la interpretación y aplicación de la Sherman Act. Volviendo a su recepción en las cortes inferiores, a modo de ejemplo, se ha dicho que:

“Si un manufacturero no puede mejorar su situación perjudicando a los consumidores a través de menor producción y precios más altos, no hay rol que las leyes antitrust jueguen”.¹⁴⁶

Por estas razones, casi no existen precedentes norteamericanos que en concreto usen un estándar de bienestar general o total.

En la Unión Europea, se ha centrado una micro discusión en torno a la comparación entre el estándar de bienestar del consumidor versus el de bienestar general y cuál de estos sería el objetivo de la legislación de competencia comunitaria. De este modo, algunos sostienen que el objetivo es el bienestar del consumidor puesto que pese a que elegir entre uno u otro foco, en gran parte de las situaciones, no haría una gran diferencia en el trabajo de la autoridad de competencia y las implicancias políticas de los dos estándares; aun así, es preferible el bienestar general puesto que la teoría clásica no considera que los consumidores pueden influir en las compañías a través de pensiones o inversiones que las lleven a tener precios a costos marginales y que desincentiven la innovación.¹⁴⁷ En general hay discrepancias en la forma de entendimiento de este estándar y el enfoque que se le da dependiendo de los efectos en los mercados, así mientras se entendía la visión de BORK de “bienestar del consumidor” realmente como un “bienestar total” fundado en que una mejora en los consumidores finalmente permea a nivel general en la sociedad y la riqueza total¹⁴⁸, Wilson entiende su relevancia (mientras asignemos el objetivo de las leyes de competencia) en la eficiencia económica al llevar a decisiones más favorables en ganancias de eficiencia, efectos entre

¹⁴⁶ Schor v. Abbott Labs., 457 F.3d 608, 611 (7th Cir. 2006) [Traducción libre]

¹⁴⁷ Stylianou, Konstantinos; Iacovides, Marios. (2022) «The Goals of EU Competition Law: A Comprehensive Empirical Investigation». *Legal Studies* 42, n.º 4, pp. 620-648.

¹⁴⁸ Hovenkamp, H. J. (2019). Is Antitrust’s Consumer Welfare Principle Imperiled? [working paper]. University of Pennsylvania Carey Law School University, p. 104.

múltiples mercados, transferencias de innovación de un segmento a otro y la generación de eficiencias dinámicas¹⁴⁹.

En Chile, la manifestación de un “bienestar general” se ha materializado de dos maneras: desde el TDLC como estándar principalmente frente a procesos no contenciosos¹⁵⁰, especialmente desde la ley REP¹⁵¹, y desde la Corte Suprema bajo el concepto de “bienestar general de los miembros de la comunidad” con la cita al razonamiento de la Comisión Resolutiva.¹⁵²

1.3.4. LIBERTAD ECONÓMICA O LIBERTAD PARA COMPETIR: LA INFLUENCIA EUROPEA DEL ORDOLIBERALISMO

Esta concepción tiene sus orígenes en el ordo liberalismo alemán que inspira el ordenamiento comunitario europeo, desmarcándose de las tendencias americanas de los inicios del derecho antitrust. La política de competencia desde el ordo liberalismo se enfoca en la legitimidad de la libertad económica con tal de prevenir que esta misma se destruya así misma o actúe en perjuicio de esta, en el fondo es proteger el ejercicio de la libertad económica individual como un valor en sí mismo o viceversa, con tal de restringir el abuso del poder económico.¹⁵³

El objetivo de la política de competencia ordo liberal es la preservación de una sociedad libre a través de la eliminación sistemática de concentraciones privadas de mercado y más en específico un *enforcement* de “competencia completa” donde no sólo las repercusiones negativas del poder de mercado son verificadas a través de un balance en eficiencias asignativas sino que donde también la sociedad libre se preserve mientras el Estado no sea capturado por poderosos intereses económicos privados,¹⁵⁴ lo que funda el uso de la ley para

¹⁴⁹ Wilson, C. S. (2019). Welfare Standards Underlying Antitrust Enforcement: What You Measure is What You Get. Keynote Address at George Mason Law Review 22nd Annual Symposium: Antitrust at the Crossroads? Arlington, Virginia.

¹⁵⁰ Infra nota 325.

¹⁵¹ Infra Capitulo 4.3.3

¹⁵² Infra nota 490.

¹⁵³ Möschel, W. (1989). Competition Policy from an Ordo Point of View.

¹⁵⁴ Maier-Rigaud, Frank P. «On the Normative Foundations of Competition Law: Efficiency, Political Freedom and the Freedom to Compete». SSRN Scholarly Paper. Rochester, NY, 2 de mayo de 2011. <https://papers.ssrn.com/abstract=1829023>.

evitar la creación de poder monopolístico aboliendo las posiciones monopólicas existentes en lo posible, y de no ser posible, controlar la conductas de estas entidades monopólicas.¹⁵⁵

Aún más, era tal el rol de la ley de competencia bajo los ideales ordo liberales que, le asignaban a la legislación directa responsabilidad en la creación y protección de condiciones de competencia, considerándose incluso por algunos comentaristas como el punto central del sustento del sistema económico completo¹⁵⁶. Algunas concepciones base del pensamiento ordo liberal en el derecho de la competencia consisten en: rechazar la idea de controles administrativos sobre la política de competencia debido a temores de captura por parte de actores con mayor poder para influenciar a los operadores a su favor; un análisis estructural de los mercados y el poder monopolístico, la prohibición (en lo posible) de estos dirigida a carteles y otros acuerdos entre competidores, y si no la ley debía asegurar medios para desalentar componentes abusivos de su operación, de plano eliminar estas posiciones o proveer un estándar de conducta que valore una mejora en su performance sancionando conductas que vayan contra este ideal (por ejemplo, precios predatorios, boicots, descuentos por fidelidad).¹⁵⁷

La idea principal está en definir la competencia como libertad económica, con el fin de asegurar un buen nivel de juego competitivo para los actores en el mercado.¹⁵⁸ No es tener mayor eficiencia, sino que mantener un escenario de juego competitivo para los actores en el mercado que respete el ejercicio de los derechos individuales de las personas en miras a proteger la democracia, que, en retrospectiva, es un objetivo bastante similar al original de la Sherman Act en EE. UU. De este ideal de la libertad económica subyace como manifestación y objetivo en sí mismo la libertad individual para competir, en este sentido, la demanda dentro de una economía en la libre competencia debe asegurar que la libertad para competir sea equivalente a la demanda sobre la protección y respeto de la libertad individual.¹⁵⁹

¹⁵⁵ Akman, Pinar. (2009) «Searching for the Long-Lost Soul of Article 82EC». *Oxford Journal of Legal Studies* 29, n.º 2, pp. 267-303.

¹⁵⁶ Vease a Moeller, 'Liberalismus', p. 225.

¹⁵⁷ Gerber, David J. (2001) «VII Ordoliberalism: A New Intellectual Framework for Competition Law». En *Law and Competition in Twentieth-Century Europe: Protecting Prometheus*. Oxford Academic.

¹⁵⁸ Stylianou, Konstantinos; Iacovides, Marios. (2022) «The Goals of EU Competition Law: A Comprehensive Empirical Investigation». *Legal Studies* 42, n.º 4, pp. 620-648.

¹⁵⁹ Vanberg, Viktor J (2009) "Consumer Welfare, Total Welfare and Economic Freedom – On the Normative Foundations of Competition Policy", Freiburg Discussion Papers on Constitutional Economics, 09/3, 2009, p. 9 – 10.

Derivado de lo anterior es que el objetivo o estándar de la libertad económica tiene una vinculación política y emocional a la libertad como valor parte de la esencia de la competencia, que es que la competencia requiere libertad económica para su funcionamiento.¹⁶⁰ La lógica es que el bienestar económico se logra indirectamente garantizando la libertad de acción de los actores individualmente, la que a su vez, lleva a la competencia y al bienestar de los consumidores.¹⁶¹

Volviendo a Europa, en el pasado fue un emblemático bien en el ámbito de aplicación del antiguo artículo 81(3) del TFUE (que señala excepciones a la prohibición de monopolización), pues el texto anterior era incompatible con una definición neoclásica americana de competencia al enmarcar las excepciones en la promoción del progreso técnico o económico, traspaso de eficiencias a los consumidores y que a las firmas no se les permita eliminar competencia en lo que respecta a partes sustanciales de un producto.¹⁶² Así, la norma se pone en el lugar de que no pueda impedir una posición monopólica compensando el escenario anticompetitivo con criterios mínimos de justicia distributiva y respeto competitivo que son contradictorios con una mirada de bienestar del consumidor e inclusive social, e implícitamente relevan la importancia de asegurar mercado para que las empresas compitan, pero no a tal punto de eliminarlos pese a que un escenario así traiga beneficios a los consumidores o a la sociedad completa.

Seguidamente se compara a la libertad para competir *ordo liberal* con el estándar de tutela del proceso competitivo neo-brandesiano. Si bien ambos estándares relevan la importancia de la libertad, el escepticismo por la acción de la administración y la minuciosidad sobre el grado de regulación sobre la competencia, a su vez ambos tienen varias diferencias que sucintamente mencionaré¹⁶³. Tienen orígenes históricos diferentes, el primero se inspira en la creación de la legislación de competencia alemana y europea, mientras que el segundo surge a partir de las concepciones del juez Brandeis y la perduración de sus ideas en el mundo actual; la perspectiva *ordo liberal* pone énfasis en los peligros del poder económico no sólo

¹⁶⁰ Gerber, David J. (2020) 'The Goals and Uses of Competition Law', *Competition Law and Antitrust*, Clarendon Law Series, Oxford Academic.

¹⁶¹ Zäch. R. (2009) 'Freedom to compete and the more economic approach – limits imposed by law' 40(6) *Int'l Rev Intell Prop & Competition L* 623, 623.

¹⁶² G Monti EC Competition Law (Cambridge: Cambridge University Press, 2007) pp 25-26 and 51–52.

¹⁶³ Maier-Rigaud, Frank P. (2011) «On the Normative Foundations of Competition Law: Efficiency, Political Freedom and the Freedom to Compete». SSRN Scholarly Paper. Rochester, NY.

para la eficiencia y el bienestar del consumidor sino que para la democracia en una relación de interdependencia, mientras que los neo-brandesianos pese a reconocer el rol democrático del poder económico siguen comulgando con las ideas liberales clásicas al omitir el problema del poder económico en sí.

En Chile, si bien no hay indicios expuestos de influencia ordo liberal a nivel legal, sí hay algunas luces jurisprudenciales en torno a acuerdos entre competidores y conductas referidas al abuso de posición dominante, en específico sobre precios predatorios y descuentos por fidelidad. Sobre lo primero. Sobre lo segundo, en cuanto a precios predatorios en el emblemático caso contra James Hardie el TDLC rechazó la demanda bajo los requisitos de “una razonable expectativa de recuperar a futuro las pérdidas a corto plazo” y “fijación de precios de venta por debajo de los costos relevantes”, lo que fue revocado por la Corte Suprema bajo la mirada de que no era necesario ejercer posición dominante¹⁶⁴; así también, el TDLC rechaza a grandes rasgos la aplicación de descuentos por fidelidad si su aplicación fue por actores con posición dominante de forma ampliamente extendida y sin mediar justificación económica que los sustente¹⁶⁵. Sumando estos precedentes, en general el TDLC ha sido más estricto económicamente (en el análisis de requisitos y procedencia) en la imputación de conductas que la Corte Suprema en torno a alegaciones de conductas como las que inspiraron la influencia ordo liberal, aunque con el defecto de la falta de rigor técnico-económico y el enfoque más a los principios en el caso del supremo tribunal.

1.3.5. PROTECCIÓN DE LA COMPETENCIA O TUTELA DEL PROCESO COMPETITIVO: LA INFLUENCIA DEL JUEZ BRANDEIS Y LA LLEGADA DE LOS NEOBRANDESIANOS

La protección de la competencia, efectiva competencia, protección del proceso competitivo o tutela del proceso competitivo es un estándar que se enfoca en proteger el proceso de la competencia en sí, antes que proteger un resultado en particular. En otras palabras, se centra en preservar la competencia efectiva para así beneficiar a todos los agentes económicos que se benefician de ella, y no sólo a los consumidores. En este estándar, la competencia es la rivalidad entre empresas, y que puede ser beneficiosa para los consumidores, por ejemplo,

¹⁶⁴ Véase Caso James Hardie; Sentencia n°39/2006 TDLC.

¹⁶⁵ Véase Caso Fósforos; Sentencia n° 90/2009 TDLC.

compitiendo en quién ofrece precios más bajos, pero también en recursos como ver quién compite por empleados. Entonces el foco está en preservar la competencia para aquellos que se benefician de ella, y no sólo los consumidores.¹⁶⁶ Puede parecer tautológico, pero se vuelve a las raíces de la libre competencia tratando de señalar que el objetivo y meta de esta disciplina es “promover la competencia desincentivando las conductas anticompetitivas”.¹⁶⁷

Este estándar apunta a que la libre competencia sea un cuerpo de normas que proteja y castigue las disrupciones ocurridas en todo el proceso competitivo, es decir, debemos preguntarnos sobre si alguna conducta “promueve la competencia, o si tal como es, puede suprimir o incluso destruir la competencia”. Dicha evaluación es compleja y requiere como mínimo, analizar el contexto, la historia de la industria o mercado relevante, las pretensiones del acusado, y si lo que hizo calza en alguna de las categorías familiares de una conducta anticompetitiva, o si estamos ante un nuevo fenómeno, se tiene que ver el poder de mercado para ver la diferencia de la conducta de la firma en específico y si realmente es una amenaza al proceso de la competencia.¹⁶⁸

Volviendo a las raíces históricas del derecho de la competencia, este bien jurídico tiene sus fundamentos en un nuevo movimiento llamado “*New Brandeis*” o los “*Neo-brandesianos*”, inspirados en la trayectoria intelectual del juez americano de la Corte Suprema Louis Brandeis.

Brandeis a principios del siglo XX, exitosamente actualizó el régimen antimonopolio de EE.UU. avocándose en dismantelar los monopolios para proteger a los propietarios independientes y mantener un poder económico descentralizado. El sentido que tiene esta idea es que el poder económico mantenido en las grandes corporaciones podía usarse a la larga para elevar precios y aprovechar ganancias supra competitivas, generándoles a estos agentes económicos un poder político que desencadenaba una corrupción de influencias inaceptable dentro de una democracia liberal.¹⁶⁹

¹⁶⁶ OECD. (2023) The Consumer Welfare Standard - Advantages and Disadvantages Compared to Alternative Standards, OECD Competition Policy Roundtable Background Note.

¹⁶⁷ Consumer Unity & Trust Society Centre for Competition, Investment and Economic Regulation, Towards a Healthy Competition Culture... *i (2003), archived at <https://perma.cc/W89G-5RWK>

¹⁶⁸ Tim Wu, *The “Protection of the Competitive Process” Standard*, Columbia Public Law Research Paper No. 14-612 (2018). Available at: https://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship/2290

¹⁶⁹ Louis D. Brandeis, “A Curse of Bigness,” Harper's Weekly, Dec. 20, 1913, 18–21.

Desde los objetivos de la libre competencia, Brandeis era del pensamiento de que valores más allá de los económicos servían a la protección de la competencia, de tal manera que se preservase la democracia y la libertad individual. La libre competencia no reside en una isla aparte de la sociedad, sino que ayuda a la formación de la sociedad. Lo anterior en ningún caso significa el sacrificio de los consumidores para la protección de los competidores, más bien la legislación de competencia puede proteger ambos intereses al mismo tiempo.¹⁷⁰

Inspirándose en esta corriente de pensamiento, la declaración de principios de este movimiento está marcada por la llamada “Declaración de Utah” tras una conferencia titulada “Un nuevo futuro para el antimonopolio” donde se suscribe que: “(1) La concentración de poder privada a ojos democráticos es un asunto de importancia constitucional; (2) La protección de la justa competencia es un medio para una sociedad próspera y democrática, y un instrumento para la creación de oportunidades y distribución de riqueza y poder; (3) La concentración excesiva de poder económico privado engendra presiones políticas antidemocráticas y perjudica el ejercicio de las libertades; y (4) Pese a que la libre competencia no sea la respuesta a todas las aflicciones económicas, es democráticamente promulgada y necesaria para lograr estos objetivos; es en virtud de aquellos principios que llamamos a seguir reformas a la actual doctrina del antitrust y labor de *enforcement*”.¹⁷¹

En la misma línea de la declaración anterior, Lina Khan agrega ideas sobre la dirección de los neo-brandesianos señalando que:

1) La libre competencia es una herramienta para estructurar la sociedad en sus bases democráticas, en el entendido que, hay poder suficiente en la concentración económica para que influya en un detrimento a nivel gubernamental, a través del lobby, financiamiento de campañas políticas, inversión en investigación, influencias políticas, etc; en este mismo sentido, él creía que la estructura de los mercados y de nuestra economía puede determinar cuanta libertad los individuos realmente en su día a día;

2) Las leyes antitrust son más que sólo eso, son parte de un sistema institucional de pesos y contrapesos que promueve mercados abiertos y justos; the Federal Reserve, the Department

¹⁷⁰ Sallet, Jonathan. «The Goals of Antitrust: The Legislative Perspective», Benton Foundation. 6 de noviembre de 2018. <https://www.benton.org/blog/goals-antitrust-legislative-perspective>.

¹⁷¹ Wu, Tim. “The Utah Statement: Reviving Antimonopoly Traditions for the Era of Big Tech”, OneZero, 2019.

of Agriculture, the Federal Communications Commission, the Department of Transportation, the Patent and Trademark Office, the Office of the United States Trade Representative, the Department of Defense, the Securities and Exchange Commission, entre muchas otras, gozan de gran poder regulatorio antimonopólico;

3) Antimonopolios no significa que una gran firma en tamaño sea mala. Hay industrias que naturalmente tienden a comportarse monopolícamente ante lo cual se debe responder con una regulación que prevenga a estas empresas de explotar su poder, y debido a esto se deben establecer los incentivos correctos a nivel corporativo para que se provea el mejor servicio posible en esa situación de dependencia monopolística.

4) La legislación de competencia debe enfocarse en las estructuras de mercado y el proceso competitivo, y no en los resultados. La ilusión de las “fuerzas naturales del mercado” de la Escuela de Chicago ha demostrado perjudicar a los consumidores y a la competencia, por ende, la única manera de hacer frente a esto es a través de la ley y políticas públicas.¹⁷²

Remontándonos a los orígenes de este movimiento, liderado por Tim Wu y Lina Khan, esta visión nueva de la política de competencia surge a propósito del surgimiento de las “Big Tech”, plataformas de tecnología de la era del internet con gran control de información y datos personales que a lo largo de los años han visto un aumento en la concentración de su poder de mercado a través de fusiones con firmas emergentes aprovechándose –al no tener competencia- de economías de redes y escala (Google, Facebook, Twitter o X, Apple, Amazon, etc).

Los riesgos de estas compañías están en las mismas razones que planteaba el Juez Brandeis: influencia política, la que quedó demostrada en las elecciones estadounidenses de 2016 donde se usó Facebook, YouTube y Twitter para hacer campaña con información falsa o teorías conspirativas; un apalancamiento de sus plataformas a otros servicios, así Google promueve preferentemente sus propios productos y servicios –que compiten con terceros- a través de la tienda Play Store, y lo mismo hace Apple con el App Store; y la pérdida de autonomía del consumidor pues las Big Tech al saber nuestros hábitos de consumo, historiales de búsqueda

¹⁷² Khan, Lina. «The New Brandeis Movement: America’s Antimonopoly Debate». *Journal of European Competition Law & Practice* 9, n.º 3 (1 de marzo de 2018): 131-32. <https://doi.org/10.1093/jeclap/lpy020>.

e incluso comunicaciones personales, generan mecanismos de adicción, manipulación y fidelización de los usuarios a sus propios servicios¹⁷³.

El movimiento neo-brandesiano niega que la legislación de competencia haya estado diseñada desde un estándar de bienestar del consumidor, por lo que reflejan sus ideales a través del bien jurídico protegido de tutela del proceso competitivo, pues a grandes rasgos sostienen una mayor intervención estatal a través de una legislación que promueva la competencia entre competidores como fin en sí mismo. Sin embargo, entre los autores que suscriben esta escuela, hay diversos entendimientos sobre qué significa tutelar el proceso competitivo. Kanter dice que “el proceso competitivo es cómo la rivalidad juega en el mercado entre múltiples competidores, es otorgar menores precios a los consumidores para que compren tus bienes en vez de los del rival o pagar mayores salarios para atraer talento a ti y no al competidor; el corazón del proceso competitivo es garantizar que todos participen de un mercado abierto que tenga la libre oportunidad de seleccionar entre todas las alternativas que se ofrecen”¹⁷⁴. Khan interpreta el proceso competitivo enfocado evaluar estructuras de mercado¹⁷⁵ y evitar la concentración del poder de mercado, en concordancia con los fines iniciales de la política antitrust¹⁷⁶. Carlton lo define como “dejar que las firmas compitan entre ellas, en un proceso que genere ciertos resultados deseables económicamente tales como precios bajos, productos innovadores y altos sueldos”¹⁷⁷. Wu, si bien no define este estándar, señala algunos elementos centrales de la agenda neo-brandesiana para entenderlo: una revisión más estricta y democrática de las operaciones de concentración,

¹⁷³ Posner, Eric. «Biden’s Antitrust Revolutionaries | by Eric Posner». Project Syndicate, 18 de junio de 2021. <https://www.project-syndicate.org/commentary/new-brandeisians-antitrust-for-big-tech-by-eric-posner-2021-06>.

¹⁷⁴ «Office of Public Affairs | Assistant Attorney General Jonathan Kanter Delivers Remarks at New York City Bar Association’s Milton Handler Lecture | United States Department of Justice», 18 de mayo de 2022. <https://www.justice.gov/opa/speech/assistant-attorney-general-jonathan-kanter-delivers-remarks-new-york-city-bar-association>.

¹⁷⁵ En la práctica significa tener en consideración: 1) Barreras de entrada; 2) Conflictos de interés; 3) Emergencias de “cuellos de botella”; 4) Uso y control sobre datos; y 5) Dinámicas de poder de negociación. Con estos factores se visualizaría cómo un mercado está estructurado y si alguna sola firma ha adquirido suficiente poder para distorsionar un escenario competitivo, lo que cobra aún más relevancia hablando de plataformas digitales de internet.

¹⁷⁶ Khan, Lina M. «Amazon’s Antitrust Paradox». Accedido 7 de junio de 2023. <https://www.yalelawjournal.org/note/amazons-antitrust-paradox>.

¹⁷⁷ Carlton, Dennis W., Understanding Basic Principles and Facts about Antitrust to Create a Basis for Some (Any?) Consensus (July 28, 2022). Competition Policy International, Forthcoming , Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4175475> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4175475>

volver a generar “casos grandes” contra los *trusts* y monopolios, retornar a la política de “breakups” (división de grandes empresas en firmas más pequeñas) y bloqueo de fusiones¹⁷⁸.

En su doctrina, este movimiento señala además que: (1) La coerción vertical, restricciones verticales y fusiones verticales no debiesen gozar de una presunción de beneficio público; (2) Los acuerdos de no competencia deberían presumirse ilícitos; (3) La doctrina *Trinko* de preferencia regulatoria debe ser anulada¹⁷⁹; (4) El test de precios predatorios del caso *Brooke Group*¹⁸⁰ y de ofertas predatorias de *Weyerhaeuser* deben anularse; (5) El estándar para establecer apalancamiento monopolístico del caso *Berkley Photo* debe restaurarse¹⁸¹; (6) Se debe revitalizar la doctrina de la facilidad o insumo esencial para las empresas dominantes que nieguen el acceso a servicios de infraestructura críticos; (7) Deben reestablecerse las presunciones estructurales en la revisión de fusiones; (8) La doctrina del caso *LinkLine* que sostiene que las acusaciones de estrangulamiento de márgenes fracasan como reclamaciones independientes debe ser anulada¹⁸²; (9) *Noer-Pennington* debería ser anulado y reemplazado por la defensa de la Primera Enmienda y un estatuto de protección para los trabajadores¹⁸³; (10) La excepción del Clayton Act para trabajadores debería ser extendida para todos los trabajos de los que se vive, independientemente de su situación laboral legal, para la coordinación horizontal, la negociación colectiva y la acción colectiva en servicio de cualquiera.¹⁸⁴ Desde una visión más global, estas propuestas apuntan a una nueva

¹⁷⁸ Wu, Tim, "The Curse of Bigness: Antitrust in the New Gilded Age" (2018). *Faculty Books*. 63. <https://scholarship.law.columbia.edu/books/63>

¹⁷⁹ *Trinko* y un caso posterior, *Credit Suisse*, exigen que los tribunales consideren la complejidad de los posibles conflictos entre las normas de libre competencia y otros esquemas regulatorios al decidir si un esquema regulatorio excluye implícitamente la aplicación de las leyes antitrust.

¹⁸⁰ Ver supra Escuela Post-Chicago. Y *Weyerhaeuser* amplió la prueba de este caso a la compra depredadora (o sobre oferta) por parte de un monopolista del lado de la compra.

¹⁸¹ *Berkley Photo* sostuvo que “el uso del poder de monopolio logrado en un mercado para obtener una ventaja competitiva en otro mercado es una violación de la sección 2 (de la Sherman Act), incluso si no ha habido un intento de monopolizar el segundo mercado”.

¹⁸² *LinkLine* sostuvo que cuando no existe el deber de negociar a nivel mayorista ni la fijación de precios predatorios a nivel minorista, una empresa no está obligada a fijar el precio de estos dos servicios de una manera que preserve los márgenes de beneficio de sus rivales.

¹⁸³ La doctrina *Noer-Pennington* sostiene que las entidades privadas son inmunes a la responsabilidad en virtud de las leyes antitrust por los intentos de influir en la aprobación o aplicación de leyes, inclusive si las leyes que defienden tendrían efectos anticompetitivos.

¹⁸⁴ Wu, Tim. “The Utah Statement: Reviving Antimonopoly Traditions for the Era of Big Tech”, *OneZero*, 2019; y sobre las cinco citas anteriores Michael Jacobs, “La Declaración de Utah y el simposio “Los nuevos

conceptualización del fenómeno de los mercados modernos digitales y globalizados valorizando la influencia creciente de estos en la democracia actual, por lo que elementalmente pretenden: la preservación de estructuras de mercado competitivas reconociendo que la competencia no es un estado natural; protegiendo a individuos, compradores, consumidores y productores, con tal de proteger la resiliencia en el flujo de la cadena de suministro y los participantes del mercado a lo largo de esta cadena; valorar las oportunidades para los competidores, en cada nivel de la cadena de suministros y fomentando el acceso de las empresas a los mercados sin la existencia de coerción, interferencia, exclusión, o discriminación por parte de gigantes poderosos y potencialmente verticalmente integrados; promover la autonomía individual y el bienestar; dispersar el poder privado, ya que el poder económico se traduce en poder político no sólo en la política formal, sino que en relaciones entre empleadores y trabajadores, entre compradores concentrados y proveedores difusos, y en los canales y flujo de información a lo largo de las redes sociales, entonces el recordatorio es que uno de los objetivos fundamentales de la libre competencia es prevenir presiones anticompetitivas y antidemocráticas que surjan de concentraciones de poder económico y asegurar una equitativa e inclusiva distribución del poder en la economía, incluyendo en las fases de suministro y entre empresas.¹⁸⁵

En EE.UU., actualmente los neo-brandesianos marcan mucha presencia en el marco institucional de la administración Biden, en gran parte por la asunción de Lina Khan como comisionada de la Federal Trade Commission, de Tim Wu como parte del consejo económico de Biden y de Jonathan Baker como abogado general de la División Antimonopolios del Department of Justice. Es así, que se marca un hito en la política de competencia americana cuando el presidente Biden firma una Orden Ejecutiva¹⁸⁶ con el fin de tomar una acción decisiva para reducir la tendencia de consolidación corporativa, aumentar la competencia y brindar beneficios concretos a los consumidores, trabajadores, agricultores y pequeñas

‘locos años veinte’: la agenda progresista de las leyes de antitrust y protección al consumidor”, Investigaciones CeCo (noviembre, 2022).

¹⁸⁵ Steinbaum, Marshall and Stucke, Maurice E., The Effective Competition Standard: A New Standard for Antitrust (November 29, 2018). 86 University of Chicago Law Review 595 (2019), University of Tennessee Legal Studies Research Paper No. 367, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3293187>

¹⁸⁶ House, The White. «Executive Order on Promoting Competition in the American Economy». The White House, 9 de julio de 2021. <https://www.whitehouse.gov/briefing-room/presidential-actions/2021/07/09/executive-order-on-promoting-competition-in-the-american-economy/>.

empresas¹⁸⁷. Esta Orden Ejecutiva aborda diversos mercados e influye en la actuación de más de una docena de agencias federales para que, a través de sus facultades legales vigentes, promuevan la competencia en los sectores de salud, trabajo, agricultura, transporte, internet, tecnología, servicios financieros y mercado laboral¹⁸⁸.

Mientras tanto, en Europa no se le ha dado tanta atención a este movimiento por considerarlo “populista” o “híster” y a sus exponentes como paladines anti-Big Tech y anti-eficiencia¹⁸⁹. Más allá de la caricatura, en general ha existido una independencia del derecho de la competencia europeo en comparación a su ancestro americano, dada una percepción de que este último no ha estado a la altura para enfrentar los nuevos desafíos de la libre competencia, especialmente en lo que concierne a las transformaciones digitales¹⁹⁰. Un precedente particular está en la decisión italiana del caso Amazon¹⁹¹ por abuso de posición dominante en el mercado nacional de intermediación de servicios en plataformas de e-commerce (marketplaces) en infracción del artículo 102 del TFUE¹⁹², así la autoridad de competencia italiana consideró que Amazon tiene una posición de super dominancia promoviendo sus propios servicios logísticos en detrimento de los de la competencia generando un efecto de apalancamiento mientras fortalecía su dominancia en dicho mercado relevante; por un lado, la competencia en los operadores logísticos fue privada de una parte significativa de la demanda de los retailers activos en el marketplace de Amazon haciendo más difícil para ellos competir y, por consiguiente, impidiendo el desarrollo de competencia efectiva en el mercado; y por otro lado, Amazon hizo ventas simultáneas en varias plataformas (también llamado multihoming) más costosa para los retailers activos, causándoles una disminución

¹⁸⁷ House, The White. «FACT SHEET: Executive Order on Promoting Competition in the American Economy». The White House, 9 de julio de 2021. <https://www.whitehouse.gov/briefing-room/statements-releases/2021/07/09/fact-sheet-executive-order-on-promoting-competition-in-the-american-economy/>.

¹⁸⁸ «Déjà vu: La Orden Ejecutiva de Biden y la influencia neo-brandeisiana | CeCo», 21 de julio de 2021. <https://centrocompetencia.com/la-orden-ejecutiva-de-biden-y-la-influencia-neo-brandeisiana/>.

¹⁸⁹ J. M. Newman, Reactionary Antitrust, *Concurrences* No. 4-2019, art. No. 92005, pp. 66–72

¹⁹⁰ Vezzoso, Simonetta. «The First New Brandeisian Decision in Europe?: Insights from the Utah Statement». *Concurrences Review*, n.º N° 2-2022 (1 de mayo de 2022): 70-77.

¹⁹¹ A528, *FBA Amazon*, Provvedimento No. 29925, 9 December 2021, available at https://www.agcm.it/dotcmsdoc/allegati-news/A528_chiusura%20istruttoria.pdf (in Italian)

¹⁹² Amazon, primero, definió una serie de funcionalidades para permitir a terceros vendedores obtener mayor visibilidad en sus ofertas y una mejora en su performance de ventas en el Marketplace; estas funcionalidades eran exclusivas e irreplicables ventajosas para terceros en el mercado nacional italiano. Segundo, hay evidencia de que el acceso a estas funcionalidades fue condicional bajo una suscripción de los terceros a la oferta integrada logística ofrecida por la propia Amazon, lo que incentivaba el uso de esta plataforma por los terceros pese a las características del servicio o su habilidad para satisfacer necesidades específicas.

de sus ofertas en otros marketplaces competidores. Esta decisión tiene un tinte neobrandesiano pues, en concordancia con lo planteado por Khan, se analiza la estructura en el mercado en el mercado de las plataformas y la estrategia de negocios de Amazon basada en una disposición a sostener pérdidas e invertir agresivamente a las expensas de los retornos más su integración en múltiples líneas de productos, lo que se agrava más aún en un contexto de plataformas digitales, pues los incentivos de dicho mercado están en perseguir crecimiento sobre rentabilidad donde un esquema predatorio se vuelve racional y porque las plataformas sirven como intermediarias integrándose a través de diversas líneas de negocios donde sirven como infraestructura esencial. Entonces este rol dual así habilita a la compañía a explotar la información recolectada usando los servicios de esas empresas para debilitarlos como (potenciales) competidores.¹⁹³

Sin embargo, fuera del movimiento y aludiendo al estándar de protección de la competencia, el paradigma europeo se da en términos de “una efectiva estructura competitiva”. Su reflejo está en la jurisprudencia europea donde reiteradamente han sostenido que el derecho de la competencia “no sólo apunta a las prácticas que puedan causar daño directo a los consumidores, sino que también a las cuales signifiquen un detrimento a estos por su impacto en una efectiva estructura competitiva”¹⁹⁴. La Corte de Justicia en el caso *T-Mobile* sobre el derecho de la libre competencia europeo dijo que “está diseñado para proteger no sólo el interés inmediato de competidores o consumidores individuales, sino que también para proteger la estructura del mercado y su competencia como tales” añadiendo además que “una práctica concertada puede tener un objetivo anticompetitivo inclusive en el caso de que no exista conexión directa entre aquella práctica y los precios al consumidor”.¹⁹⁵ Similarmente, en el caso *GlaxoSmithKline Services Unlimited v. Commission*, la misma Corte de Justicia sostuvo que el artículo 101 del TFUE “apunta a proteger no sólo los intereses de los

¹⁹³ Lina M. Khan, *Amazon's Antitrust Paradox*, 126 Yale L. J. 710 (2017). Available at: https://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship/2808

¹⁹⁴ Case 6-72 Europemballage Corporation and Continental Can Company Inc. v Commission [1973] ECR-215, para 26; Case C-95/04 British Airways Plc v Commission Court of Justice, [2007] ECR I-2331, para 106; Case T-340/03 France Telecom SA v Commission [2007] ECR II-107, para 266; TeliaSonera (n 20) para 24; Joined Cases C-468 to 478/06 Sot. Léllos kai Sia and Others [2008] ECR I7139, para 68; and Case C-280/08 P Deutsche Telekom v Commission [2010] ECR I-9555, para 176

¹⁹⁵ Case C-8/08 T-Mobile Netherlands and Others [2009] ECR I-4529, paras 31, 36, 38-39.

competidores o consumidores, también la estructura del mercado, y a través de esta, la competencia en sí misma”.¹⁹⁶

En Chile, inclusive antes del surgimiento del movimiento neo-brandesiano se ha usado la tutela del proceso competitivo como un objetivo de la normativa de competencia, aunque no con el mismo enfoque, sino que con una aproximación sustentada en el orden público económico y la evaluación de las estructuras de mercado.¹⁹⁷

Un ejemplo emblemático de esta mirada está en el famoso caso Banco Estado, donde la Corte Suprema revierte el fallo del TDLC sobre discriminación arbitraria en el mercado de las transferencias electrónicas de fondos en línea con una argumentación fundada en que las tarifas diferenciadas atentaban contra la igualdad de la ley, principio que es interpretable junto a otros principios aplicables a la libre competencia chilena tales como la subsidiariedad, la libre iniciativa, la transparencia del mercado, la no discriminación arbitraria y la igualdad de oportunidades para competir en los mercados.¹⁹⁸ De esta mirada institucional en base a principios combinada con un análisis del mercado pertinente más enfocado en las conductas y la regulación en sí, que en la configuración de una posición de dominancia, sin duda tintan la jurisprudencia de aires neo-brandesianos que ponen el acento en la evaluación del funcionamiento y las dinámicas del mercado, evitando la concentración del mercado y dejando a quienes compiten innovar en su oferta de productos. Otro precedente parecido, también de discriminación arbitraria y con una argumentación referida análogamente al orden público económico y su integración en los mercados, es el caso Transbank¹⁹⁹.

* * * * *

Para concluir este subcapítulo, vale mencionar que los bienes jurídicos mencionados en específico no son los únicos que forman parte del derecho de la libre competencia, sino que son los más relevantes para entender el debate de bien jurídico. Otros bienes jurídicos u

¹⁹⁶ Case C-501/06 P GlaxoSmithKline Services Unlimited v Commission and Others [2009] ECR I-9291, para 63. Ezrachi, Ariel. “The Goals of EU Competition Law and The Digital Economy”, BEUC the European Consumer Organisation, Discussion Paper, p. 7.

¹⁹⁷ Ver infra 483.

¹⁹⁸ Corte Suprema, Sentencia Rol n°125.433-2020.

¹⁹⁹ Véase Sentencia Rol n°24.828-2018, Corte Suprema.

objetivos de la libre competencia que emergen en otras jurisdicciones, además de los ya mencionados, son la promoción de la libertad económica, equiparar la cancha para pequeñas y medianas empresas, promover la justicia, equidad y pluralismo, promover la elección del consumidor, alcanzar integración de mercado, facilitar la privatización y liberalización del mercado, y promover la competitividad en los mercados internacionales.²⁰⁰

²⁰⁰ Int'l Competition Network, Report on the Objectives of Unilateral Conduct Laws, Assessment of Dominance/Substantial Market Power, and State-Created Monopolies 31 (2007) [hereinafter 2007 ICN Report], available at <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc353.pdf>.

CAPITULO II: EVOLUCIÓN Y TENDENCIAS JURISPRUDENCIALES ACTUALES SOBRE BIEN JURÍDICO TUTELADO EN EL DERECHO DE LA LIBRE COMPETENCIA

Habiendo revisado las principales concepciones de bien jurídico protegido, definiciones y características, ahora corresponde demostrar la evolución que ha tenido este concepto, con tal de vislumbrar que el debate de bien jurídico protegido no es estático, sino que es dinámico y varía a medida que surgen nuevas tendencias en la jurisprudencia y la libre competencia adapta a los nuevos fenómenos que ocurren en los mercados.

De esta manera, con fines académicos, sistematizaremos el análisis en la caracterización de dos modelos: uno clásico que valora como bien jurídico solamente el bienestar del consumidor y la eficiencia como objetivos iniciales y esenciales de la libre competencia desde una mirada exclusivamente económica, y otro flexible que acepta la incorporación de nuevos bienes jurídicos a medida que surgen nuevas tendencias en los mercados y las prioridades en el *enforcement* de libre competencia, que también admite criterios económicos pero compatibles con otros no-económicos, ya sea, sociales, ambientales, laborales, entre varios.

Ambos modelos están basados en una dicotomía (aparente) entre dos clases de objetivos dentro de cada modelo: 1) El modelo clásico que postula una implementación económica desde la economía del bienestar, a través de los estándares de bienestar del consumidor, eficiencia y bienestar general; y 2) El modelo flexible, que trata objetivos no necesariamente económicos o también llamados “de política pública”, a través de los bienes de libertad económica, integración del mercado común, tutela del proceso competitivo y otros objetivos de tipo socio-económico o de interés público tales como empleo, competitividad nacional, protección medioambiental y sustentabilidad.

Cada uno de estos bienes, objetivos o estándares mencionados provienen o han tenido algún grado -mayor o menor- de evolución doctrinal, jurisprudencial o regulatoria en algunos de los dos polos de desarrollo de la libre competencia a nivel global: Estados Unidos o la Unión Europea. En este mismo sentido, es que una forma mixta de aproximación sobre estos polos recae en nuestro país, Chile, por lo que también será parte del análisis al constituir un referente latinoamericano importante en cuanto al desarrollo de la política de competencia.

La metodología de este capítulo consistirá en revisar históricamente la evolución y precedentes en estos tres países de manera comparada sobre sus objetivos, estándares y bienes en sus respectivas legislaciones de libre competencia, con el debido contexto y entendimiento que merecen sus propias tradiciones jurídicas, criterio que se repetirá para el Capítulo IV, con el fin de dar una perspectiva global de la evolución del debate de bien jurídico tutelado de los dos grandes polos de desarrollo que han forjado el desarrollo de la libre competencia a nivel mundial -EE.UU y la Unión Europea-, y revisar a su vez la evolución en nuestro país y cómo ambos polos de influencia han determinado los precedentes y desarrollo chilenos.

El Capítulo presente se divide en dos subcapítulos, cada capítulo expone primero un marco general de conceptualización de cada modelo propuesto y secciones a través de las que se hace un recorrido comparado por los diversos hitos y argumentos históricos de ambos polos de pensamiento, más nuestro país, bajo los cuáles se justifica la adopción de un modelo clásico de economía del bienestar o de un modelo flexible de una multiplicidad de objetivos y bienes, respectivamente.

2.1. EL MODELO CLÁSICO: DE LA ECONOMÍA DEL BIENESTAR

Denominamos modelo clásico al enfoque que la libre competencia ha hecho en sus objetivos y metas al bienestar del consumidor, bienestar general o la eficiencia, los cuales son los bienes tradicionales en los que se fundamenta la legislación de competencia dado el carácter intrínsecamente económico que proveen. Además, por las importantes consideraciones de la economía clásica y neoclásica sobre el objetivo de la libre competencia frente a los mercados. La invocación del estándar de bienestar del consumidor o eficiencia se puede hacer de manera directa, aludiendo a alguno de estos dos elementos expresamente, o por relación, cuando indirectamente se le conecta a través de otros bienes o consideraciones. Este modelo se enmarca también en lo dicho por varios autores bajo una “concepción económica” de los objetivos de la libre competencia, basada en la economía del bienestar o *welfare economics*²⁰¹. La economía del bienestar estudia la medida del bienestar social y se sostiene

²⁰¹ Vease Lianos, Ioannis. Some Reflections on the Question of the Goals of Competition Law. Centre for Law, Economics and Society, Faculty of Laws, UCL. Research Paper Series 3/2013. January 2013; Sauter,

en gran parte de la teoría económica moderna, incluyendo la microeconomía y la organización industrial. Entonces, la política de competencia, teniendo el potencial de hacer a las sociedades sustancialmente mejor, no llega a perfeccionar un óptimo de Pareto, pues usualmente involucra la decisión de hacer al menos a una de las partes peor²⁰², tal como se pudo revisar en el capítulo anterior.

Así, los objetivos económicos de la libre competencia, en síntesis, están en incrementar el bienestar material de una sociedad a través de una técnica de rivalidad entre firmas, por ende, con fin tienen enriquecer la riqueza social agregada -a través de la eficiencia económica- bajo la tarea de que los consumidores reciban una apropiada porción de dicha riqueza -en un bienestar al consumidor o general- que sea provista por un mercado competitivo.²⁰³

Es ampliamente aceptado que la economía juega un rol crucial en la configuración del derecho de la competencia, el que incluso con los años ha ido aumentando. Como señala el juez norteamericano Posner:

*“Casi todo profesional involucrado en la libre competencia hoy día -sea litigante, fiscal, juez, académico, u observador informado- no sólo está de acuerdo con que el único fin de las leyes antitrust debería ser promover el bienestar económico, pero también está de acuerdo en los principios esenciales de la teoría económica que deben ser usados para determinar la consistencia de una práctica específica de negocios con ese objetivo”.*²⁰⁴

La competencia entre sus bienes tiene inherentemente un componente económico. La competencia ocurre en un mercado pertinente definido, un espacio físico o digital donde interactúa la oferta de un bien o servicio y la demanda de quienes quieren comprarlo. Los mercados perfectos no existen y son escasas las situaciones donde no hay interferencias en

Wolf, 'Objectives and Boundaries', *Coherence in EU Competition Law* (Oxford, 2016; online edn, Oxford Academic, 18 Aug. 2016), <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780198749158.003.0003>, accessed 18 Nov. 2023; D. Zimmer (ed.), *The goals of competition law*, papers of the 5th ASCOLA conference (Cheltenham: Edward Elgar, 2012); O. Odudu, *The Boundaries of EC Competition Law: The Scope of Article 81* (Oxford: Oxford University Press, 2006); R.B. Bouterse, *Competition and Integration: What Goals Count?: EEC Competition Law and Goals of Industrial, Monetary, and Cultural Policy* (Deventer: Kluwer, 1994).

²⁰² OECD (2023), The Consumer Welfare Standard - Advantages and Disadvantages Compared to Alternative Standards, OECD Competition Policy Roundtable Background Note, www.oecd.org/daf/competition/consumer-welfare-standard-advantages-and-disadvantages-to-alternativestandards-2023.pdf.

²⁰³ Brodley, J. F. (1987). The economic goals of antitrust: efficiency, consumer welfare, and technological progress. *New York University Law Review*, 62(5), 1020-1053.

²⁰⁴ Richard A Posner, *Antitrust Law* (2nd ed, University of Chicago Press 2001). p. ix.

estos intercambios; estas mismas interferencias en el juego libre de la oferta y la demanda reduce los beneficios para los participantes y la sociedad. El derecho de la libre competencia combate esas distorsiones dañinas porque reducen los beneficios económicos que los mercados pueden proveer; dependiendo de la perspectiva que tengamos al tratarlas tendremos enfoques sistemáticos que ven las estructuras de mercado, eficiencia económica, bienestar en cómo el sistema económico funciona; enfoques de resultados sobre lo que se espera producir o los efectos de la protección de la competencia; y enfoques desde la libertad económica que vinculan lo político como un valor esencial de la competencia para su funcionamiento.²⁰⁵

Estos bienes se han caracterizado y han sido valorados positivamente al momento de cuantificar reducciones en la competencia y si estos se traducen en pérdidas de eficiencia o bienestar social dentro de un mercado relevante; permite evaluar conductas u operaciones de concentración y verificar si producen efectos inmediatos o que atentan contra la competencia, donde quedan cubiertas por bienes económicos un buen grupo de conductas, por ejemplo operaciones verticales o de conglomerado que remueven agentes pequeños sin ganancias a los productos del mercado, restricciones verticales como mantener el precio de reventa, o algunos acuerdos horizontales con esquemas de intercambio de información, sólo conjeturalmente dañan la competencia; así también, teorías del daño basadas en factores de producción o bloqueo de clientes son dependientes de los supuestos realizados por conductas posteriores a una concentración donde sólo objetivos económicos pueden entregar un marco analítico; además genera mayor confianza y seguridad jurídica en los sentenciadores en sede de libre competencia, pues se asegura una decisión más técnica en calidad que frente a un caso limite errores y disminuya las probabilidades de litigar o de una nulidad.²⁰⁶

A grandes rasgos, lo positivo de estos bienes están en que proveen una objetividad manifestada a través de la transparencia y cuantificación dada por el análisis económico, pudiendo considerar aspectos más allá del precio, como innovación, calidad, variedad del producto, utilidad, satisfacción, beneficios, excedentes, distribución, necesidades, inclusive

²⁰⁵ Gerber, David J. «The Goals and Uses of Competition Law». En *Competition Law and Antitrust*, editado por David J. Gerber, Oxford University Press, 2020.

²⁰⁶ Radic, Nicolas; Lazar, Patit. (2013) «The Necessity of a Consumer Welfare Standard in Antitrust Analysis». *ProMarket* (blog).

siendo eficaz para casos de productos de precio cero hacia los consumidores.²⁰⁷ Derivado de esta objetividad está la ventaja de entregar soluciones para la libre competencia libres de ideologías exacerbadas con el objetivo de emular en lo más análogo posible un mercado perfectamente competitivo en su economía.²⁰⁸

Aunque igualmente han sido sujeto a críticas pues, pese a su sustento económico neoclásico, el modelo falla en asumir racionalidad y maximización de utilidad al no tomar en consideración factores de la economía del comportamiento que influyen en las preferencias del consumidor²⁰⁹ además de literatura en teoría de juegos que muestra que la conducta humana rutinariamente contraría el supuesto de “interés propio” y que entre las posibles motivaciones conductuales confluyen “preferencias sociales” de altruismo, reciprocidad, posturas éticas, aversión a la inequidad, entre otras²¹⁰; la falta adecuación con criterios de igualdad cuando nuestras decisiones pueden tener un impacto en el bienestar futuro de la población²¹¹; la limitación en rastrear las preferencias de los agentes relevantes para diferentes resultados o estados, el que puede ignorar otros mercados o sectores de la economía potencialmente afectados por una restricción a la competencia²¹²; y aún en la revelación teórica de estas preferencias, no se toma en cuenta que la razón de estas puede deberse a factores tan irrelevantes como por ejemplo la percepción social que se tiene sobre un producto, el contexto social de la elección, información imperfecta, preferencia por el *status quo* o efectos intergeneracionales²¹³; también que al pretender maximizar la

²⁰⁷ ICLE. (2021) “The Consumer Welfare Standard: Bringing Objectivity to Antitrust”. Consumer Welfare Standard, International Center for Law & Economics; CPI. (2018) «Before “After Consumer Welfare” — A Response To Professor Wu - PYMNTS.Com». *PYMNTS.Com - What's next in Payments and Commerce* (blog).

²⁰⁸ Hovenkamp, Herbert J. (2019) Is Antitrust's Consumer Welfare Principle Imperiled? (2019). *Journal of Corporation Law*, Vol. 45, p. 101, 2019, U of Penn, Inst for Law & Econ Research Paper No. 18-15.

²⁰⁹ Amanda P. Reeves and Maurice E. Stucke, (2011) ‘Behavioral Antitrust’, 86 *Indiana Law Journal* 1527, 1528.

²¹⁰ Lianos, Ioannis, The Poverty of Competition Law (April 6, 2018). CLES Research Paper Series 2/2018; ISBN 978-1-910801-16-1, p. 29.

²¹¹ *Ibid*, p. 31.

²¹² Lipsey, R.G. & K. Lancaster (1956-1957) ‘The General Theory of Second Best’ *The Review of Economic Studies*, 24(1) 11–32; Lianos, Ioannis, Some Reflections on the Question of the Goals of EU Competition Law (January 1, 2013). CLES Working Paper Series 3/2013, pp. 9 – 10.

²¹³ Tversky, A. & Kahneman, D. (1986), Rational Choice and the Framing of Decisions, *Journal of Business Studies* 59, pp. 251-278; Cowen, T. (1993) ‘The Scope and Limits of Preference Sovereignty’ *Economics and Philosophy* 9 253-269, spec. pp. 254-258; Samuelson, S. & R. Zeckhauser (1988), ‘Status Quo Bias in Decision Making’, *Journal of Risk and Uncertainty* 1, pp. 7-59; ; Lianos, Ioannis, Some Reflections on the Question of the Goals of EU Competition Law (January 1, 2013). CLES Working Paper Series 3/2013, pp. 9 – 10.

producción o el consumo de un producto o un bien, en cuanto a cantidad de resultados, no se ven los posibles efectos futuros de cantidades masivas de producción o consumo, ya sea para el medioambiente o para estándares adecuados de calidad de vida²¹⁴; entre otras.

Las principales manifestaciones de este entendimiento clásico de los objetivos y metas de la libre competencia están marcadas por la Escuela de Chicago y Post-Chicago, la década de la neo liberalización de 70' y 80' en la Unión Europea hasta el proceso de modernización, e incluyendo a Chile, los inicios y debates legislativos sobre bien jurídico protegido en la libre competencia, las que veremos a continuación.

2.1.1. La Escuela de Chicago y la “era del bienestar del consumidor”.

En los principios de la creación de la política antitrust por parte del Congreso, no existía referencia ni noción de alguna clase de protección o bienestar al consumidor, pues los debates estaban más bien centrados en encontrar una manera a través de la cual se pudiese combatir el poder económico y político de los trusts. Pese al paradigma que caracterizó la discusión de la primera legislación de competencia, un incipiente resabio de una preocupación o interés por los consumidores lo podemos encontrar en el primer borrador del proyecto original de la Sherman Act impulsado por el Senador John Sherman en 1888 el cual señala:

*“Que todos los arreglos, contratos, acuerdos, trusts, o combinaciones entre personas o corporaciones hechas en miras, o que tiendan, a prevenir la completa y libre competencia en la producción, manufactura, o venta de artículos de uso doméstico o producción, o la venta de artículos importados dentro de los Estados Unidos, y todos los arreglos, contratos, acuerdos, trusts, o combinaciones entre personas o corporaciones diseñadas, o que tiendan, al avance del costo hacia el consumidor de cualquiera de dichos artículos, son por este medio declarados contrarios a la política pública, ilegales, y nulos.”*²¹⁵

Lo que es destacable de la redacción original es la preocupación por dos aspectos centrales al realizar una ley de competencia: que haya completa y libre competencia, y preocuparse del avance en los costos hacia al consumidor. En lo último se refleja una leve atención sobre

²¹⁴ Ibid.

²¹⁵ Extraído de Randal C. Picker, *Defining the Consumer Welfare Standard*, Stigler Center Antitrust Conference, 20 April 2023. <https://www.youtube.com/watch?v=5pMQqujdbOA>. [Traducción Libre]

el consumidor en el análisis de competencia. Si bien esta redacción posteriormente no llega al texto final, es interesante la visión clara de lo que el Senador Sherman pretendía con esta legislación.²¹⁶

Avanzando casi un siglo, los orígenes de la concepción del bienestar del consumidor están en la Escuela de Chicago, a propósito del debate americano sobre el objetivo de la Sherman Act. Estos postulan que no existe evidencia de que el Congreso de los EE.UU. haya pretendido bajo las leyes antitrust proteger a los competidores individuales contra el poder de mercado de las grandes firmas.²¹⁷

Los académicos de la Escuela de Chicago creían que los mercados tendían a corregirse por sí mismos frente a cualquier quiebre en el balance competitivo, sin necesidad de la intervención de la regulación de competencia, quedando demostrado que los negocios tienen una tendencia a producir eficiencia al no estar limitados por la ley.²¹⁸ Los fundamentos de esta concepción están en la preferencia de estos autores por la libertad frente a la intervención gubernamental en la economía, visualizando al gobierno como un agente arbitrario e ineficiente que a través de regulación afectaría los derechos de propiedad, libertad de comercio, suprimiendo la individualidad, la iniciativa privada y la creatividad.²¹⁹

Una premisa fundamental del análisis de la Escuela de Chicago era que los precios reales y cantidades, la mayoría de las veces, podían ser tratados como si fueran valores perfectamente competitivos en valores de precio de equilibrio. Desde la aceptación de este supuesto, prácticas como discriminación de precios, ventas atadas, empaquetamientos, contratos de exclusividad, descuentos por lealtad y mantención de precios de reventa deberían aumentar el desempeño del mercado, o al menos, no empeorarlo.²²⁰ Así, se sostiene que la mejor herramienta para maximizar la eficiencia económica en el mundo real es la teoría del modelo

²¹⁶ Ibid.

²¹⁷ Piraino, Thomas A. Jr. (2007) "Reconciling the Harvard and Chicago Schools: A New Antitrust Approach for the 21st Century," *Indiana Law Journal*: Vol. 82: Iss. 2, Article 4.

²¹⁸ Fox, Eleanor M. (1987). The Battle for the Soul of Antitrust. *California Law Review*, 75(3), 917–923.

²¹⁹ Ibid.

²²⁰ Bork, Robert H.. The rule of reason and the per se concept: price fixing and market division, 75, *Yale Law Journal* 373, 1966.

neoclásico de precio y que la persecución de la eficiencia económica asignativa y productiva debe ser el objetivo exclusivo de la libre competencia.²²¹

Otros principios orientadores de esta Escuela están en la afirmación de que gran parte de los mercados son competitivos, incluso si contienen un número relativamente pequeño de oferentes, además de que la diferenciación de producto tiende a socavar la competencia menos de lo que se presumía; los monopolios cuando existen tienden a corregirse por sí mismos, es decir, que las rentas monopolísticas altas incentivan a atraer a nuevos actores por ende la posición monopolística rápidamente se diluye; las barreras de entrada naturales son imaginarias pues como regla general la inversión llegará a cualquier mercado donde el retorno sea alto, siendo la única excepción a esta regla las barreras regulatorias y los costos hundidos propios de cualquier actor que entra en un mercado; las economías de escala son mucho más profundas y efectivas mientras más industrias estén concentradas en una justa medida; el apalancamiento de una cierta cantidad de poder de mercado producía un retorno fijo, fuese en el mercado monopolizado o uno adyacente, lo que se justificaba por razones de eficiencia; la defensa de la competencia debería estar diseñada de tal manera que penalice las conductas que precisamente sean ineficientes, tolerando las que causen eficiencias y las promuevan.²²²

La influencia de la Escuela de Chicago comienza a penetrar a nivel jurisprudencial cuando ROBERT BORK argumenta que las leyes de competencia fueron diseñadas simplemente para incrementar la eficiencia de la economía americana, definiendo eficiencia en términos de maximización de riqueza, y con riqueza aludiendo a bienestar del consumidor, significando rebaja de costos, reducción de precios, y aumento de resultados sobre los bienes y servicios preferidos por los consumidores, con un grado de enredo conceptual sobre el ámbito de protección tal como fue visto en el capítulo I. Sus ideas revolucionaron el derecho antitrust americano.

Más allá de lo anterior, sustentándose en lo prescrito por BORK, la Corte Suprema americana, cayendo en el mismo enredo conceptual pero hablando de “consumer welfare” al fin y al cabo, acepta dicha concepción en los casos *Reiter v. Sonotone*, sobre el forzamiento a pagar

²²¹ Hovenkamp, Herbert J.. (1985). Antitrust Policy after Chicago. *Michigan Law Review*, 84(2), 213–284.

²²² Ibid.

ilegalmente precios altos por audífonos para sordos y servicios relacionados ambos ofrecidos por el mismo retailer sugiriendo que la Sherman Act es una “prescripción para el bienestar de los consumidores”²²³; y *Jefferson Parish Hospital v. Hyde* donde se consideró que un contrato con una empresa de anesthesiólogos para prestar servicios en el hospital, que excluía la postulación para ingresar al hospital como parte del staff, podía concebiblemente tener efectos adversos en la competencia horizontal entre anesthesiólogos u hospitales que finalmente tienen un impacto en el bienestar del consumidor²²⁴.

Debe hacerse notar que estas ideas defensoras del mercado y con una fuerte oposición a lo estatal surgen de una era de decisiones de la Corte Suprema de EE.UU. que reflejaban visiones “populistas”²²⁵ frustrando fusiones de empresas que controlaban apenas 5% del mercado y aplicando regla *per se* para prácticas de negocios sin siquiera analizar aspectos sustanciales de poder de mercado, haciendo eco de la doctrina del juez Louis Brandeis quién dominaba el pensamiento de libre competencia hasta los 70’, tal como se ahondó en la sección de tutela del proceso competitivo²²⁶.

En este sentido, empieza una “era del bienestar del consumidor” caracterizada por una Suprema Corte que derriba y revoca la clásica regla *per se* contra distribuciones en mercados verticales²²⁷, fijación vertical de precios máximos²²⁸, mantención de precio de reventa²²⁹,

²²³ *Reiter v. Sonotone Corp. et al.* 442 U.S. 330 (1979).

²²⁴ *Jefferson Parish Hospital Dist. No. 2 v. Hyde* 466 U.S. 2 (1984).

²²⁵ Vease, por ejemplo, *Ford Motor Co. v. United States*, 405 U.S. 562, 568, 578 (1972) (sentenciando contra una fusión vertical que hubiera resultado en un 10% de participación de mercado)); *United States v. Von's Grocery Co.*, 384 U.S. 270, 271-72, 279 (1966) (lo mismo del caso anterior, pero con un 7,5% de participación de mercado); *Brown Shoe Co. v. United States*, 370 U.S. 294, 343-44, 346 (1962) (5% de participación de mercado); *Standard Oil Co. of Cal. v. United States*, 337 U.S. 293, 295, 314 (1949) (sancionando contratos de exclusividad que hubiera cerrado 16% del mercado). Y para conductas veanse *Albrecht v. Herald Co.*, 390 U.S. 145, 153 (1968) (establecimiento de precio máximo de venta como *per se* ilegal); *United States v. Arnold, Schwinn & Co.*, 388 U.S. 365, 382 (1967) (restricciones verticales no basadas en precio ilegales *per se* también); *Klor's, Inc. v. Broadway-Hale Stores, Inc.*, 359 U.S. 207, 212 (1959) (boicots grupales ilegales *per se*); *N. Pac. Ry. Co. v. United States*, 356 U.S. 1, 5, 7-8 (1958) (ventas atadas ilegales *per se*); *Dr. Miles Med. Co. v. John D. Park & Sons Co.*, 220 U.S. 373, 394, 408-09 (1911) (mantención de precio mínimo de venta ilegal *per se*).

²²⁶ Yoo, Christopher S. (2020) "The Post-Chicago Antitrust Revolution: A Retrospective". All Faculty Scholarship. 2237, p. 2147.

²²⁷ *Cont'l T. V., Inc. v. GTE Sylvania Inc.*, 433 U.S. 36, 59 (1977); derogando el uso de la regla *per se* contra restricciones de manufactureros que prohíben a un distribuidor de vender sus productos en lugares específicos o sobre categorías específicas de consumidores.

²²⁸ *State Oil Co. v. Khan*, 522 U.S. 3, 7 (1997); derogando la regla *per se* contra fijación vertical de precios – que es un requerimiento del productor para que sus vendedores no vendan sus productos sobre precios específicos)

²²⁹ *Leegin*, 551 U.S. at 907; derogando la regla *per se* contra la mantención del precio de reventa – que es el requerimiento del productor para que sus vendedores no vendan sus productos bajo precios específicos)

gran parte de las clases de boicots grupales²³⁰, y lo mismo sobre acuerdos de venta atada²³¹, todos los cuales solían ser tratados como restricciones al comercio ilícitas per se bajo la sección 1 del Sherman Act²³². De la mano, las Cortes adoptan doctrinas restrictivas que limitan el ámbito de acción de la libre competencia, en acreditar el daño competitivo²³³, evidencia circunstancial de conspiraciones antitrust²³⁴, precios predatorios²³⁵, beneficios de los monopolios²³⁶, beneficios de la fijación vertical de precios²³⁷, beneficios de la discriminación de precios, beneficios de las ventas atadas, “mercados de dos lados”²³⁸, y la presunción de legalidad para todas las operaciones verticales de concentración. Justamente es desde el bienestar del consumidor, en todos los casos, donde surge el enfoque de estas doctrinas. Este estándar, en la práctica, tiende a exonerar al demandado y absolverlo de su conducta -que perfectamente desde la visión inicial del antitrust- era condenable.²³⁹

²³⁰ *Nw. Wholesale Stationers, Inc. v. Pac. Stationery & Printing Co.*, 472 U.S. 284, 294 (1985) (limitando la regla per se contra boicots grupales); *NYNEX Corp. v. Discon, Inc.*, 525 U.S. 128, 135 (1998) (limitando la regla per se contra boicots grupales, para que sólo aplique a los acuerdos entre competidores directos para retener sus facilidades, productos o servicios de uno o más consumidores específicos en orden de privarlos de entradas o canales de venta que requirieren competencia hábil)

²³¹ *Jefferson Par. Hosp. Dist. No. 2 v. Hyde*, 466 U.S. 2, 15–17 (1984) (limitando significativamente la regla per se contra acuerdos de ventas atadas); *Illinois Tool Works Inc. v. Indep. Ink, Inc.*, 547 U.S. 28, 31 (2006) (derogando la regla per se contra ventas atadas de un producto atado patentado y otro producto atado)

²³² Markham, William. (2021) *Op cit.*, p. 54 – 55.

²³³ *Brunswick Corp. v. Pueblo Bowl-O-Mat, Inc.*, 429 U.S. 477, 489 (1977) (para que prevalezca una pretensión de libre competencia, el demandante debe probar un daño a la competencia, que “debe reflejar el efecto anticompetitivo ya sea de la violación de la norma o de los actos anticompetitivos que fueron posibles por la violación”); *Rebel Oil*, 51 F.3d at 1433 (la doctrina del daño antitrust requiere que el demandante privado “pruebe que la pérdida proviene de un aspecto anticompetitivo o efecto de la conducta del acusado...”)

²³⁴ *Matsushita Elec. Indus. Co., Ltd. v. Zenith Radio Corp.*, 475 U.S. 574, 587-88 (1986); (“... el antitrust limita el rango de inferencias permitidas de evidencia ambigua en un caso (...) Una conducta consistente con una competencia permitida implica que una conspiración ilegal no apoya por sí sola una inferencia respecto a una conspiración antimonopólica”).

²³⁵ *Brooke Grp.*, 509 U.S. at 222–23 (1993) (limitar severamente, o hacer improbable, la regla contra los precios predatorios y primera línea de discriminación de precios, requiere que el demandante pruebe que (1) el demandado ha vendido sus productos a precios más bajos que sus propios costos, y (2) que el demandante tiene probabilidades de recuperar su pérdida después de sacar a sus rivales del mercado).

²³⁶ *Trinko*, 540 U.S. at 407 (2004).

²³⁷ *Leegin*, 551 U.S. at 887–892 (explicando por qué el mantener el precio de reventa debería no ser ilícito per se y refiriéndose a los varios efectos pro competitivos, beneficios y efectos que tiene).

²³⁸ *Amex*, 138 S. Ct. at 2287 (para que prevalezca una acusación de una restricción ilícita del comercio en “mercados de dos lados”, como el de la plataforma de la tarjeta de crédito que otorga acceso al crédito a los consumidores y pagos inmediatos a los negocios, el demandante debe definir un solo mercado que capture estas transacciones y mostrar cómo la restricción al comercio ha aumentado el costo o reducido el número total de esas transacciones).

²³⁹ Markham, William. How the Consumer-Welfare Standard Transformed Classical Antitrust Law. *Journal of the Antitrust and Competition Law Section of the California Lawyers Association*, Fall Issue, 2021.

Esta “era” se consolida a fines del siglo con una tendencia en la jurisprudencia que en común señala que la preocupación tradicional de las leyes antitrust era el bienestar del consumidor y la competencia en precio²⁴⁰, tendencia la cual ha sido constante hasta la actualidad²⁴¹.

2.1.2. La Escuela Post-Chicago y la continuación de la era del “bienestar del consumidor”.

Esto se ve reforzado en los 80’ con la Escuela Post-Chicago, que tomando de partida la teoría de Chicago, elaboran una concepción más susceptible a las imperfecciones del mercado y evitando caer en una confianza excesiva, pero que aún así pone su objetivo en la eficiencia y el bienestar del consumidor.²⁴²

Ya no se asume la competencia perfecta como punto de partida y se comprende que el libre mercado es afectado por variables sociales, políticas y económicas. Los precios bajos se mantienen como un objetivo a seguir, pero la adquisición y resultados del poder de mercado también interesan.

Lo que diferencia a esta Escuela de su predecesora es la visión de los mecanismos relevantes para corregir las fallas de mercado en su parte económica, aquí la teoría de juegos, la conducta

²⁴⁰ Leegin Creative Leather Prods., Inc. v. PSKS, Inc 127 S. Ct. 2705, 2713, 2716, 2718 (2007); Brooke Grp. Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp., 509 U.S. 209, 221 (1993) (notando que las leyes antitrust se preocupan tradicionalmente del bienestar del consumidor y la competencia en precio); NCAA v. Bd. of Regents of the Univ. of Okla., 468 U.S. 85, 107 (1984) (señalando que “el Congreso diseñó la Sherman Act como una “prescripción de bienestar del consumidor” (citando Reiter v. Sonotone Corp., 442 U.S. 330, 343 (1979))); Associated Gen. Contractors of Cal., Inc. v. Cal. State Council of Carpenters, 459 U.S. 519, 538 (1983) (las leyes antitrust “aseguran a los consumidores los beneficios de la competencia en precio”); Broadcom Corp. v. Qualcomm Inc., 501 F.3d 297, 308 (3d Cir. 2007) (el bien jurídico primario de la libre competencia es maximizar el bienestar del consumidor promoviendo la competencia entre firmas); Reazin v. Blue Cross & Blue Shield, 899 F.2d 951, 960 (10th Cir. 1990) (“el propósito de las leyes antitrust es la promoción del bienestar del consumidor”); Premier Elec. Constr. Co. v. Nat’l Elec. Contractors Ass’n, 814 F.2d 358, 368 (7th Cir. 1987) (el objetivo principal es atender a los intereses de los consumidores evitando que asuman sobreprecios). Stucke, Maurice E., Reconsidering Antitrust’s Goals (August 3, 2011). Boston College Law Review, Vol. 53, p. 551, 2012, University of Tennessee Legal Studies Research Paper No. 163, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1904686> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1904686>

²⁴¹ Vease Ohio v. Am. Express Co., 138 S. Ct. 2274, 2290 (2018) (citando un precedente que reconoce que la legalidad de una restricción vertical puede desafiarse dependiendo de si fortalece la “competencia y el bienestar del consumidor”; Leegin Creative Leather Prods., Inc. v. PSKS, Inc., 551 U.S. 877, 902, 906 (2007) (revocando un precedente por razones de que podrían significar un deterioro en “la competencia y el bienestar del consumidor”); Weyerhaeuser Co. v. Ross-Simmons Hardwood Lumber Co., 549 U.S. 312, 324 (2007) (citando un precedente que permite ciertas prácticas cuando “el bienestar del consumidor se ve fortalecido”); Yoo, Christopher S., "The Post-Chicago Antitrust Revolution: A Retrospective" (2020). All Faculty Scholarship. 2237. https://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/2237 p. 2150.

²⁴² Yoo, Christopher S., "The Post-Chicago Antitrust Revolution: A Retrospective" (2020). All Faculty Scholarship. 2237. https://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/2237

estratégica y la microeconomía a través del estudio empírico de casos son recogidas relevantemente, saliendo del paradigma precio-centrista y abstracto del original Chicago. La idea de usar teoría de juegos es para demostrar cómo pequeñas o medianas empresas en ciertas circunstancias pueden usar las fallas de mercado para dañar a sus competidores, es decir, que en definidas situaciones algunos agentes puedan fomentar un poder monopólico a través de conducta que estratégicamente ubique a sus competidores en una posición desventajosa.²⁴³

Esta aproximación les dará relevancia a las definiciones de mercado relevante y poder de mercado, limitaciones de mercados adyacentes, costos de cambio, viabilidad del ciclo de compra, entre otras.²⁴⁴ La teoría Post-Chicago requiere un complejo análisis fáctico, y por eso mismo, no pueden ser generalizables sus premisas. Un ejemplo de aquello y que es importante hacer notar es la crítica a la visión de Chicago sobre el apalancamiento, que difiere de la justificación por eficiencia y su revisión en lo estructural sólo desde el mercado secundario, pues Post-Chicago realiza un análisis detallado de este fenómeno desde una teoría defensiva del apalancamiento examinando el efecto de esta práctica en precio y estructura en el mercado primario y secundario combinados, ya que al competir un actor entrante con uno monopolista existen varias razones por las cuales este entrante no se enfrentará directamente a competir con el monopolista y que justifican una entrada desde un punto diferente del mercado para después alcanzar al actor dominante: para rebajar los costos de entrada, evitar enfrentar el problema de la fidelización de consumidores, romper efectos de red y soslayar barreras regulatorias.²⁴⁵

La Escuela Post-Chicago se une a su predecesora en despreciar las consideraciones “populistas” o de interés público, aceptando solamente la maximización del bienestar económico como objetivo a proteger por las leyes antitrust.²⁴⁶ Siendo más enfático Carl

²⁴³ Jacobs, Michael S. The New Sophistication in Antitrust, 79 MINN. L. REV. 1, pp. 36-37; Krattenmaker, Thomas G.; Salop, Steven C. Anticompetitive Exclusion: Raising Rivals' Costs to Achieve Power over Price, 96 YALE L.J. 209, 214 (1986).

²⁴⁴ Wright, Jay L.; Levine, Porter. (2021) «1990s to the Present: The Chicago School and Antitrust Enforcement». Antitrust Law Source.

²⁴⁵ Feldman, Robin. (1999) Defensive Leveraging in Antitrust, 87 Geo. L.J. 2079.

²⁴⁶ Yoo, Christopher S. (2020) "The Post-Chicago Antitrust Revolution: A Retrospective". All Faculty Scholarship. 2237, p. 2160

Shapiro señala: “Si “la teoría económica post-Chicago apoya la noción de que el antitrust debe moverse de la promoción de la eficiencia y el bienestar del consumidor, estoy fuera”.²⁴⁷

Se ha mencionado que la recepción de la teoría Post-Chicago es compleja por el nivel de análisis que se requiere para efectos de la litigación de competencia²⁴⁸, igualmente se ha discutido a nivel doctrinal cuál ha sido el impacto de Post-Chicago en la litigación²⁴⁹, sin embargo, se alega que a nivel de la Corte Suprema se inspiran en esta concepción los siguientes casos los que demuestran la continuación del estándar del bienestar del consumidor y la eficiencia.

Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services, Inc., que en el marco del desarrollo de equipos de copia y micrografía fabricados por Kodak, la empresa adoptó políticas para limitar la disponibilidad de piezas de repuestos para sus equipos para hacer más difícil competir a organizaciones de servicios independientes (ISO's) en dar servicio sobre aquellos equipos, cayendo en una conducta exclusoria pues, pese a no tener poder de mercado en el mercado primario de los equipos, este lo ejercía en el secundario atando a los compradores a sus piezas de reparación²⁵⁰; en dicho análisis la consideración por el apalancamiento, el poder de mercado, las barreras de entrada, mercados secundarios, la observación por el cierre de mercado y la eliminación de la competencia, y el bienestar del consumidor como bien jurídico van en la línea de un análisis post-chicago. La opinión mayoritaria de este caso es una aprobación de la visión de que las leyes antitrust buscan promover objetivos que, además de la eficiencia económica, protejan el bienestar del consumidor.²⁵¹

Otro caso emblemático es *Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp* sobre la manufacturación de los cigarros en una industria concentrada dominada por sólo seis actores donde, en la elaboración de una línea de cigarros ofrecidas a precio lista 30% más barata que los de marca, terminando en una guerra de precios con estos vendiéndose a pérdida

²⁴⁷ Shapiro, Carl. (1995). AFTERMARKETS AND CONSUMER WELFARE: MAKING SENSE OF KODAK. *Antitrust Law Journal*, 63(2), pp. 483–511.

²⁴⁸ Feldman, Robin. (1999) *Op. Cit.*

²⁴⁹ Sullivan, L. A. (1995). POST-CHICAGO ECONOMICS: ECONOMISTS, LAWYERS, JUDGES, AND ENFORCEMENT OFFICIALS IN A LESS DETERMINATE THEORETICAL WORLD. *Antitrust Law Journal*, 63(2), pp. 669–681.

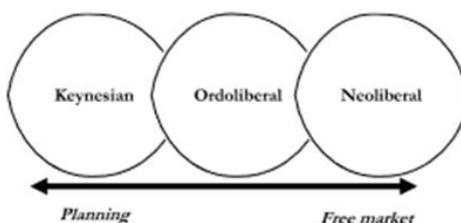
²⁵⁰ *Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services, Inc.*, 504 U.S. 451, 34 112S. Ct. 2072 (1992)

²⁵¹ Spivack, G. B., & Ellis, C. T. (1993). KODAK: ENLIGHTENED ANTITRUST ANALYSIS AND TRADITIONAL TYING LAW. *Antitrust Law Journal*, 62(1), pp. 203–216.

lo que termina en una demanda por discriminación de precios en un esquema de precios predatorios²⁵²; finalmente la Corte Suprema recordando que las leyes antitrust se hicieron para proteger el bienestar del consumidor invoca la exigencia en el análisis de predación de una evaluación sobre la estructura de costos del rival y una posibilidad de recuperación, considerando el mercado oligopólico, la posibilidad de disciplinar a los rivales y los efectos sobre la competencia, elementos que responden a una lógica post-chicago.

2.1.3. La neo liberalización del Derecho de la Competencia Europeo, el proceso de modernización y el “more economic approach”.

A modo de resumen, históricamente hay tres corrientes que han inspirado las nociones del derecho de la competencia a nivel europeo. Primero, una corriente keynesiana que postula que las fuerzas del mercado no son las únicas que crean desarrollo económico, estas fuerzas deben ser limitadas con tal de promover otros intereses públicos de índole industrial o social, lo que se involucra particularmente con alentar la integración del mercado. Segundo, una noción ordo liberal de competencia justa que llama por una intervención gubernamental para fomentar la libertad individual de los participantes del mercado. Tercero, una noción neoliberal de competencia que se enfoca en la maximización del bienestar económico, exento de intervención gubernamental pues esta resultaría en resultados ineficientes para los mercados.²⁵³ Las tres van de extremo a extremo dependiendo del grado de intervención estatal y libertad que se le asigna al mercado: así, la más enfocada en el plano estatal es la keynesiana, una opción intermedia es la ordo liberal y la que privilegia más el actuar del mercado es la neoliberal, tal como se demuestra en el siguiente diagrama:



²⁵² Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp., 509 U.S. 209 5 113S. Ct. 2 (1993)

²⁵³ Brook, Or. (2022) «In Search of a European Economic Imaginary of Competition: Fifty Years of the Commission’s Annual Reports». *European Law Open* 1, n.º 4, pp. 822-851..

Fuente: Brook, Or. Teorías de la competencia europeas²⁵⁴.

Los primeros acercamientos a las ideas neoliberales comienzan a fines de los 70', y tienen su punto de partida con la asunción como Comisionado de Sassen y su mirada antagónica de la libre competencia en comparación a los *ordo liberales* y *keynesianos*. En este sentido, él considera que la política de competencia no tiene una existencia autónoma pues debía complementarse con un análisis de mercado predominantemente económico enfocado en el nivel de competencia y objetivos de política industrial que armonicen los factores de producción, la mantención y la fortaleza de la competencia de las empresas europeas en el mercado mundial, salvaguardando la libertad de manera consistente con los objetivos comunitarios.²⁵⁵ La idea de Sassen era priorizar la asistencia a los agentes económicos para adaptar sus realidades económicas en un contexto de regla *per se*, lo que en la práctica significaba: evaluar si ciertas conductas eran buenas o malas no por su naturaleza jurídica, sino que por los efectos que dichos acuerdos tienen en las tendencias del mercado, por lo que el análisis de mercado era esencial para la política de competencia; enfrentar la tendencia a la concentración, con la Comisión velando por mantener una competencia efectiva, y de no ocurrir automáticamente considerar un abuso de posición de dominancia pese a que era una hipótesis escasa y casi innecesaria de aplicar ya que SASSEN señalaba que “son pocos mercados donde hay una amenaza a la competencia trabajable”.²⁵⁶

Si bien estas posiciones entorno al *enforcement* de competencia no son propiamente neoliberales, van por dicha línea de pensamiento al requerir la incorporación de objetivos y criterios económicos en el análisis de competencia, junto con fortalecer un rol colaborativo y de trabajo mutuo desde la Comisión confiando en la disciplina del mercado siendo menos proclive a la generación de litigación.

En el sexto reporte de competencia de la Comisión comienzan a verse los primeros tintes de algún grado de consideración por los consumidores o su bienestar al señalar que el objetivo

²⁵⁴ Ibid.

²⁵⁵ Pérez, Sigfrido; Ramírez, M.; van de Scheur, Sebastian. (2013) 'The Evolution of the Law on Articles 85 and 86 EEC [Articles 101 and 102 TFEU]: Ordoliberalism and its Keynesian Challenge', in Kiran Klaus Patel, and Heike Schweitzer (eds), *The Historical Foundations of EU Competition Law*, Oxford Academic. HAEC, Speeches, The policy of the European Communities in the field of antitrust law, address by M. Sassen, Knokke-Zoute, 21 March 1969 (all quotes in English from original text)

²⁵⁶ Ibid.

de la política de competencia era “asegurar que los negocios operen bajo líneas competitivas, mientras se proteja al consumidor haciendo bienes y servicios disponibles en los términos más favorables posibles”²⁵⁷. Siendo fiel a esta postura también se le dio prioridad a aquellos casos donde las empresas tenían estructuras de mercado con mayor riesgo de daño a los intereses de los consumidores si las presiones competitivas disminuyesen.²⁵⁸

Llegados los años 80’, Europa vio con interés el fenómeno de la “Revolución Antitrust” liderada por la Escuela de Chicago, por dos razones principales: el crecimiento económico americano, viendo que bajo dicho sistema EE.UU obtenía un crecimiento dramáticamente mayor que el de Europa (tras la crisis económica de los 70’); y la dura crítica académica sobre el trabajo de la Comisión, especialmente respecto acuerdos verticales y evaluación de fusiones en la competencia intra-marca al prohibirlas bajo regla per se, independiente de su efecto en el mercado, a pesar de que los estudios económicos y legales demostraban que los acuerdos verticales podían tener efectos pro-competitivos.²⁵⁹ Un ejemplo práctico de aquello está en el caso *Distillers Company Ltd.* donde sobre un acuerdo de distribución exclusiva se puso tal atención a los efectos a la competencia, que se ignoró el hecho de que los acuerdos de distribución ordinariamente no poseen riesgos anticompetitivos en sus efectos al existir una competencia inter-marca sana, y los distribuidores y consumidores teniendo rangos similares de productos de los cuales escoger.²⁶⁰ Otra crítica, en esta línea, estaba en la sobre fiscalización y “falsos positivos” por parte de las autoridades de competencia europeas, que redundaban en la falta de consideración por las potenciales eficiencias de una operación o conducta.²⁶¹

En general, las críticas a la forma en la que funcionaba el derecho de la competencia europeo aludían a la falta de rigor técnico y económico, y pobreza de evidencia por parte de la

²⁵⁷ European Commission, 6th report on Competition policy (1977) p. 9.

²⁵⁸ Ibid. P. 11.

²⁵⁹ Andersen, Emily. “The Role of Consumer Welfare in EU Competition Policy: How Understanding the Priority Conferred Upon Competition Policy Objectives May Shed Light on Modern Day Inconsistencies”, Master Thesis, European Business Law, Faculty of Law, Lund University, 2020. P. 40; J. W. Burns, 'Vertical Restraints, Efficiency and the Real World' [1993] 62(3) Fordham Law Review, p. 598.

²⁶⁰ Ibid. Case No. IV/28.282, The Distillers Company Limited [1977], OJ L 50 ; B.E. Hawk, ‘System Failure: Vertical Restraints and EC Competition Law’ [1995] 32(4) Common Market Law Review, p. 975.

²⁶¹ Andersen, Emily. “The Role of Consumer Welfare in EU Competition Policy: How Understanding the Priority Conferred Upon Competition Policy Objectives May Shed Light on Modern Day Inconsistencies”, Master Thesis, European Business Law, Faculty of Law, Lund University, 2020. P. 44.

Comisión Europea ignorando razonamiento económico fundamental en su evaluación de fusiones.

Esta neoliberalización en la Unión Europea en la labor de la Comisión Europea se reflejó en una visión enfocada meramente en la competencia, dando primacía a la eficiencia al juzgar transacciones económicas, a través de la imposición de programas de racionalización en sectores en crisis; impulso de la privatización de infraestructura pública que por razones de interés público estaban exentas de la regulación de competencia (telecomunicaciones, energía, servicios postales y transporte), pues significaba un gran costo, ineficiencias, burocracia y exceso de personal mantener dichos monopolios públicos; y en general, la promoción de la política de competencia como un instrumento clave para introducir la lógica de la competencia abierta en economías previamente centralizadas por los gobiernos, donde los monopolios y la fijación centralizada de precios era la norma. Además, como parte de esta visión, se promovió la persecución de carteles con un vigor sin precedentes y la lucha contra el levantamiento de barreras de entradas artificiales.²⁶²

Continuó este proceso con un importante lobby por parte de la ERT (*“European Round Table of Industrialists”*), una asociación de CEOs de grandes industrias transnacionales, abogando de manera conjunta por la institucionalización de estas políticas neoliberales en el derecho de la competencia con tal de reforzar la competitividad de las compañías europeas en el mercado global. En esta búsqueda por mercados más grandes y libres en una escala mayor a la comunitaria, la idea estaba en apurar las reformas neoliberales y crear un clima amigable para los negocios sin obstáculos por parte de interferencias públicas y barreras regulatorias.²⁶³

Tras estos discursos neoliberales influenciando la política de competencia, entra en completo vigor una visión neoliberal de la competencia con el nombramiento del Comisionado Sutherland que si bien proponía un acercamiento desde la protección del mercado común, algunas de sus ideas se planteaban desde una idea un objetivo económico. De esta forma, la

²⁶² Buch-Hansen, Hubert, y Angela Wigger. «Revisiting 50 years of market-making: The neoliberal transformation of European competition policy». *Review of International Political Economy* 17, n.º 1 (2010): 20-44.

²⁶³ Wigger, A. (2008). *Competition for Competitiveness: The Politics of the Transformation of the EU Competition Regime*. [PhD-Thesis - Research and graduation internal, Vrije Universiteit Amsterdam]. Rozenberg Publishers. P. 190 – 194.

tolerancia frente al “*state aid*”²⁶⁴ fue declarada incompatible con el objetivo del mercado común como una barrera que distorsionaba la competencia, una persecución de monopolios estatales bajo la figura de abuso de posición dominante, la aplicación del régimen de excepción restrictivamente sólo para las cooperaciones intercompañía en materia de investigación y desarrollo, transferencia de tecnologías, e innovación, y una recepción positiva de los acuerdos de franquicia.²⁶⁵

Posteriormente esta neoliberalización de la competencia se institucionalizó a través de dos grandes reformas legales dentro de lo denominado por la doctrina como “*el proceso de modernización*”: la adopción de la Regulation 1/2003 basada en un acercamiento económico más sustantivo relevante o “*more economic approach*”, una descentralización en términos procesales y jurisdiccionales, y un enfoque mixto en los carteles duros en base a solicitudes de clemencia (o delación compensada) junto a una reforma a los instrumentos o guías por parte de las autoridades de competencia²⁶⁶; y la promulgación de un sistema de control de operaciones de concentraciones europeo a través de la Merger Regulation 139/2004. Ambas regulaciones pretendían al final la Comisión usara como estándar en su toma de decisiones la eficiencia y el bienestar del consumidor.²⁶⁷

El “*more economic approach*” se presenta de tres formas: como una proposición a redefinir los objetivos del derecho europeo de la competencia, la sugerencia para hacer un mejor uso de teorías económicas y métodos para establecer hechos relevantes del caso y proveer

²⁶⁴ *State aid* o ayuda estatal (en español) se define como una ventaja de cualquier forma conferida bajo un fundamento selectivo hacia algún agente económico por parte de una autoridad nacional. Para estar ante una ayuda o incentivo que caiga bajo la regulación del *state aid* se requieren los siguientes requisitos: i) una intervención por parte de un Estado o a través de recursos estatales en cualquier forma posible (inversión, beneficios tributarios, garantías, participación estatal, provisión de bienes y servicios, etc); ii) que la intervención entregue al beneficiario una ventaja de forma selectiva, ya sea a una compañía en particular de una industria, o a compañías localizadas en regiones específicas donde la competencia ha sido o puede ser distorsionada; iii) que la intervención pueda afectar el comercio entre los Estados Miembros. OECD. «State Aid (Notion) - Concurrences», 4 de febrero de 2024. <https://www.concurrences.com/en/dictionary/state-aid>.

²⁶⁵ Wigger, A. (2008). *Competition for Competitiveness: The Politics of the Transformation of the EU Competition Regime*. [PhD-Thesis - Research and graduation internal, Vrije Universiteit Amsterdam]. Rozenberg Publishers. P. 200 – 203.

²⁶⁶ Sauter, Wolf, 'History and Framework of EU Competition Law', *Coherence in EU Competition Law* (Oxford, 2016; online edn, Oxford Academic, 18 Aug. 2016), <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780198749158.003.0002>, accessed 20 Nov. 2023.

²⁶⁷ Wigger, A. (2008). *Competition for Competitiveness: The Politics of the Transformation of the EU Competition Regime*. [PhD-Thesis - Research and graduation internal, Vrije Universiteit Amsterdam]. Rozenberg Publishers. P. 300.

evidencia para la pertinencia de cierta definición de mercado o efecto anticompetitivo de algún tipo de conducta unilateral, y una forma de revisar tests convencionales para una conducta anticompetitiva bajo la luz de recientes antecedentes de la teoría económica.²⁶⁸

Hoy en día se ha convertido en regla, más que una sugerencia para las autoridades de competencia europeas, en razón una serie de episodios vergonzosos donde la Corte General anula tres decisiones de la Comisión en materia de operaciones de concentración por ser insuficientes y económicamente incompletas, e incluso incoherentes en su línea de razonamiento²⁶⁹. Estas derrotas significaron que el Comisionado Monti pusiera el “*more economic approach*” como una prioridad en su agenda, lo que se comunicó al estándar de bienestar de consumidor²⁷⁰. De esta manera el Comisionado se pronunciaba favorable a este estándar declarando que:

*“El enfoque en asegurar la competencia en Europa está fundado en economía sólida en la que no puedo enfatizar. Es justo decir que el cambio de dirección que ocurrió en el derecho de la competencia en EE.UU. durante los 80’, un cambio hacia un foco sobre el bienestar económico de los consumidores, ha sido reflejado en las prioridades de la agenda de la Comisión Europea durante los 90’”*²⁷¹.

La premisa de este enfoque está en los objetivos del bienestar del consumidor, conceptos basados en la economía del bienestar sobre daño y efectos compensatorios, la idea de que las presunciones de legalidad o ilegalidad debiesen ser usadas escasamente, con algunas excepciones, donde las conductas de los agentes no fuesen prohibidas por ser

²⁶⁸ Schweitzer, Heike, and Kiran Klaus Patel (eds), 'EU Competition Law in Historical Context: Continuity and Change', in Kiran Klaus Patel, and Heike Schweitzer (eds), *The Historical Foundations of EU Competition Law* (Oxford, 2013; online edn, Oxford Academic, 26 Sept. 2013), <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199665358.003.0008>, accessed 14 Feb. 2024

²⁶⁹ Veanse Case T-342/99, *Airtours plc v Commission* [2002] ECR II-2585, paras. 109–20, 172–81 and 270–7; Case T-310/01, *Schneider Electric SA v Commission* [2002] ECR II-4071; Case T-77/02, *Schneider Electric SA v Commission* [2002] ECR II-4201; Case T-5/02, *Tetra Laval BV v Commission* [2002] ECR II-4381; Case T-80/02, *Tetra Laval BV v Commission* [2002] ECR II-4519; confirmed by the ECJ, C-13/03 P, *Commission v Tetra Laval BV* [2005] ECR I-1113.

²⁷⁰ Mario Monti, 'Competition for consumer's benefit', speech of 22 October 2004 given at the European Competition Day, Amsterdam, (http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp_2004_016_en.pdf) (accessed 5 December 2012).

²⁷¹ M. Monti, 'Convergence in EU-US Antitrust Policy Regarding Mergers and Acquisitions: an EU Perspective' (Speech at the UCLA Law First Annual Institute on US and EU Antitrust Aspects of Mergers and Acquisitions, Los Angeles, 28 February 2004).

anticompetitivas sin antes una profunda evaluación económica que investigase los efectos actuales de dicha conducta en la competencia o para el bienestar del consumidor.²⁷²

Posterior a dicho enfoque, esto se vio reflejado en las varias guías hechas por la Comisión. Las guías sobre el artículo 101 definen su objetivo en asegurar que los agentes no usen acuerdos para restringir la competencia en detrimento de los consumidores.²⁷³ Igualmente, la Guía de Fusiones señala que es el objetivo de la Comisión prevenir operaciones que pudieran privar a los consumidores de los beneficios de una competencia efectiva, en precios bajos, alta calidad de productos, una amplia selección de bienes y servicios, e innovación.²⁷⁴ También en la guía del artículo 101 menciona el objetivo de la integración del mercado, la que describen como una herramienta para lograr el bienestar del consumidor.²⁷⁵ La guía para el artículo 102 coloca, a su vez, las prioridades de persecución en aquellos tipos de conductas que son más dañinas hacia los consumidores, y pese a no definir el objetivo legal de esta disposición, señala entre sus propósitos el beneficio de los negocios y los consumidores.²⁷⁶

Desde la jurisprudencia europea, por parte de la Comisión, signos y ejemplos del uso de una disposición a usar esta aproximación están en el caso *Nintendo*²⁷⁷, donde al incurrir en acuerdos anticompetitivos con sus distribuidores se demostró una colusión para mantener artificialmente altas diferencias de precio dentro de la Unión Europea y también prevenir

²⁷² Witt, Anne C., *The European Court of Justice and the More Economic Approach to EU Competition Law – Is the Tide Turning?* (December 12, 2018). (2019) 64(2) *Antitrust Bulletin* 172-213, University of Leicester School of Law Research Paper No. 18-10, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3300114>

²⁷³ European Commission, *Guidelines on Vertical Restraints* of 13 October 2000, 2000 O.J. (C 291/1), reemplazadas por la *Guidelines on Vertical Restraints* of 19 May 2010, 2010 O.J. (C 130/1), que a su vez fueron reemplazadas por la *Guidelines on Vertical Restraints* of 30 June 2022, O.J. (2022/C 248/01); *Guidelines on the Applicability of Article 81 of the EC Treaty to Horizontal Cooperation Agreements* of 6 January 2001, 2001 O.J. (C 3/2), desde entonces reemplazadas por la *Guidelines on the applicability of Article 101 to horizontal co-operation agreements* of 14 January 2011, 2011 O.J. (C 11/1) actualizadas nuevamente por la *Guidelines on the Applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements*, 21 July 2023, O.J. (2023/C 259/01); *Guidelines on the Application of Article 81 of the Treaty to Technology Transfer Agreements* of 27 April 2004, 2004 O.J. (C 101/2), since replaced by *Guidelines on the application of Article 101 to technology transfer agreements* of 28 March 2014, 2014 O.J. (C 89/3); *Guidelines on the application of Article 81(3) of the Treaty of 27 April 2004*, 2004 O.J. (C 101/97).

²⁷⁴ *Guidelines on the assessment of horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings* ('horizontal merger guidelines'), 2004 O.J. (C 31/5), paras 22-88; *Guidelines on the assessment of non-horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings* ('non-horizontal merger guidelines'), 2008 O.J. (C 265/6), paras 28-121.

²⁷⁵ *Supra*, nota 272.

²⁷⁶ *Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings* ('Guidance on Article 102'), 2009 O.J. (C 45/7). Se espera una nueva actualización para el 2025.

²⁷⁷ Cases COMP/C-3/35.587, COMP/C-3/35.706, COMP/C-3/36.321 *Nintendo*.

exportaciones, lo que al final generaba un perjuicio a los consumidores.²⁷⁸ En el caso *Intel*, sobre el mercado relevante de x86 CPU's para computadores en la imputación de un abuso excluyente en relación a descuentos por fidelidad y la infracción del 102 TFUE, la Comisión ahonda profundamente en un análisis de los efectos negativos para el bienestar del consumidor que estos descuentos tendrían, efectuando un test siguiendo sus guías como instrumentos de *soft-law* para identificar descuentos anticompetitivos.²⁷⁹

En cuanto a la Corte Europea de Justicia, esta nunca ha objetado el uso por parte de la Comisión del análisis cuantitativo en sus evaluaciones bajo las reglas de competencia vigentes; más que nada, toma la mirada de la tarea de la Comisión en decidir si un cierto análisis cuantitativo es relevante en el caso en particular.²⁸⁰ Los casos más famosos que comenzaron a marcar la tendencia sobre bienestar del consumidor están en *Österreichische Postsparkasse* y *GlaxoSmithKline*²⁸¹, al señalar que el objetivo del derecho de la competencia era proteger no sólo el interés de los competidores o consumidores, sino que también la estructura de mercado, y además en particular sobre el artículo 101(1) que su objetivo era prevenir que agentes económicos restringiendo la competencia entre ellos o terceros, reduzcan el bienestar del consumidor final sobre los productos en cuestión²⁸²; si bien la Corte no hace parecer al bienestar del consumidor como criterio exclusivo, sí se incluye dentro del abanico de objetivos perseguidos. Sin embargo, el caso *Post Danmark* de 2012, constituye la primera vez donde la Corte de Justicia -en la Gran Cámara, además- hacía una referencia concreta al bienestar del consumidor como tal²⁸³, señalando que le corresponde a una empresa dominante demostrar que las mejoras en eficiencia derivables de una conducta neutralizan los efectos perjudiciales probables sobre la competencia y el bienestar de los consumidores en los mercados afectados.²⁸⁴ Así también en otro caso sobre *Intel*, el mismo

²⁷⁸ Pershaf, Nicolas. “Consumer Welfare and the European Commission: how the role of consumer welfare has evolved throughout the history of the Commission’s competition policy, and how digital markets and sustainability affects consumer welfare now”. Faculty of Law, Lund University, Master Thesis, European Business Law, Spring 2022. P. 17.

²⁷⁹ Commission Decision D(2009)3726 of 13 May 2009, Case COMP/C-3/37.990—*Intel*.

²⁸⁰ Witt, Anne C., The European Court of Justice and the More Economic Approach to EU Competition Law – Is the Tide Turning? (December 12, 2018). (2019) 64(2) Antitrust Bulletin 172-213, University of Leicester School of Law Research Paper No. 18-10, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3300114>

²⁸¹ *Supra*

²⁸² Case T-168/01 *GlaxoSmithKline Services Unlimited v Commission of the European Communities* [2006] ECR II 02969.

²⁸³ Case C-209/10 *Post Danmark A/S v Konkurrenserådet* [2012]

²⁸⁴ *Ibid.* c. 42.

argumento fue usado para sostener que existía una vigorosa competencia entre Intel y AMD, que generaba constantes caídas de precios y mejoras en la calidad de los productos, que beneficiaban a los consumidores.²⁸⁵

En *Konkurrensverket v TeliaSonera Sverige*²⁸⁶ la Corte señala que el objetivo de las normas de libre competencia europeas es precisamente evitar que la competencia sea falseada en detrimento del interés general, las empresas individuales y los consumidores, incluyendo propiamente tal la tutela por el bienestar de estos concorde al criterio adoptado por la Comisión.²⁸⁷

El balance entre el bienestar del consumidor y otros estándares de competencia permanece siendo un tema abierto en la Unión Europea, donde la Comisión (y la Corte General) han tratado de prevalecer sobre el bienestar del consumidor como estándar dominante, mientras la Corte de Justicia ha insistido con un enfoque de protección del proceso competitivo y la posición de los competidores (o libertad para competir) como se verá más adelante.²⁸⁸

2.1.5. La apertura americana a la eficiencia

En la actualidad resulta pacífico que la libre competencia debe tener alguna consideración de eficiencia, sin embargo, esto no fue siempre así en la cuna del antitrust y antiguamente tendían a ser ignoradas o vistas como un factor agravante más que uno beneficioso.

Un buen ejemplo de aquello es la opinión del Juez Learned Hand en el famoso caso del cartel del aluminio señalando que en la Sherman Act:

“hablando de las razones económicas para prohibir un monopolio..., hay otros argumentos basados en la creencia de que las grandes consolidaciones industriales son inherentemente

²⁸⁵ Case T-286/09 Intel Corporation v Commission [2014] ECLI:EU:T:2014:547; Daskalova, Victoria I., Consumer Welfare in EU Competition Law: What is It (Not) About? (May 1, 2015). The Competition Law Review (2015), Vol. 11, Issue 1, pp 131- 160, TILEC Discussion Paper No. 2015-011 , Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2605777> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2605777>

²⁸⁶ C-52/09, Konkurrensverket v TeliaSonera Sverige, ECLI:EU:C:2011:83, c. 22.

²⁸⁷ Witt, Anne C., The European Court of Justice and the More Economic Approach to EU Competition Law – Is the Tide Turning? (December 12, 2018). (2019) 64(2) Antitrust Bulletin 172-213, University of Leicester School of Law Research Paper No. 18-10 , Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3300114> P. 23.

²⁸⁸ Sauter, Wolf, 'History and Framework of EU Competition Law', *Coherence in EU Competition Law* (Oxford, 2016; online edn, Oxford Academic, 18 Aug. 2016), <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780198749158.003.0002>, accessed 18 Nov. 2023.

indeseables, a pesar de sus resultados económicos”, añadiendo que: “a lo largo de la historia de estos estatutos ha sido constantemente asumido que uno de sus propósitos era perpetuar y preservar, para su propio beneficio y a pesar de posibles costos, una organización industrial en unidades pequeñas que puedan efectivamente competir entre ellas”.²⁸⁹²⁹⁰

La expresión más familiar de rechazo ante posibles eficiencias está en el caso *Brown Shoe Co.* donde la Corte citó la historia legislativa de la Clayton Act en materia de fusiones señalando que:

“No podemos equivocarnos en reconocer el deseo del legislador de promover la competencia a través de la protección de viables, pequeños y locales negocios. El Congreso apreció que los más altos costos ocasionales y precios pueden resultar de la mantención de industrias fragmentadas y mercados. Resolvió estas consideraciones de competencia en favor de una descentralización. Por ende, debemos darle efecto a esa decisión”.²⁹¹

En el caso *Topco*, involucrando restricciones horizontales en un determinado mercado geográfico, la Corte Suprema fue consistente con su rechazo frente a las eficiencias y sus efectos, pero bajo un razonamiento diferente:

“El hecho es que las Cortes tienen una utilidad limitada en examinar problemas económicos difíciles. Nuestra inhabilidad de pesar en cualquier sentido significativa, la destrucción de la competencia en un sector de la economía contra la promoción de la competencia en otro sector es una razón importante por la que existen las reglas per se”.²⁹²

Este desprecio por las posibles eficiencias a nivel judicial se comunicó con el tiempo a la misma Federal Trade Commission a nivel administrativo. El ejemplo más concreto está en la decisión *Foremost Dairies*, un negocio modesto que se expandió a nivel nacional por adquisiciones, donde la Comisión encontró que:

²⁸⁹ United States v. Aluminum Co. of America, 148 F.2d 416 (2d Cir. 1945).

²⁹⁰ Federal Trade Commission. «Efficiencies and Antitrust: A Story of Ongoing Evolution», 18 de julio de 2013. <https://www.ftc.gov/news-events/news/speeches/efficiencies-antitrust-story-ongoing-evolution>.

²⁹¹ Brown Shoe Co. v. United States, 370 U.S. 294 (1962).

²⁹² United States v. Topco Associates, Inc., 405 U.S. 596 (1972).

“la disparidad, tamaño resultante y el tipo de operaciones permite al gran conglomerado derribar a sus rivales más pequeños con relativamente pequeño esfuerzo o pérdida sobre sus ganancias en general”²⁹³, concluyendo que podía establecerse una violación de la Sección 7 ya que existía prueba de que “la firma adquirente poseía significativa poder en algunos mercados o que la organización en general daba una decisiva ventaja en eficiencia sobre pequeños rivales”.²⁹⁴

Pese a estos precedentes judiciales, el primer paso en admitir deferencia por la admisibilidad de la eficiencia fue administrativo, la publicación por parte del Departamento de Justicia en 1968 de su guía para fusiones permitió la aplicación limitada de criterios de eficiencia.²⁹⁵

Un cambio de paradigma ocurre a fines de los 70’, con el caso *Continental T.V. Inc. v. GTE Sylvania Inc.* donde la Corte Suprema tímidamente empieza a reconocer las aplicaciones de visiones económicas en la libre competencia, y especialmente sobre fusiones, e incluso hasta el punto de asumir que la economía del bienestar de los consumidores era el objetivo apropiado del derecho antitrust.²⁹⁶ Así mismo, también sobre fusiones, la FTC empieza a perder varios casos ganando sólo ocho de veintidós.²⁹⁷

Llegados los 80’, comienza la era de la primacía del bienestar del consumidor y la eficiencia, y la aproximación económica es un factor relevante en materias de libre competencia. Esta convergencia entre legalidad y economía comienza a ser mayormente manifiesta cuando el Congreso reconoce la importancia de la eficiencia en materias de innovación a través del *National Cooperative Research Act* en 1984 como respuesta a la percepción de que las leyes antitrust desincentivaban la actividad comercial frente a la participación americana en el comercio internacional, intentando facilitar los joint ventures en investigación y desarrollo.²⁹⁸

²⁹³ *Foremost Dairies*, 60 F.T.C. 944 (1962), modified 67 F.T.C. 282 (1965).

²⁹⁴ Federal Trade Commission. «Efficiencies and Antitrust: A Story of Ongoing Evolution», 18 de julio de 2013. <https://www.ftc.gov/news-events/news/speeches/efficiencies-antitrust-story-ongoing-evolution>.

²⁹⁵ Paragraph 10 of the Merger Guidelines, reprinted in 4 Trade Reg. Rep. (CCH) If 13,101 (May 20, 1968). OECD: Policy Roundtables, “The Role of Efficiency Claims in Antitrust Proceedings”, DAF/COMP(2012) 23, May 2, 2013. <http://www.oecd.org/competition/EfficiencyClaims2012.p.19>.

²⁹⁶ *Continental T.V., Inc. v. GTE Sylvania Inc.*, 433 U.S. 3

²⁹⁷ Leary, T. B. (2002). THE ESSENTIAL STABILITY OF MERGER POLICY IN THE UNITED STATES. *Antitrust Law Journal*, 70(1), 105–142. <http://www.jstor.org/stable/40844084>

²⁹⁸ Maher, John A. and LaMont, Nancy J. (1988) "National Cooperative Research Act of 1984: Cartelism for High-Tech Ventures (and Others?)," *Penn State International Law Review*: Vol. 7: No. 1, Article 2. Available at: <http://elibrary.law.psu.edu/psilr/vol7/iss1/2>

En ese mismo año se incorporan eficiencias íntegramente en el análisis de fusiones en una revisión de la guía hecha por parte del Departamento de Justicia explicando el criterio de evaluación de eficiencias junto a una lista de tipos de eficiencias que se valorarían entre las que se reconocen: el logro de economías de escala, mejor integración de instalaciones para la producción, baja en costos de transporte, eficiencias en general sobre la manufactura, servicio o distribución, y sobre reducciones en costos de venta, administrativos o prácticos.²⁹⁹ Esta tendencia a reconocer eficiencias en las guías sobre operaciones de concentración prevalece y se fortalece tras el lanzamiento de la guía sobre fusiones horizontales de 1992, que eliminó el estándar de prueba sobre eficiencias de “clara y convincente evidencia”, cambio que contribuyó a que las justificaciones en eficiencias fuesen cada vez más frecuentes entre las partes fusionadas.³⁰⁰ Las revisiones subsiguientes en 1997, 2010 y 2023 ahondaron en pulir el rol de la eficiencia en fusiones incorporando la evaluación sobre la habilidad e incentivo de la empresa fusionada para competir junto a criterios de verificabilidad y exigibilidad de un origen libre de reducciones anticompetitivas en rendimiento o de servicio³⁰¹, valoración de las eficiencias dinámicas junto a reducciones de costos basadas en investigación y desarrollo³⁰², y establecimiento de la consideración de eficiencias sobre efectos anticompetitivos no sólo dentro del mercado relevante sino que en general respecto del sacrificio de competencia en otros mercados³⁰³, respectivamente.

Mientras tanto, la Corte Suprema se refiere al rol de las eficiencias por primera vez en 1986 con el caso *Cargill* respecto de la acción de un competidor para imponer la concentración dos actores principales del mercado de empaquetadores de carne y la alegación de la demandante de que la operación era anticompetitiva porque crearía “múltiples eficiencias” que permitirían a la entidad fusionada reducir precios y aumentar su participación de mercado, enfatizando la Corte que reducir los precios con tal de incrementar el negocio es usualmente “la esencia de la competencia” y que “equivocadas inferencias son especialmente

²⁹⁹ Cf. Section 3.5 of the Merger Guidelines, reprinted in 4 Trade Reg. Rep. (CCH) ¶13,102 (June 14, 1982).

³⁰⁰ Horizontal Merger Guidelines, reprinted in 4 Trade Reg. Rep. (CCH) ¶13,104 (Apr. 7, 1992)

³⁰¹ U.S. Department of Justice and Federal Trade Commission, 1997 Merger Guidelines, Archives <https://www.justice.gov/archives/atr/1997-merger-guidelines>

³⁰² U.S. Dep’t of Justice & Fed. Trade Comm’n, Horizontal Merger Guidelines (2010), [ftc.gov/os/2010/08/100819hmg.pdf](https://www.ftc.gov/os/2010/08/100819hmg.pdf).

³⁰³ U.S. Dep’t of Just. and Fed. Trade Comm’n, 2023 Merger Guidelines, Dec. 18, 2023, <https://www.justice.gov/atr/2023-merger-guidelines>.

costosas porque atenúan la conducta que las leyes antitrust están diseñadas para proteger”³⁰⁴. Así en otros cuatro casos, de operaciones de concentración, a nivel de Corte de Apelaciones se ha dado la tendencia a reconocer una defensa basada en términos de eficiencia, pero fallando en demostrar eficiencias a un nivel extraordinario.³⁰⁵ También, de hecho, en varios casos de restricciones verticales se ve implícitamente un giro hacia la eficiencia percibida sobre la restricción en particular, análisis realizado en virtud de la regla de la razón y que toma elementos de la teoría de la firma de Ronald Coase sobre la eficiencia en términos de la baja de costos de transacción.³⁰⁶

2.1.6. Los debates legislativos y doctrinarios chilenos sobre bien jurídico protegido, y el argumento del “Orden Público Económico”.

En 1973, se promulga el Decreto Ley 211 y se crea una institucionalidad administrativa de libre competencia conformada por tres actores: la Comisión Resolutiva, las Comisiones Preventivas y la Fiscalía Nacional Económica; este diseño se mantuvo hasta la reforma hecha por la ley 19.911 que crea el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

Si bien el diseño institucional chileno, no provee de un bien jurídico protegido en particular, hay vestigios de un interés por la prevalencia de objetivos económicos.

En esta línea, entre los debates en el marco de la reforma hecha por la ley 19.911, el Ejecutivo hizo un esfuerzo por definir el bien jurídico protegido con el fin de que el Tribunal dispusiese de una guía más precisa para sus pronunciamientos, con lo cual se logra mayor predictibilidad.³⁰⁷ El artículo 1 original recogía los principios vistos a nivel comparado relativos a la eficiencia asignativa y el bienestar de los consumidores, disponiendo lo siguiente:

³⁰⁴ Cargill, Inc. v. Monfort of Colo., Inc., 479 U.S. 104 (1986).

³⁰⁵ Véanse casos FTC v. Tenet Healthcare Corp., 186 F.3d 1045 (8th Cir. 1999) y FTC v. Butterworth Health Corp., 121 F.3d 708 (6th Cir. 1997) aceptando fusiones en base a eficiencia; FTC v. University Health, Inc., 938 F.2d 1206 (11th Cir. 1991) demostrando que las eficiencias son un factor relevante pero no suficiente; y FTC v. H.J. Heinz, Co., 246 F.3d 708, 720 (D.C. Cir. 2001) donde se acreditaron eficiencias, pero no a un nivel extraordinario que sopesara los efectos anticompetitivos. Federal Trade Commission. «Efficiencies and Antitrust: A Story of Ongoing Evolution», 18 de julio de 2013. <https://www.ftc.gov/news-events/news/speeches/efficiencies-antitrust-story-ongoing-evolution>.

³⁰⁶ Continental T.V., Inc. v. GTE Sylvania Inc., 433 U.S. 36 (1977); Business Elecs. Corp. v. Sharp Elecs. Corp., 485 U.S. 717 (1988); State Oil Co. v. Kahn, 522 U.S. 3 (1997).

³⁰⁷ Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, Historia de la Ley N° 19.911, p. 5

“La presente ley tiene por objeto defender la libre competencia en los mercados, como medio para desarrollar y preservar el derecho a participar en las actividades económicas, promover la eficiencia y, por esta vía, el bienestar de los consumidores”.

Siguiendo esta línea, en el Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos de América, su artículo 16.1 es claro en disponer que: “Cada Parte adoptará o mantendrá leyes de competencia que proscriban las prácticas de negocios anticompetitivas, con el fin de promover la eficiencia económica y el bienestar de los consumidores, y adoptará las acciones adecuadas con respecto a dichas prácticas”. La norma es relevante debido a que el tenor de su redacción apunta no sólo a la finalidad de la legislación de libre competencia, sino que también al futuro de estas; a su vez, al ser un tratado entre dos estados, genera obligaciones para ambas partes cuyo incumplimiento acarrea responsabilidad³⁰⁸; y lo más importante, reconoce explícitamente al bienestar de los consumidores y la eficiencia como bienes jurídicos rigentes de las relaciones de comercio entre ambos países en materia de competencia.

El artículo 47 de la Ley General de Servicios Eléctricos señala en torno a la regulación de transferencias de concesiones de distribución que, previo a la autorización, el Ministerio de Energía debe oír el informe de la Comisión Nacional de Energía. Este informe indicará si la transferencia de concesión en cuestión genera o no pérdidas de eficiencia en el sistema de distribución afectado, caracterizando la existencia de pérdida de eficiencia cuando la prestación del servicio en la zona abastecida se efectúa a un costo total anual superior al de una situación sin transferencias. Si bien no se define eficiencia, el fin de la norma es aprovechar la integración horizontal de algunas empresas eléctricas reguladas, su aplicación se podría dar en un caso análogo a los que debiera conocer el Tribunal de la Competencia en un control de fusiones que pudiera atentarse contra la competencia³⁰⁹, de ahí la necesidad de dar un bien jurídico a proteger en este supuesto de concentración.

Más recientemente, es necesario hacer notar la discusión legislativa en torno a la Ley 21.595 de delitos económicos, sobre libre competencia en materia de responsabilidad por delito de

³⁰⁸ Agüero, Francisco. (2004). Nuevos elementos para el debate sobre el bien jurídico libre competencia. [Boletín Latinoamericano de Competencia N° 9], 124-133.

³⁰⁹ Ibid.

colusión y reformas al Decreto Ley 211 respecto de la exención de responsabilidad penal al operar delación compensada. En este sentido, resurge el debate de bien jurídico al revisar temas de legitimación activa, participación de personas jurídicas, reglas procesales, agravación de responsabilidad penal, entre otras³¹⁰. En la discusión en Sala, los diputados Flores y Guzmán hicieron notar la importancia de que el Estado tome todas las medidas necesarias para castigar los delitos económicos y proteger la libre competencia –haciendo referencia a la colusión- puesto que constituyen un atentado al bienestar de los consumidores y de la ciudadanía. A su vez, sobre la misma temática, la diputada Yeomans puso el énfasis en que estos delitos son una amenaza real y significativa para el bienestar y el desarrollo de nuestro país, lo cual tiende a una preocupación de bienes jurídicos enfocada en el bienestar social³¹¹. Desde otra perspectiva, el senador Huenchumilla señala que es importante tener claro el bien jurídico protegido de los delitos tratados dada la incidencia que se tiene en el orden público económico del país en un contexto donde se reconoce que la competencia entre los privados en el ámbito económico debe realizarse dentro de la ley y con las regulaciones respectivas. Misma mención al orden público económico como bien jurídico protegido hace el voto de disidencia en el examen constitucional preventivo, en torno a la naturaleza orgánica constitucional de algunos articulados, los ministros Letelier y Vásquez³¹².

Dentro del debate doctrinario sobre la finalidad de la legislación de competencia chilena, entre quienes sitúan el bien jurídico dentro del ámbito de la economía del bienestar se señala que el bien jurídico tutelado es: “en lo político y económico, la libertad del sujeto que se ejerce en condiciones de mercado equitativas; y en sentido técnicamente jurídico, es la autonomía privada de la persona en el ámbito de su actividad económica”³¹³, ambas definiciones homologables como un “bienestar general”, pues aluden a la libertad por parte

³¹⁰ Historia de la Ley N°21.595. Ley de delitos económicos. Iniciado por moción parlamentaria que modifica diversos cuerpos legales para ampliar la responsabilidad penal de las personas jurídicas, y regular el ejercicio de la acción penal, respecto de los delitos contra el orden socioeconómico. Boletín 13204-07.

³¹¹ Ibid. Discusión en Sala.

³¹² Ibid. “6°. Que, esta Magistratura ha expresado que “las leyes orgánicas constitucionales se caracterizan por versar sobre determinadas materias que la Constitución ha señalado de un modo explícito dada la importancia que les atribuye” (STC Rol N°4, c.4) y cuyo objeto es regular sustancialmente instituciones básicas con el propósito de dar estabilidad al sistema constitucional y legal en determinadas materias de superior interés para el país, y en este sentido el proyecto de ley controlado constitucionalmente refuerza, como bien jurídico protegido, el Orden Público Económico, que a su vez, debe armonizar con los derechos fundamentales que asegura y garantiza el artículo 19 constitucional a todas las personas”.

³¹³ Streeter Prieto, Jorge. Modificación de la Ley de Defensa de la Competencia. Documento de Trabajo, Estudio Philippi, Yrarrazaval, Pulido & Brunner, Santiago, septiembre 2001, p. 13

de tanto un productor como de un consumidor de ejercer su libertad de empresa y consumo (respectivamente) junto con maximizar -dentro de su ámbito económico- sus preferencias y beneficios; el interés por la competencia mercantil que para resultar en beneficios requiere libertad de actuación económica que habilita el principio de subsidiariedad³¹⁴, definición que en su esencia recae en el ámbito de bienestar del consumidor, porque justifica la libertad de actuación de un agente particular en la subsidiariedad y su rol supletorio frente a la actividad estatal, la que en esencia tiene su fin en que actuando en reemplazo del Estado se está al servicio de las personas, es decir, los consumidores; la implementación de garantías constitucionales de la autonomía privada, promoción de eficiencia económica y contención del poder económico³¹⁵; el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica que guía a los actores económicos y al TDLC en el conocimiento de las conductas eventualmente anticompetitivas³¹⁶; neutralizar posiciones de poder de mercado y, en tal sentido, forma parte de la constitución económica de un orden basado en la libre elección de los consumidores³¹⁷; el bienestar del consumidor como límite a la discrecionalidad de la potestad de intervención estatal, protegiendo a la libre competencia como fin en sí mismo³¹⁸; el objetivo final es la eficiencia y no la competencia per se³¹⁹.

Todos los autores citados anteriormente tienen en común que sitúan el debate dentro de objetivos de carácter económico y no de política pública, independiente de sus diferencias sobre el estándar en concreto. Debido al carácter mayoritario de esta doctrina chilena de los bienes jurídicos económicos, ha servido de sustento para los precedentes que a continuación se presentan.

³¹⁴ Valdés Prieto. (2006). Libre competencia y monopolio (1a. ed.). Jurídica de Chile. Pp. 192 - 197.

³¹⁵ Barandiarán, Edgardo y Ricardo Paredes. “Protección de la Competencia en Chile: El Estado v. Laboratorios Chile y Recalcine (1992-1993)”, Documento de Trabajo, Instituto de Economía, Universidad Católica, Santiago, N° 222, septiembre 2002, p. 2 y 27

³¹⁶ Agüero, Francisco. (2004). Nuevos elementos para el debate sobre el bien jurídico libre competencia. [Boletín Latinoamericano de Competencia N° 9], 124-133.

³¹⁷ Barros, Enrique. (2007). Tratado de Responsabilidad Extracontractual (Santiago, Editorial Jurídica de Chile). P. 1042.

³¹⁸ Ybar, Mario. «Hoja de ruta para la libre competencia en Chile: Una propuesta | CeCo», 9 de marzo de 2022. <https://centrocompetencia.com/dialogo-hoja-de-ruta-para-la-libre-competencia-en-chile-una-propuesta/>. P. 14.

³¹⁹ Agostini, Claudio. Comentarios a las Propuestas de Fortalecimiento de Herramientas Regulatorias del DL 211 «Hoja de ruta para la libre competencia en Chile: Una propuesta, Mario Ybar | Diálogos CeCo», 9 de marzo de 2022. <https://centrocompetencia.com/dialogo-hoja-de-ruta-para-la-libre-competencia-en-chile-una-propuesta/>.

En cuanto a precedentes, se identifica que el principal bien jurídico en la competencia es promover la eficiencia económica y el bienestar del consumidor.³²⁰ Dentro de las primeras decisiones de por parte de la Comisión Resolutiva, actuando como órgano resolutivo en el conocimiento de causas, comienzan a evidenciarse los bienes jurídicos protegidos para la Comisión al momento de resolver, principalmente siendo: bienestar (o protección) de los consumidores³²¹, bienestar general y libertad de competir³²².

El TDLC al iniciar opta por la libre competencia propiamente tal como bien jurídico³²³, pasando a conectar tiempo después este mismo bien con bienestar social, del consumidor o eficiencia económica³²⁴ e incluso a considerarlos individual y directamente, lo que ocurre especialmente sobre los dos últimos mencionados³²⁵⁻³²⁶.

A nivel de la Corte Suprema en Chile ocurre una situación peculiar que nos diferencia de otras jurisdicciones. En los fallos que conoce, previo a mencionar el bien jurídico que pretende proteger para el caso concreto, elabora una fundamentación acerca del funcionamiento y la aplicación del Derecho de la Libre Competencia, en su grosor aludiendo

³²⁰ OECD. “Chile – Accession Report on Competition Law and policy”. Country Studies, 2010. P. 11 – 12.

³²¹ Resolución 90/81, Comisión Resolutiva. “(...) destacan los consumidores como especialmente protegidos en el ejercicio de su libertad para adquirir bienes y servicios” (Sobre contratos de distribución de General Motors).

³²² Resolución 368/92, Comisión Resolutiva. “La finalidad de la legislación antimonopolios, contenida en el cuerpo legal citado [DL 211], no es sólo la de resguardar el interés de los consumidores sino más bien la de salvaguardar la libertad de todos los agentes de la actividad económica, sean ellos productores, comerciantes o consumidores, con el fin último de beneficiar a la colectividad toda, dentro de la cual, por cierto, tienen los consumidores importante papel. En otras palabras, el bien jurídico protegido es el interés de la comunidad de que se produzcan más y mejores bienes y se presten más y mejores servicios a precios más convenientes, lo que se consigue asegurando la libertad de todos los agentes económicos que participen en el mercado”. “Que el decreto ley N°211 cumple, así, una trascendente función social, de alto interés nacional, ya que dice relación con la satisfacción de las necesidades vitales de las personas, para lo cual, velando por el bien común, crea adecuadas condiciones económico-sociales en el mercado, las que se alcanzan con una sana y efectiva competencia”. “Que la libre competencia, en cambio asegura a todas las personas, con igualdad de oportunidades, el derecho a ‘desarrollar cualquier actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen’”.

³²³ Véanse Sentencias TDLC 11/2004 c. 2°, 19/2005 c. 5°, y 60/2007 c. 30°.

³²⁴ Véanse Sentencia TDLC 65/2008, c. 122, y Resolución TDLC 24/2008, c. 264, que consagran implícitamente estos bienes; y Sentencias 45/2006 c. 56, 77/2008 c. 10°, 82/2009 c. 2°, 88/2009 c. 79, 92/2009 c. 9°, 132/2013 c. 9°, y 166/2018 c. 82, 131, 132 y 133, que consagran explícitamente estos bienes, a modo de ejemplo señalan algo así: “(...) lo que en definitiva se busca al cautelar el bien jurídico de la libre competencia, es impedir que se produzcan conductas que la entorpezcan o eliminen, ocasionando así pérdidas de bienestar social o, en otras palabras, que afecten negativamente la eficiencia económica en el uso de recursos escasos”.

³²⁵ Sobre eficiencia, véanse Proposición 12/2011 TDLC §111 y Resoluciones TDLC 37/2011 §291, 39/2012 §10.10, 43/2012 13.5, y Sentencia TDLC 166/2018 c. 82.

³²⁶ Sobre bienestar del consumidor, véanse Resoluciones TDLC 37/2011 §291 (excedente del consumidor) y 43/2012 13.5, y Sentencias TDLC 166/2018 c. 82 y 178/2021 c. 143.

a esta rama como parte del Orden Público Económico cuyo fin es resguardar la libertad económica y limitarla viendo al poder de mercado como un factor determinante en la afectación del bienestar individual y social.³²⁷ Por lo que, sobre derecho de la competencia, fundamenta el bien jurídico protegido dentro del marco de la Constitución Económica y su Orden Público Económico que tiene como expresión la legislación de libre competencia, la cual vela por la libertad de emprendimiento y el derecho a desarrollar cualquier actividad económica lícita, de este modo -por relación- cualquier afectación a los intereses de los consumidores en último término recae en el bienestar general de los miembros de la sociedad³²⁸. Incluso se ha sido más explícitos señalando de plano que entre los fines que respaldan la libre competencia están el derecho a participar en las actividades económicas, la eficiencia y el bienestar de los consumidores, como razón final de la regulación económica.³²⁹

Concorde a lo anterior, en el último tiempo, en general se repite la misma fundamentación relativa a los fundamentos de la libre competencia de la cita de Valdés a la Comisión Resolutiva señalándose que: *“el bien jurídico protegido es el interés de la comunidad de que se produzcan más y mejores bienes y que se presten más y mejores servicios a precios más convenientes, lo que se consigue asegurando la libertad de todos los agentes económicos que participen en el mercado.”*³³⁰ Desde la misma línea doctrinal, la Corte también acoge la postura propia de Valdés de la “libre competencia” como bien jurídico protegido de la legislación antimonopolios, señalando que: *“la libre competencia es un bien jurídico protegido de aquellos denominados públicos, que dice relación con el funcionamiento de un sistema que promueve una forma de orden social mediante la cual se armoniza el ejercicio de la libertad de competencia mercantil por parte de todos los ciudadanos que la ostentan”*³³¹. Asimismo, se cita con frecuencia a Garrigues que describe la discusión del objetivo de la libre competencia en los siguientes términos: *“en economía esta lucha [la competencia] es por la conquista del cliente. El competidor se propone apartar a los demás*

³²⁷ Marmolejo, Crispulo. (2022). Algunas sentencias de la Corte Suprema que abordan conceptualmente el Derecho de la Libre Competencia. *Revista chilena de derecho y ciencia política*, 13(2), 159-181. <https://dx.doi.org/10.7770/rchdcp-v13n2-art2991>

³²⁸ Véanse Sentencias Corte Suprema Roles 2680/2010 c. 1°, 6264/2013 c. 9°, 21.536/2014 c. 3°, 5609/2015 c. 5°, 97712/2016 c. 8°, 8850/2019 c. 4°, 9361/2019 c. 4°, 1531/2018 c. 10°, 24828/2018 c. 4°, 34013/2019 c. 13°

³²⁹ Corte Suprema, rol N°11.363-2015, c. 4°.

³³⁰ Supra n°322; también Corte Suprema, rol 8.843-2019, c. 3°; rol 17.418-2021, c. 6°; rol 7.600-2022, c. 1°

³³¹ Corte Suprema, Rol N°94.189-2020, c. 4° (citando Valdés, Domingo; “Libre Competencia y Monopolio”; Editorial Jurídica de Chile, primera edición, junio de 2006, página 188).

*para ser el primero. En los países civilizados tal lucha no ha sido jamás libre en el sentido de ilimitada, arbitraria o desenfrenada. Pues si toda forma de convivencia humana está sometida al Derecho, es claro que las relaciones económicas están sometidas también a él. La competencia es, pues, un fenómeno jurídico aunque los móviles sean económicos”.*³³²

2.2. EL MODELO FLEXIBLE: LA ACEPTACIÓN DE NUEVOS BIENES JURÍDICOS

Este modelo flexible, en contraposición al clásico expuesto anteriormente, admite e incentiva concebir una libre competencia en sus fines, objetivos y metas como una disciplina abierta a incorporar nuevos bienes jurídicos que van más allá del tradicional bienestar del consumidor, bienestar general y la eficiencia, o incluso criterios económicos, tomando en consideración objetivos políticos³³³, sociales, culturales y ambientales, o también llamados de política pública.

Manifestaciones de estas categorías nacen históricamente del fundamento del derecho antitrust en EE. UU., de la discusión en Europa sobre los objetivos del derecho de la competencia con los aportes ordo liberales y la modernización con su “more economic approach”, y la evolución progresiva en nuestro país a aceptar nuevos bienes jurídicos.

La inclusión de objetivos no económicos en el derecho antitrust no siempre se caracterizó por ser un asunto pacífico. Se critica su carencia en términos de cuantificación ya que efectos políticos o sociales de una cierta estructura de mercado o conducta permanecen indeterminables, su tendencia a caer en una forma de activismo o politización por parte de las agencias de competencia o tribunales que genere poca predictibilidad e inconsistencia - inseguridad jurídica- en la toma de decisiones, y que para atender a dichos objetivos es preferible usar regulación ad-hoc.³³⁴

³³² Ibid. (citando a Garrigues, Joaquín; “La defensa de la competencia mercantil”, Temas de Derecho Vivo, Editorial Tecnos, 1977, página 142).

³³³ Político no en el sentido de que está sujeto a influencias políticas, sino que referido al enfoque entregado por cierta política pública. El Derecho de la Competencia debe estar libre de influencias políticas. La aplicación de la legislación de competencia tampoco debe prescindir de fines orientados al valor intrínseco de una política pública y de valores sociales o morales que definen las construcciones y experiencias de una determinada sociedad.

³³⁴ Green, Ofer. «Integration of Non-Efficiency Objectives in Competition Law», University of Toronto, 2009. <https://tspace.library.utoronto.ca/handle/1807/17173>.

Pese a estas críticas, la adopción de múltiples objetivos o bienes tiene beneficios en miras a la satisfacción de intereses sociales en determinados momentos otorgando flexibilidad a la aplicación del derecho de la competencia³³⁵, es compatible con objetivos económicos al tender a evitar las concentraciones de poder económico, dependiendo del caso pueden ampliar el rango de discrecionalidad privada e innovación en decisiones de negocios³³⁶, . Citando a Pitofsky, en definitiva, es una mala historia, mala política, y mala ley excluir ciertos valores de política pública en la interpretación de las leyes de competencia.³³⁷

Ahora, en ningún caso una aproximación purista que ignore consideraciones de eficiencia para beneficiar el interés público sería procedente pues iría precisamente en contra de la promoción de la competencia y la eficiencia en los mercados que caracteriza el derecho de la competencia. De hecho, raramente existen regímenes donde solamente se usen objetivos de interés público para evaluar fusiones, incluso en aquellos estatutos de competencia que explícitamente establecen intereses públicos generalmente especifican que el impacto en la competencia sea determinado por uno de los test de paradigmas dominantes, como el de reducción sustancial de la competencia o el test de dominancia.³³⁸

Y aún así en el supuesto de una aplicación imperativa por motivos normativos limitando la libre competencia a sus bienes económicos, no se puede evitar caer en ponderaciones de valores no económicos, ya que la libre competencia inherentemente tiene *trade-offs* que son resueltos a través de valores políticos, sociales, culturales o ambientales.³³⁹

Para ilustrar el punto de manera fácil imaginemos que los residentes de una comunidad quieren preservar su centro cívico compuesto en su mayoría por locales comerciales de la zona. Se oponen a la entrada de un agente económico gigante que declara frente a los

³³⁵ Fuchs, A. (2012). "Chapter 3: Characteristic Aspects of Competition and their Consequences for the Objectives of Competition Law – Comment on Stucke". In *The Goals of Competition Law*. Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing. Retrieved Feb 2, 2024, from <https://doi.org/10.4337/9780857936615.00009>

³³⁶ Robert Pitofsky *Political Content of Antitrust*, 127 U. Pa. L. Rev. 1051 (1979). Available at: https://scholarship.law.upenn.edu/penn_law_review/vol127/iss4/19

³³⁷ Robert Pitofsky *Political Content of Antitrust*, 127 U. Pa. L. Rev. 1051 (1979). Available at: https://scholarship.law.upenn.edu/penn_law_review/vol127/iss4/19

³³⁸ Lewis, The Role of Public Interest in Merger Evaluation (2002), available at: <http://www.comptrib.co.za/Publications/Speeches/lewis5.pdf> ; Hovenkamp, "Antitrust policy after Chicago", 84 Mich. L. Rev. 213, 242 (1985).

³³⁹ Stucke, Maurice E., *Reconsidering Antitrust's Goals* (August 3, 2011). Boston College Law Review, Vol. 53, p. 604 - 606, 2012, University of Tennessee Legal Studies Research Paper No. 163, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1904686> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1904686>

locatarios que su fin es establecerse para ofrecer mayor bienestar a la comunidad a través de precios más bajos, mejor calidad de productos y mayor excedente para los consumidores. La comunidad aún se opone. Entonces surge la pregunta, ¿deberá la administración ignorar la conducta de los ciudadanos por ser irracional y permitir la entrada del gigante a la comunidad? Si es así se caería en un paternalismo que podría anular la preferencia de la comunidad.³⁴⁰

Ahora con un caso más difícil. Supongamos que la fusión de las papeleras de la ciudad genera eficiencias que benefician solamente a las empresas, sin expectativas de algún traspaso a los consumidores. También supongamos que las ganancias en eficiencia (que incluyen el consumo de menos electricidad) sobrepasan a la probable alza de precios a los consumidores. ¿Deberían estas eficiencias contar a favor de la fusión? Entre los *trade-offs* que surgen de esta situación además están (1) un potencial crecimiento de la competencia intermarca a expensas de reducir la competencia intramarca, (2) que los efectos anticompetitivos de la fusión en un mercado compensan los beneficios competitivos en otro mercado, (3) fusiones y restricciones que producen eficiencias dinámicas, pero también precios más altos, (4) fusiones que producen mayor productividad pero reducen la variedad de productos, (5) fusiones que atraen eficiencias versus las implicancias políticas y sociales del aumento de concentración en el mercado y las distorsiones que trae en la competencia empresas demasiado grandes, muy fundamentales para fallar (“too big to fail”) y la dependencia que genera para la sociedad.³⁴¹

Es en esta clase de problemas donde se hace una decisión política, social o cultural al decidir sobre estos trade-offs. En general, estas decisiones y el por qué surgen los bienes jurídicos distintos de los puramente económicos, responden a una necesidad de hacerse cargo de fallas de mercado en situaciones donde el mercado no alcanza resultados óptimos, ya sea por asimetrías de información, externalidades, conducta del consumidor, o problemas

³⁴⁰ Ibid.

³⁴¹ Stucke, Maurice E., Reconsidering Antitrust's Goals (August 3, 2011). Boston College Law Review, Vol. 53, p. 604 - 606, 2012, University of Tennessee Legal Studies Research Paper No. 163, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1904686> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1904686>

distributivos. La respuesta que se tenga frente a esta situación dependerá del balance que se haga entre el mercado y el interés público.³⁴²

Las asimetrías de información llevan a un defecto en la asignación de recursos, y por ende a una falla de mercado, en particular también sobre las condiciones durante un determinado proceso de producción, las decisiones de compra de los consumidores, las características de un determinado producto, experiencia, calidad, entre otras. Una característica esencial de las externalidades es que no impactan en aquellos que las causaron pues no existe relación basada en precio o mecanismos de mercado existentes entre aquellos que causaron los efectos y los que lo causaron, y menos cualquier otro vínculo contractual. Las conductas de los consumidores pueden devenir en una falla de mercado, entre las desviaciones del estándar clásico del *homo economicus* se cae en cortoplacismos, decisiones impulsivas o inconscientes, intuición o en general la dificultad para captar un panorama de los mecanismos complejos de producción de una cadena con su interdependencia y realizar una decisión racional.³⁴³

En los siguientes acápites, bajo la misma metodología del subcapítulo anterior, se demostrará a través de una descomposición histórica de los principales polos de pensamiento del derecho de la competencia y su evolución sobre sus concepciones de bienes jurídicos, cómo se ha ido construyendo un modelo flexible a través de la regulación y la jurisprudencia y por qué en la actualidad consideraciones de orden de política pública o no económicas son objeto de debate en asuntos de competencia.

2.2.1. Fundamentos del Antitrust en EE. UU., la Escuela de Harvard y la tímida apertura a nuevos bienes.

El movimiento antitrust moderno surge como respuesta al crecimiento económico desbordado de algunos agentes económicos a finales del siglo XIX. Dada la falta de habilidad a nivel estatal de efectivamente prevenir que las corporaciones incurrieran en prácticas

³⁴² Vedder, Hans, “Of Jurisdiction and Justification. Why Competition is Good for ‘NonEconomic’ Goals, But May Need to be Restricted”. *The Competition Law Review*, Volume 6 Issue 1 pp- 51-75, December 2009. ISSN 1745-638X (Online)

³⁴³ Bundeskartellamt. “Open markets and sustainable economic activity – public interest objectives as a challenge for competition law practice”, Virtual Meeting of the Working Group on Competition Law, Background Paper, 1 October 2020. Pp. 9 – 12.

monopolísticas de negocios, tanto el Partido Demócrata como el Partido Republicano se avocaron en asegurar mercados competitivos a nivel federal creando la Sherman Act. Ahora, pese a la creación de este cuerpo normativo, en la discusión legislativa nunca se clarificó cómo debería ser su aplicación desde la óptica de la competencia en las diversas cortes de esta ley a través de algún bien jurídico que proteger, surgiendo un debate en torno al objetivo o meta de la legislación de competencia de EE. UU. Este problema legislativo atrae masivo interés académico desde los cuales autores como Bork o Lande elaboran sus teorías desde el bienestar del consumidor o la eficiencia respectivamente.³⁴⁴

En los primeros años, la aplicación de la Sherman Act por la Corte Suprema fue dispersa y reflejó las distintas opiniones sobre la historia legislativa y el deseo de proteger la competencia para el beneficio de todos, es decir, consumidores, empresarios, y el “bien común”.³⁴⁵

Durante las tres décadas siguientes, una serie de publicaciones académicas asumieron la premisa de que el Congreso al legislar la Sherman Act lo hizo con el objetivo de servir a los intereses de agentes económicos pequeños y menos eficientes que no podían competir contra los grandes trusts de la época. Metafóricamente se consideraba que un daño a los pequeños negocios eran un signo del daño que las grandes empresas generaban en la economía, entonces la lógica era proteger la competencia para asegurar que los pequeños actores tuvieran la misma oportunidad de lograr lo que las grandes pudieron.³⁴⁶

En 1914, el Congreso de los EE.UU. aprueba la Clayton Act, que enumeró violaciones específicas a la libre competencia, y la Federal Trade Commission Act, que creó la agencia de competencia administrativa que monitorearía y prevendría a los agentes económicos de cometer abusos, así mismo guiándolos en su actuar. Si nos remitimos a la historia legislativa de estas normas un tema central que aparece es la libertad económica de oportunidades,

³⁴⁴ Phillips Sawyer, Laura. "U.S. Antitrust Law and Policy in Historical Perspective." Harvard Business School Working Paper, No. 19-110, May 2019. (Revised September 2019.)

³⁴⁵ Standard Oil Co. v. United States, 221 U.S. 1 (1911) (sobre actos abusivos hechos por un agente solitario); United States v. Trans-Missouri Freight Ass'n, 166 U.S. 290 (1896) (sobre autorregulación respecto de un acuerdo entre competidores). Eleanor M. Fox, Modernization of Antitrust: A New Equilibrium, 66 Cornell L. Rev. 1140 (1981) Available at: <http://scholarship.law.cornell.edu/clr/vol66/iss6/3>

³⁴⁶ Barak Orbach, How Antitrust Lost Its Goal, 81 Fordham L. Rev. 2253 (2013). Available at: <https://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol81/iss5/6>

repitiéndose la idea de controlar apropiadamente el poder de los productores sobre los precios.³⁴⁷

El bien jurídico protegido tras el desarrollo jurisprudencial inicial emanado de la aplicación de la Sherman Act era la competencia o la libre competencia, análogo a la protección de la competencia.³⁴⁸

Es destacable, en una de las sentencias anteriores a la adopción definitiva del estándar de bienestar del consumidor, lo señalado por el juez John Paul Stevens frente al argumento de que una “profesión que se estudia” podía imponer restricciones a la competencia entre sus miembros con el propósito de minimizar riesgos que la competencia produciría en la interna con trabajos que pongan en peligro la seguridad pública, acotando el análisis de competencia y desechando la tesis del estándar de bienestar:

“La Sherman Act refleja el juicio legislativo de que últimamente la competencia producirá no sólo precios más bajos, pero también mejores bienes y servicios. (...) En nuestra compleja economía el número de objetos que pueden causar un serio daño es casi infinito - automóviles, medicamentos, comida, componentes de aviación, equipo pesado, e innumerables otros, causan serio daño a los individuos o al público en general si son

³⁴⁷ Eleanor M. Fox, Modernization of Antitrust: A New Equilibrium, 66 Cornell L. Rev. 1140 (1981) Available at: <http://scholarship.law.cornell.edu/clr/vol66/iss6/3>

³⁴⁸ City of Lafayette v. La. Power & Light Co., 435 U.S. 389, 398 (1978) (“[Al promulgarse la Sherman Act] el Congreso... buscó establecer un régimen de competencia como un principio fundamental que gobierna el comercio en este país.”); United States v. Topco Assocs., Inc., 405 U.S. 596, 610 (1972) (“Las leyes antitrust en general, y la Sherman Act en particular, son la Carta Magna de la libre actividad empresarial. Son tan importantes para la preservación de la libertad económica y nuestro sistema de libertad de emprendimiento como la Bill of Rights lo es para la protección de nuestras libertades personales fundamentales. Y la libertad es garantizada para cada y todo negocio, sin importar cuan pequeño, es la libertad para competir -la que debe hacerse valer con vigor, imaginación, devoción, e ingenuidad sea cual sea el músculo económico que se le junte.”); Brown Shoe Co. v. United States, 370 U.S. 294, 330 (1962) (“Las leyes antitrust están destinadas primariamente para preservar y estimular la competencia”); N. Pac. Ry. Co. v. United States, 356 U.S. 1, 4 (1958) (“La Sherman Act fue diseñada para ser una carta íntegra de libertad económica que apunta a preservar la competencia libre y sin restricciones como regla de comercio... La política inequívocamente establecida por esta ley es la competencia.”); Standard Oil Co. v. FTC, 340 U.S. 231, 248–49 (1951) (“El corazón de nuestra política económica nacional ha sido la fe en el valor de la competencia. En la Sherman Act y Clayton Act, como también en la Robinson-Patman Act, “el Congreso estaba lidiando con la competencia, la que debe proteger, y el monopolio, el que debe prevenir”) (citando a A.E. Staley Mfg. Co. v. FTC, 135 F.2d 453, 455 (7th Cir. 1943)); Bd. of Trade of Chi. v. United States, 246 U.S. 231, 238 (1918) (“El verdadero test de legalidad es si una restricción impuesta como tal meramente regula o quizás promueve la competencia o si puede suprimir o incluso destruir la competencia”); N. Sec. Co. v. United States, 193 U.S. 197, 331 (1904) (“La ley antitrust ha prescrito la regla de la libre competencia entre aquellos vinculados en el comercio [interestatal]”)

*defectuosos. La judicatura no puede indirectamente proteger al público contra este daño confiriendo privilegios monopólicos a los manufactureros”.*³⁴⁹³⁵⁰

Además de la competencia, desde la década del 50’ hasta principios de los 70’, la Suprema Corte al aplicar la legislación de competencia enfatizó la libertad de los competidores entre varios³⁵¹, y en menor medida, el interés de los consumidores, pero solamente cuando eran consistentes con la competencia en su proceso y con los derechos del libre comercio.³⁵²

A mediados del siglo XX, economistas de la Escuela de Harvard postularon que la estructura de una industria, es decir, el número de agentes en un mercado y sus tamaños, determinan cómo efectivamente estas actuarán en dicho mercado. Esta doctrina tomó lugar dentro de un nuevo movimiento económico conocido como “la organización industrial”, cuyo acercamiento -según esgrimen Mason y Bain- se dirigía a una política de competencia relativamente más intervencionista que enfatizaba cómo las cortes podían construir reglas en su jurisprudencia para la protección contra la comisión de conductas anticompetitivas o la creación de barreras de entrada. Bain crea el marco analítico de Estructura-Conducta-Efecto sosteniendo que una firma dominante manipulaba esas barreras para proteger su posición de mercado incumbente, por ende, creando oligopolios y permitiendo precios supra competitivos. Aquella limitante en el número de competidores puede elevar los precios al consumidor lo que debiese alentar a la judicatura a implementar una evaluación más minuciosa al revisar el poder de mercado al aprobar o rechazar una operación de concentración.³⁵³

³⁴⁹ Nat’l Soc. of Prof’l Eng’rs v. United States, 435 U.S. 679 (1978).

³⁵⁰ Barak Orbach, How Antitrust Lost Its Goal, 81 Fordham L. Rev. 2253 (2013). Available at: <https://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol81/iss5/6>

³⁵¹ United States v. Topco Assocs., Inc., 405 U.S. 596 (1972); Zenith Radio Corp. v. Hazeltine Research, Inc., 395 U.S. 100 (1969); Fortner Enterprises, Inc. v. United States Steel Corp., 394 U.S. 495 (1968); Albrecht v. Herald Co., 390 U.S. 145 (1968); Simpson v. Union Oil Co., 377 U.S. 12 (1964); United States v. Lowe's Inc., 371 U.S. 38 (1962); United States v. Parke, Davis & Co., 362 U.S. 29 (1960); Northern Pac. Ry. v. United States, 356 U.S. 1 (1958); United States v. United Shoe Mach. Corp., 347 U.S. 521 (1954).

³⁵² Northern Pac. Ry. v. United States, 356 U.S. 1 (1958).

³⁵³ Véase Joe S. Bain, “Workable Competition in Oligopoly: Theoretical Considerations and Some Empirical Evidence,” American Economic Review 49 (May 1950): 35–47; Bain, Industrial Organization (New York: Wiley, 1959); Edward S. Mason, Barriers to New Competition: Their Character and Consequences in Manufacturing Industries (Cambridge, MA: Harvard University Press, 1956), 21–4; Phillips Sawyer, Laura. ["U.S. Antitrust Law and Policy in Historical Perspective."](#) Harvard Business School Working Paper, No. 19-110, May 2019. (Revised September 2019)

Esta aproximación estructural de la teoría del antitrust se justificaba pues al momento de la creación de la Sherman Act y Clayton Act, la preocupación principal de los legisladores estaba en el crecimiento económico y poder político que los trusts poseían en la economía americana, entonces la evaluación estructural tenía el fin de proteger a los competidores del poder de mercado ejercicio por grandes corporaciones.³⁵⁴

Lo anterior dentro de los objetivos de la libre competencia significaba una oposición a la concentración de los mercados, incluso cuando pudiese rebajar costos y precios y beneficiarse a los consumidores.³⁵⁵

Estas ideas de protección de la competencia al estilo Harvard se manifestaron en la jurisprudencia de diferentes maneras. En *United States v. Aluminum Co. of America* se encuentra responsable a la empresa de monopolizar el mercado de manufactura de aluminio por la estrategia de competencia agresiva que, si bien beneficiaba a los consumidores en calidad y precio al expandir su capacidad aprovechando sus economías de escala, esta a través de restricciones en los contratos y el ejercicio de su monopolio restringían el comercio, desde una visión de protección de la competencia.³⁵⁶ De manera similar, en *United States v. Philadelphia Nat'l Bank* se trae a colación precedentes similares donde se señala que la preocupación legislativa era la protección de la competencia, y no de los competidores, en este caso aplicable a una fusión de dos bancos que juntos poseían el 30% del mercado relevante local donde se desestimaron los argumentos relativos a las eficiencias de la operación frente a los consumidores y la mejora en los servicios.³⁵⁷

Brown Shoe Co. v. United States en 1962 fue significativa desde la óptica de Harvard pues la Corte invalidó una operación entre dos productores de zapatos y retailers argumentando que hubiese incrementado su participación de mercado en un 5% que tendía a lesionar la competencia sustancialmente en la venta en retail de zapatos para hombres, mujeres y niños en la mayoría de los mercados relevantes; lo notable es que en el análisis de la sentencia, la

³⁵⁴ Piraino, Thomas A. Jr. (2007) "Reconciling the Harvard and Chicago Schools: A New Antitrust Approach for the 21st Century," *Indiana Law Journal*: Vol. 82: Iss. 2, Article 4. Available at: <https://www.repository.law.indiana.edu/ilj/vol82/iss2/4>

³⁵⁵ Piraino, Thomas A. Jr. (2007) "Reconciling the Harvard and Chicago Schools: A New Antitrust Approach for the 21st Century," *Indiana Law Journal*: Vol. 82: Iss. 2, Article 4. Available at: <https://www.repository.law.indiana.edu/ilj/vol82/iss2/4>

³⁵⁶ *United States v. Aluminum Co. of America*, 148 F.2d 416 (2d Cir. 1945)

³⁵⁷ *United States v. Philadelphia Nat'l Bank*, 374 U.S. 321 (1963)

Corte reconoció la tendencia a la integración vertical en la industria zapatera y se hizo cargo de esta realidad estructural con tal de evitar reducir la competencia frente a otros negocios más pequeños, no sólo respecto del mercado relevante del producto sino que también del mercado geográfico.³⁵⁸ La integración de todo, en cuanto al bien jurídico protegido, la Corte razona que la historia legislativa refleja la preocupación del legislador de proteger la competencia, por lo que rechaza la fusión. Este argumento se extendió a *United States v. Continental Can Co.* -entre los productores de vidrio y metal en este caso- con el fin de proteger la competencia inter-industrias.³⁵⁹

Durante ese tiempo, gran parte de la discusión estaba enfocada, en la línea del abordaje estructural de Harvard, sobre la cuota de mercado y el margen tolerable para que una operación de concentración no afectara sustancialmente la competencia. Esta tendencia se mantuvo hasta el fin de los 60' donde la Suprema Corte continuó tratando al poder de mercado con cautela, desde un análisis menos permisivo, evitando facilitar el apalancamiento de los agentes económicos que podría ser usado para fines anticompetitivos, aceptando a la competencia como el mejor mecanismo para mantener mercados dinámicos y resultados orientados al consumidor.³⁶⁰

Pese a todo, lo cierto es que no está resuelto a nivel jurisprudencial la incertidumbre en torno a los objetivos del antitrust pues en diferentes ocasiones la Suprema Corte ha dejado claro que la libre competencia tiene una variada gama de bienes jurídicos, no obstante se note una prevalencia en los estándares económicos.³⁶¹ Reconocimientos a la promoción de la libertad económica o de emprender³⁶², la justicia³⁶³, la autorregulación³⁶⁴, la propiedad intelectual³⁶⁵,

³⁵⁸ *Brown Shoe Co., Inc. v. United States*, 370 U.S. 294 (1962).

³⁵⁹ *United States v. Continental Can Co.*, 378 U.S. 441 (1964). Phillips Sawyer, Laura. "[U.S. Antitrust Law and Policy in Historical Perspective.](#)" Harvard Business School Working Paper, No. 19-110, May 2019. (Revised September 2019.)

³⁶⁰ *Ibid.* P. 18.

³⁶¹ Lande, Robert H. «Wealth Transfers as the Original and Primary Concern of Antitrust: The Efficiency Interpretation Challenged». SSRN Scholarly Paper. Rochester, NY, 1 de septiembre de 1982. <https://doi.org/10.2139/ssrn.2065413>.

³⁶² Robert Pitofsky *Political Content of Antitrust*, 127 U. Pa. L. Rev. 1051 (1979). Available at: https://scholarship.law.upenn.edu/penn_law_review/vol127/iss4/19

³⁶³ *Radiant Burners, Inc. v. Peoples Gas Co.*, 364 U.S. 656 (1961); *Silver v. New York Stock Exchange*, 373 U.S. 341 (1963); ambos casos mostraron que la Sherman Act por sí misma podía garantizar justicia procesal cuando una industria está sujeta a autorregulación. Schwartz, “‘Justice’ and other non-economic goals of antitrust”, 127 U. Pa. L.R. 1076 (1979).

³⁶⁴ *Goldfarb v. Virginia State Bar*, 421 U.S. 773 (1975)

³⁶⁵ *CSU, L.L.C. v. Xerox Corp.*, 202 F.R.D. 275 (D. Kan. 2001)

y la seguridad nacional³⁶⁶ conforman el resto del catálogo de bienes tutelados no económicos que han tenido desarrollo en particular ya sea en la doctrina o derivado del análisis de precedentes.

2.2.2. Los detractores de la Escuela de Chicago: una crítica a los objetivos económicos.

La Escuela de Chicago con mucha confianza cimienta sus fundamentos y argumentación sobre el estándar de bienestar de consumidor y la eficiencia, en gran parte gracias a la historia legislativa tras la legislación de competencia americana. Sin embargo, autores críticos de esta clase de análisis sobre la competencia señalan que la eficiencia y el bienestar del consumidor no son los objetivos de la competencia americana.

Una gran cantidad de literatura califica los desarrollos y la influencia de la Escuela de Chicago a través del estándar del bienestar del consumidor, su enfoque hacia la eficiencia y exclusión de otros objetivos de política pública.³⁶⁷ En muchos términos, las figuras de la Escuela de Chicago y sus seguidores son vistos como extremistas ideológicos³⁶⁸, fanáticos

³⁶⁶ *FTC v. Imo Indus., Inc.*, 1992-2 Trade Cas. (CCH) ¶69,943 (D.D.C.1989); *FTC v. Alliant Techsystems, Inc.*, 808 F.Supp. 9 (D.D.C.1992).

³⁶⁷ *Supra...* Carl T. Bogus, *The New Road to Serfdom: The Curse of Bigness and the Failure of Antitrust*, 49 U. MICH. J. L. REFORM 1 (2015). Available at: <https://repository.law.umich.edu/mjlr/vol49/iss1/1> (En breve, es por la Escuela de Chicago -y especialmente Robert H. Bork- que persuadió a toda la fraternidad del antitrust que su campo debería preocuparse exclusivamente del bienestar del consumidor); Rana Fordoohar, *America's New Antitrust Agenda* (Fin Times, Feb 3, 2019), online at <https://www.ft.com/content/c27a517a-2631-11e9-8ce6-5db4543da632> ("La política antimonopolio en América está actualmente conducida por el pensamiento de la "Escuela de Chicago", casada a la idea de que mientras los consumidores no paguen demasiado por un bien o servicio, está todo bien"); Mitchell, Stacy. «The Truth About Big Business». *Washington Monthly* (blog), 16 de julio de 2018. <http://washingtonmonthly.com/2018/07/15/the-truth-about-big-business/> (Por gran parte del siglo XX, uno de los objetivos de las leyes antitrust era preservar la habilidad de los emprendedores de entrar y competir en un sector determinado. Pero eso comenzó a cambiar a fines de los años 70', cuando Robert Bork y otros economistas de la Escuela de Chicago exitosamente argumentaron que el único objetivo legítimo de la política de competencia era la eficiencia. Más allá de eso, insistieron que las grandes compañías eran naturalmente más eficientes, y que las fusiones eran por lo tanto casi siempre justificadas, mientras que la pérdida de empresas pequeñas era bienvenida e inevitable); como se citan en Kovacic, William E. (2020) "The Chicago Obsession in the Interpretation of US Antitrust History," *University of Chicago Law Review*: Vol. 87: Iss. 2, Article 7. Available at: <https://chicagounbound.uchicago.edu/uclrev/vol87/iss2/7> pp. 460 - 462

³⁶⁸ Eleanor M. Fox and Lawrence A. Sullivan, *Antitrust—Retrospective and Prospective: Where Are We Coming From? Where Are We Going?*, 62 NYU L Rev 936, 945 (1987) ("Seguido se dice que extremistas son necesarios para mover la tradición un paso corto. Esto es, quizás, lo que [William] Baxter y la Escuela de Chicago han hecho"); como se citó en *Ibid.*

religiosos o de culto³⁶⁹, e incluso como una enfermedad³⁷⁰. A grandes rasgos, se critica que la perspectiva de la Escuela de Chicago ha usado doctrinas que dejan un rango muy amplio a interpretación y tergiversando técnicas analíticas que perjudicaron la efectiva implementación de las leyes de libre competencia en EE.UU., finalmente frustrando la materialización de los objetivos políticos y sociales que las inspiraron genuinamente.³⁷¹ Pitofsky señala que por las interpretaciones extremas y malinterpretaciones de la teoría económica conservadora (junto a un constante desapego de los hechos) esta escuela domina la libre competencia, y existen razones para creer que EE.UU. va profundamente por la dirección incorrecta.³⁷² Entre las consecuencias que ha dejado la adopción de esta escuela de pensamiento se puede destacar: un daño a la economía mediante una alta y creciente concentración industrial, e instituciones democráticas en peligro por parte de una cantidad innumerable de leviatanes corporativos y posibles capturas regulatorias en las autoridades de competencia federales.³⁷³

Continuando con la crítica sobre el bienestar del consumidor y la eficiencia de Chicago, Bogus revisa la teoría de Bork y asegura que en su esencia se equivoca al asumir que las personas y agentes económicos están motivadas por la racionalidad y maximización de beneficios, pues las personas son conducidas también por deseos, esperanzas, y miedos, que pueden causar un desvío en el curso de acción racional; erra también en asumir que es poco probable la existencia de carteles por la dificultad que hay en mantenerlos a lo largo del tiempo, la vida real ha demostrado que muchos carteles son exitosos por periodos extendidos

³⁶⁹ Eliot G. Disner, *Antitrust Law: The Chicago School Meets the Real World*, 25 *LA Lawyer* 14, 14 (2002) (“Con una especie de fervor religioso, la Escuela de Chicago entonó un mantra y usó un lenguaje propio para darle vida, y después empoderar, su visión del mundo”); como se citó en *Ibid.*

³⁷⁰ Spencer Weber Waller, *The Law and Economics Virus*, 31 *Cardozo L Rev* 367, 379 (2009) (describiendo la forma en que “el virus de la Escuela de Chicago se ha expandido de un cuerpo legal a otro”); como se citó en *Ibid.*

³⁷¹ Kovacic, William E. (2020) "The Chicago Obsession in the Interpretation of US Antitrust History," *University of Chicago Law Review*: Vol. 87: Iss. 2, Article 7. Available at: <https://chicagounbound.uchicago.edu/uclrev/vol87/iss2/7> pp. 460 - 462

³⁷² Robert Pitofsky, *Conservative Economic Analysis and Its Effects*, in Robert Pitofsky, ed, *How the Chicago School Overshot the Mark: The Effect of Conservative Economic Analysis on U.S. Antitrust* 7, 7 (Oxford 2008).

³⁷³ Barry C. Lynn, *Cornered: The New Monopoly Capitalism and the Economics of Destruction* ix–x (2010) (“La consolidación del poder por financistas sobre las instituciones básicas de nuestra política económica ha resultado en el trastorno no meramente de nuestro sistema financiero sino también nuestros sistemas industriales y políticos”); como se citó en Kovacic, William E. (2020) "The Chicago Obsession in the Interpretation of US Antitrust History," *University of Chicago Law Review*: Vol. 87: Iss. 2, Article 7. Available at: <https://chicagounbound.uchicago.edu/uclrev/vol87/iss2/7> p. 463

en el tiempo; está equivocado en considerar que un esquema de predación es raro que ocurra y que cuando ocurre no tiene efecto en la eficiencia, porque la experiencia real demuestra que cuando un esquema predatorio ocurre es exitoso; también está mal Bork en asumir que para la expansión de una compañía a través de una fusión hay que asumir que también pudo expandirse internamente, pues las empresas pueden decidir adquirir innovadores competidores pequeños por su incapacidad de innovar por cuenta propia, ya que sale menos costoso comprar empresas pequeñas que impulsar una mayor inversión en investigación y desarrollo por ellos mismos.³⁷⁴ Lo que tienen en común todas estas refutaciones a la teoría de Bork es el sustento dado por la vida real. A modo de resumen, la gran crítica de Bogus a Bork es el exceso de confianza en la teoría económica, como dogma absoluto e inmutable, en perjuicio de cómo ocurren las cosas en el mundo real.³⁷⁵

Hovenkamp realiza una sistematización de críticas desde dos lados: uno desde el exterior del mismo modelo de eficiencia planteado por Chicago y otro desde dentro.

Desde el exterior, respondiendo a la defensa de la historia legislativa y la declaración de un único estándar aplicable desde la eficiencia, Hovenkamp señala que la tesis de Chicago falla en exhibir una semblanza de una preocupación dominante por la eficiencia económica.³⁷⁶ En este sentido, el problema de este argumento es la carencia coherencia democrática con la idea que tenía el Congreso originalmente sobre la legislación de competencia, a tal punto incluso que no existió lobby alguno por una eficiencia asignativa, entonces la Escuela de Chicago se cae en la poca fidelidad y apego a la sensibilidad de la relación entre la creación de una política económica y el proceso legislativo democrático.³⁷⁷ Derivado de este problema está la cuestión sobre la eficiencia como único bien del sistema, extensible al resto de la política pública y donde los objetivos basados en eficiencia y distributivos pueden segregarse entre ellos, aunque falla Chicago en que en la práctica una vasta mayoría de políticas públicas simultáneamente afecta la riqueza social total igualmente que a la forma en que esa riqueza es distribuida, por lo que la premisa inicial se cae; si se pudiesen separar ambos efectos,

³⁷⁴ Carl T. Bogus, *The New Road to Serfdom: The Curse of Bigness and the Failure of Antitrust*, 49 U. MICH. J. L. REFORM 1 (2015). Available at: <https://repository.law.umich.edu/mjlr/vol49/iss1/1> pp. 16 – 26.

³⁷⁵ Ibid.

³⁷⁶ Herbert Hovenkamp, *Antitrust Policy After Chicago*, 84 MICH. L. REV. 213 (1985). Available at: <https://repository.law.umich.edu/mlr/vol84/iss2/3>

³⁷⁷ Ibid. Pp. 249 - 251

aparentemente la tarea de la política pública de competencia desde Chicago sería sólo mirar los efectos en eficiencias de una determinada operación e ignorar cualquier efectos distributivo.³⁷⁸

Desde el interior, es problemático que la teoría neoclásica de modelo de precios sea estática, es decir, que la medida de los efectos de ciertas prácticas en el precio o rendimiento se hagan bajo la premisa de que el mercado susceptible no se altera por eventos externos, pues el mundo real está afectado por distorsiones y fallas que repercuten en los mercados; no sólo este supuesto es imposible de garantizar, sino que además impide a un sentenciador identificar o medir el grado de cambio de un mercado sobre variables como el ingreso de los consumidores, el nivel de escolaridad, el nivel de consumo o necesidad de consumo, subsidios estatales, regulaciones que afectan a sectores de dichos mercados, incremento de consumidores, entre otros.³⁷⁹ También Chicago ignora el problema de la conducta estratégica diseñada por un actor para reducir el atractivo competitivo de su oferta contra la que debe competir, en este sentido no toda conducta estratégica per se es dañina socialmente o anticompetitiva, pero cuando lo es y es exitosa, la firma con su conducta obtiene ganancias monopólicas y los competidores (potenciales incluidos) junto a los consumidores internalizan estos daños, lo cual refleja la debilidad del modelo de la eficiencia y bienestar del consumidor.³⁸⁰

En síntesis, el acercamiento de la Escuela de Chicago es defectuoso por dos razones: la noción de que la política pública debe hacerse exclusivamente basada en el modelo de eficiencia neoclásica es ingenua, porque sobreestima la habilidad de quién la crea para aplicar ese modelo en el mundo real y subestima la complejidad del proceso en que este agente debe seleccionar entre varios valores que compiten entre sí; el modelo de eficiencia de mercado es en sí mismo muy simple para contabilizar o predecir conductas de agentes económicos en el mundo real, probando ser inepto en identificar varias formas de conducta estratégica

³⁷⁸ Ibid. 245 - 247

³⁷⁹ Herbert Hovenkamp, Antitrust Policy After Chicago, 84 MICH. L. REV. 213 (1985). Available at: <https://repository.law.umich.edu/mlr/vol84/iss2/3> Pp. 256 – 259; Kartell v. Blue Shield of Massachusetts, Inc., 582 F. Supp. 734 (D. Mass. 1984).

³⁸⁰ Ibid. 260 – 262.

debido a su enfoque excesivo en los efectos a largo plazo cuando en la realidad las consideraciones cortoplacistas pueden ser críticas en la planificación de un negocio.³⁸¹

Kirkwood y Lande recuerdan la misma historia legislativa recogiendo las palabras de varios de los senadores que fueron parte de la discusión, donde a través de sus declaraciones sobre las conductas de los trusts, se refieren a estos en términos de “robo”, “ladrones”, “extorsión” y “robo de riqueza”. Entonces la pregunta que ellos se hacen es si estas palabras suenan como que el objetivo del legislador era la eficiencia distributiva en los mercados, a lo que estos responden hacia la negativa, pues las quejas realizadas por parte del Congreso sobre los trusts recaían en las alzas de precios a los compradores, lo que en caso alguno tenía que ver en lo principal con ayudar a las corporaciones a ahorrar costos u aumentar la eficiencia productiva. Si el objetivo legislativo hubiese sido incentivar aquella forma de organización industrial, alabarían a los trusts y no existirían declaraciones tan duras en los debates generados e incluso haber realizado legislación para condenar la nocividad de varias de sus conductas. Por ende, el Congreso tenía otros objetivos o bienes en mente, entre las cuales una explicación sobre transferencia de riqueza es la más consistente con los antecedentes vistos.³⁸²

Desde una crítica al fondo de las ideas de Chicago, Eleanor Fox señala que la visión de esta escuela ignora que existe un debate sobre valores en el antitrust que está en la esencia de la formación de la ley que responde a convicciones ideológicas, y que el incorporar por en el nombre de la ley y la economía una respuesta ideológica bajo la excusa de la eficiencia ha asaltado el desarrollo de la libre competencia. En definitiva, las creencias de Chicago son incompatibles con cualquier ley.³⁸³

En particular, esto se fundamenta bajo la siguiente argumentación: primero, la Escuela de Chicago señala que tiene la prescripción correcta para la eficiencia, cuando la realidad es que existe debate económico intenso sobre qué clase de esquema es más proclive a ser más eficiente, o más dinámico, por lo que la respuesta sobre cuándo algo es eficiente es

³⁸¹ Ibid. 283 – 284.

³⁸² Kirkwood, John B., and Robert H. Lande, 'The Chicago School's Foundation Is Flawed: Antitrust Protects Consumers, Not Efficiency', in Robert Pitofsky (ed.), *How the Chicago School Overshot the Mark: The Effect of Conservative Economic Analysis on U.S. Antitrust* (New York, 2008; online edn, Oxford Academic, 1 Jan. 2009), <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780195372823.003.0008>, accessed 4 Feb. 2024.

³⁸³ Eleanor M. Fox and Lawrence A. Sullivan, *Antitrust—Retrospective and Prospective: Where Are We Coming From? Where Are We Going?*, 62 NYU L Rev (1987). Pp. 956 – 958.

indeterminada;³⁸⁴ segundo, la definición de competencia como eficiencia, la definición de eficiencia como ausencia de ineficiencia, la definición de ineficiencia en términos de restricción artificial al rendimiento, lleva a concluir que cualquier actividad que no demuestre una limitación en sus resultados es eficiente y por ende pro-competitiva, por lo que -como un buen truco- se podría “probar” que casi toda actividad de negocios sería eficiente; tercero, el paradigma de la economía del bienestar presiona al analista a pensar sólo en términos de resultados agregados o riqueza de la nación, pero este concepto es estático y orientado a la producción o sus rendimientos, mientras que las leyes de competencia son dinámicas y orientadas al proceso, pues protegen no sólo un resultado en particular sino que un proceso en torno a la competencia donde se fijan las reglas del juego de manera justa para asegurar el acceso y las oportunidades preservando y fomentando interacciones dinámicas entre los diferentes actores del mercado, es decir, no lidian con la riqueza nacional agregada más bien juegan con las expectativas y la conducta de las personas que participan de los mercados.³⁸⁵

Así también, Fox haciéndose parte de la crítica a la teoría de Bork, señala que él en realidad nunca aparentemente creyó que existiese un estándar de bienestar del consumidor pues famosamente a través de la eficiencia quiso decir bienestar del consumidor como una especie de bienestar general. Pero destaca que, incluso tomando estas ideas, nunca se buscó un estándar único de bienestar del consumidor ya que Bork señala:

*“Mirando la historia legislativa, se discernen preocupaciones repetidas por el bienestar de los consumidores y también por el bienestar de pequeños negocios y por varios otros valores -un popurrí de otros valores. Hasta donde yo sé, el Congreso, al promulgar dichos estatutos, nunca enfrentó el problema de qué hacer cuando estos valores entrasen en conflicto en casos específicos.”*³⁸⁶

³⁸⁴ Vease Hovenkamp, Rhetoric and Skepticism in Antitrust Argument, 84 Mich. L. Rev. 1721 (1986); Hovenkamp, Antitrust Policy After Chicago, 84 Mich. L. Rev. 213 (1985); Frank H. Easterbrook, *Workable Antitrust Policy*, 84 Mich. L. Rev. 1696 (1986). Available at: <https://repository.law.umich.edu/mlr/vol84/iss8/4> pp. 1709 – 1713 (este autor sugiere que cuando existe indeterminación sobre un término económico, en el sentido de que no entrega claridad o desestima una alegación de aumento de poder de mercado, las cortes deberían abstenerse de intervenir); Eleanor M. Fox and Lawrence A. Sullivan, Antitrust—Retrospective and Prospective: Where Are We Coming From? Where Are We Going?, 62 NYU L Rev (1987). Pp. 956 – 958.

³⁸⁵ Eleanor M. Fox and Lawrence A. Sullivan, Antitrust—Retrospective and Prospective: Where Are We Coming From? Where Are We Going?, 62 NYU L Rev (1987). Pp. 956 – 958.

³⁸⁶ Bork, R. H. (1985). The Role of the Courts in Applying Economics. *Antitrust Law Journal*, 54(1), 21–26. <http://www.jstor.org/stable/40840819>

Por lo tanto, no hay bienestar del consumidor por parte del Congreso, tampoco por parte de Bork y menos por parte de lo prescrito en la ley. El problema de este estándar es que hay una gran “carpa” -con neoliberales, post-chicaguistas y liberales- y gran parte de estas personas afirman colectivamente que existe un estándar de bienestar del consumidor, pero se refieren a conceptos diferentes a través de este argumento, y que en realidad -como coalición- lo que comparten es la premisa de: “No queremos valores que no sean de mercado en nuestro derecho de la competencia”, donde precisamente ellos ubican a los neo brandesianos.³⁸⁷

2.2.3. El objetivo de la libre competencia europea según el ordo liberalismo y el keynesianismo

Entre las doctrinas que aceptan la incorporación de objetivos o estándares de carácter no-económico en Europa, son identificables la corriente del ordo liberalismo y el keynesianismo.

El keynesianismo o también llamado “liberalismo integrado” corresponde a una tendencia ideológica predominante en el pensamiento político y económico que reivindica el orden económico postguerra, y tiene su desarrollo dogmático entre la década de los 50’ y los 70’ en los Estados Miembros de la Unión Europea. La propuesta de dicho modelo se inspira en los estados de bienestar keynesianos con regímenes domésticos de gobierno donde la intervención en el mercado era un elemento crucial de la regulación que pretendía estabilizar el crecimiento Fordista.³⁸⁸

Fue en este contexto en que en la Unión Europea se adoptaron las leyes de competencia europeas, disposiciones incorporadas en la Comunidad del Carbón y el Acero en 1951 y el Tratado de Roma, adquiriendo una posición central en este último de estatus constitucional, a tal punto que en su preámbulo los países miembros se comprometieron a “una acción concertada en orden a garantizar una estable expansión, un comercio balanceado y una justa competencia”³⁸⁹ y también en sus artículos 2 y 3 letra f) se establecían como objetivos de la

³⁸⁷ Extraído de Eleanor M. Fox, *Defining the Consumer Welfare Standard*, Stigler Center Antitrust Conference, 20 April 2023. <https://www.youtube.com/watch?v=5pMQqujdbOA>.

³⁸⁸ Buch-Hansen, H., & Wigger, A. (2010). Revisiting 50 years of market-making: The neoliberal transformation of European competition policy. *Review of International Political Economy*, 17(1), 20–44. <http://www.jstor.org/stable/25699624>

³⁸⁹ Tratado que establece la Comunidad Económica Europea, Tratado de Roma (original), Preámbulo, p. 11. [Traducción propia] <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:11957E/TXT>

comunidad promover “un alto grado de competitividad” y establecer “un sistema asegurando que la competencia en el mercado común no fuese distorsionada”.³⁹⁰

Para los keynesianos la libre competencia tiene como objetivos alcanzar una “competencia viable o efectiva” o “competencia normal”, en miras a corregir fallas de mercado, fortalecer la integración del mercado interno y la competitividad de las firmas europeas.³⁹¹ Aquello implicaba un énfasis en estándares o valores de interés público industrial o social, una posición más tolerante sobre carteles y “*state aid*”, y una aproximación pro-concentración dentro de la Comunidad.³⁹²

En términos de la esencia de este enfoque, se importa desde EE. UU. al análisis europeo el término “*workable competition*” o “competencia efectiva”, que inclusive también permea a los ideales ordo liberales. Su definición está en la rivalidad en la venta de productos, visto como un proceso dinámico que consiste en una serie de amables estrategias y respuestas competitivas de forma independiente con el fin de obtener rentabilidades altas o prevenir un declive en aquellas.³⁹³ En este sentido, la competencia es una clase de “proceso de neutralización” donde el poder de mercado del primero que se mueve es erradicado con la respuesta del segundo, restaurándose el *statu quo* anterior en el mercado y eventualmente manteniendo en equilibrio tal posición.³⁹⁴ La premisa fundamental que subyace de esta teoría es que una industria no opera a su capacidad máxima o al punto donde el costo marginal es equivalente al ingreso marginal en el corto plazo, pues en realidad fluctuaciones en la demanda causan que una industria opere bajo su capacidad máxima en condiciones de competencia.³⁹⁵ Precisamente esta base permitía a las empresas mantener suficiente poder de mercado para ajustar sus precios de acuerdo a los cambios del mercado, y que al fin del día, se genere un ambiente competitivo “efectivo” en un mercado particular donde exista la competencia sin estropear los márgenes de utilidades y que causen inestabilidades en el lado

³⁹⁰ Ibid, artículos 2 y 3 letra f), p. 15.

³⁹¹ Brook, O. (2022). In search of a European economic imaginary of competition: fifty years of the Commission’s annual reports. *European Law Open*, 1(4), 822–851. doi:10.1017/elo.2023.4

³⁹² Pérez, Sigfrido; Ramírez, M.; van de Scheur, Sebastian. (2013) *Op. cit.*

³⁹³ Baskoy, Tuna. Effective Competition and EU Competition Law, *Review of European and Russian Affairs*, vol. 1 n°1, December 2005. Pp. 7 – 8.

³⁹⁴ Ibid.

³⁹⁵ Ibid.

de la oferta, para lo que se requiere una estructura de mercado ligeramente oligopólica más una moderada concentración del mercado.³⁹⁶

Siguiendo la línea de la teoría anterior, el Director General del Departamento de Competencia Van Themaat fue fiel promotor de este pensamiento keynesiano señalando que los carteles eran la prioridad del derecho de la competencia pero que no eran tan dañinos y que podrían ser útiles para poder alcanzar otros objetivos económicos y sociales, lo cual era alcanzable siguiendo la tradición neo-corporativista introduciendo una relación de diálogo con los intereses industriales, uniones de comercio y consumidores, evaluando su rendimiento económico, una efectiva división del trabajo entre las compañías, cooperación entre ellas, y claramente, la ayuda de la intervención pública³⁹⁷, lo cual era lógico y fácil de trabajar teniendo estructuras oligopólicas y con mediana concentración.

Dichos objetivos se reflejaron en la labor de la Comisión con un enfoque proactivo en política industrial a nivel macroeconómico y una capacidad de alcance de una amplia gama de objetivos socioeconómicos, lo que hacía que la política de competencia estuviese primariamente formada en miras al interés público y consideraciones de empleo.³⁹⁸ A la vez, la Comisión sintetizó su trabajo en la remoción de barreras al comercio y la competencia fomentando la concentración y particularmente alianzas comerciales que fomentasen la interdependencia de los agentes, el uso del entonces artículo 81(3) para eximir a carteles de la prohibición general de ciertas conductas revisando el caso a caso, la promoción por parte de los países de la Unión de aplicación de excepciones para empresas de sus países y estimulando la innovación tecnológica en I+D como fuente de crecimiento económico y ventaja competitiva.³⁹⁹

Pese a que durante esa época existieron tensiones internas en la Comisión respecto de quienes compartían una línea de pensamiento ordo liberal, triunfando al final estos últimos⁴⁰⁰, las ideas keynesianas de “competencia efectiva” prevalecieron en ciertos precedentes de la Corte

³⁹⁶ Ibid. P. 9 – 10.

³⁹⁷ Pérez, Sigfrido; Ramírez, M.; van de Scheur, Sebastian. (2013) *Op. cit.*

³⁹⁸ Buch-Hansen, H., & Wigger, A. (2010). Revisiting 50 years of market-making: The neoliberal transformation of European competition policy. *Review of International Political Economy*, 17(1), 20–44. <http://www.jstor.org/stable/25699624> p. 30.

³⁹⁹ Ibid.

⁴⁰⁰ Pérez, Sigfrido; Ramírez, M.; van de Scheur, Sebastian. (2013) *Op. cit.*

de Justicia. En el caso *Hoffmann-La Roche* la Corte señala que el artículo 86 también se refiere a las conductas que perjudican o atentan indirectamente contra una estructura de competencia efectiva, como la consagrada en el artículo 3 letra f) del Tratado de la Unión, además no aplicando la figura de la posición dominante en un mercado oligopólico al existir paralelismo.⁴⁰¹ Profundizando en este concepto, en el caso *Metro-SB-Grossmarkete* definió el concepto como “la dosis de competencia necesaria para que se respeten las exigencias fundamentales y se alcancen los objetivos del Tratado y, en particular, la formación de un mercado único que reúna condiciones análogas a las de un mercado interior”.⁴⁰²

Un fenómeno curioso que ocurre tras esta definición, que dista de lo inicialmente descrito, es una resignificación del concepto hacia mantener una estructura de competencia efectiva lo cual se refleja principalmente en los casos *T-Mobile*⁴⁰³, *GlaxoSmithKline*⁴⁰⁴ e *Intel*⁴⁰⁵ señalando que la legislación de competencia no sólo apunta a las prácticas pueden causar daño a los consumidores directamente, sino que también a las cuales causen un detrimentos a ellos mediante un impacto en una estructura de competencia efectiva.

Ahora siguiendo con la segunda ideología relevante en la competencia europea, el ordo liberalismo es una escuela de pensamiento político desarrollada a principios de la década de los 30' contra el ascenso de Hitler al poder y con el fin de estimular la creación de una economía social de mercado en Alemania tras la Segunda Guerra Mundial. El ideario ordo liberal plantea un rol central de la relación entre la ley y el sistema económico, donde por un lado la competencia económica provea las bases para la sociedad y por el otro la ley pueda crear y mantener dichas condiciones en que la competencia funcione correctamente. La manifestación de aquel mantra está en la necesidad metodológica de integrar los hechos jurídicos con la teoría económica⁴⁰⁶, la preservación de la competencia económica como esencial para la economía transaccional, y consolidar este sistema económico en una “Constitución Económica” siendo esta la materialización de una decisión política exhaustiva

⁴⁰¹ Case *Hoffmann – La Roche v Commission*, 85/76 [1979] ECR 461, c. 125.

⁴⁰² Case *Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG v Commission of the European Communities*, 26/76 [1977] ECR 1875, c. 20.

⁴⁰³ Case C-8/08 *T-Mobile Netherlands and Others* [2009] ECR I-4529, c. 38.

⁴⁰⁴ Case C-501/06 P *GlaxoSmithKline Services Unlimited v Commission and Others* [2009] ECR I-9291, c. 63.

⁴⁰⁵ Case T-286/09 *Intel Corp. v Commission*, [2014] ECLI:EU:T:2014:547, c. 105.

⁴⁰⁶ Hans-Günter Krüsselberg, ‘Zur Interdependenz von Wirtschaftsordnung und Gesellschaftsordnung: Euckens Plädoyer für ein umfassendes Denken in Ordnungen’, 40 *ORDO* 223 (1989).

sobre el tipo de economía que una comunidad quiere en cuanto a la naturaleza y forma del proceso de cooperación socioeconómica⁴⁰⁷

Las teorías ordo liberales entregan una especial importancia a la libre competencia como medio para proteger la libertad económica individual, de esta manera proponen la creación de un sistema económico donde todos los individuos participen libremente de la vida económica, y donde la regulación estatal salvaguarde contra carteles y monopolios que puedan afectar dicha libertad, por ende la persecución por parte de la política de competencia era dirigida a eliminar concentraciones de poder de mercado privadas y reforzar una completa competencia en los mercados.⁴⁰⁸ De todas formas, esta postura tampoco significa un acuerdo en torno a que la dominancia en sí misma fuese anticompetitiva y que pueden existir monopolios que pueden producir efectos pro-competitivos a través de economías de escala.⁴⁰⁹ En este sentido, a pesar de aquello, un aspecto característico de esta visión es el llamado “*form-based approach*”, es decir, la prohibición de una particular forma de conducta más que de un particular efecto o resultado.⁴¹⁰

En cuanto a los objetivos o estándares en la libre competencia, los ordo liberales afirman la libertad y la justa competencia, dentro de la cual se engloba un análisis de las estructuras de mercado, el proceso competitivo, la concentración de poder de mercado y la protección de la libertad individual.⁴¹¹ Es decir, en términos globales, el principal objetivo del derecho de la competencia es la protección de la libertad económica, facilitada al asegurar que el proceso competitivo y las estructuras de mercado no sean distorsionadas, lo que significa establecer límites positivos y negativos en la libertad para competir concorde a las reglas legales de la

⁴⁰⁷ Böhm +, Franz. *Wettbewerb und Monopolkampf: Eine Untersuchung zur Frage des wirtschaftlichen Kampfrechts und zur Frage der rechtlichen Struktur der geltenden Wirtschaftsordnung*. 1.^a ed. Vol. 246. Wirtschaftsrecht und Wirtschaftspolitik. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG, 2010. <https://doi.org/10.5771/9783845227214>. P. 107; Gerber, David J., 'VII Ordoliberalism: A New Intellectual Framework for Competition Law', *Law and Competition in Twentieth-Century Europe: Protecting Prometheus* (Oxford, 2001; online edn, Oxford Academic, 1 Jan. 2010), <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199244010.003.0007>, accessed 13 Feb. 2024.

⁴⁰⁸ Brook, O. (2022). In search of a European economic imaginary of competition: fifty years of the Commission's annual reports. *European Law Open*, 1(4), 822–851. doi:10.1017/elo.2023.4

⁴⁰⁹ Cole, Matthew, y Sören Hartmann. «Ordoliberalism: What We Know and What We Think We Know». *The Modern Law Review* n/a, n.º n/a. Accedido 27 de septiembre de 2023. <https://doi.org/10.1111/1468-2230.12806>. P. 8.

⁴¹⁰ Ibid. P. 10.

⁴¹¹ Brook, O. (2022). In search of a European economic imaginary of competition: fifty years of the Commission's annual reports. *European Law Open*, 1(4), 822–851. doi:10.1017/elo.2023.4

respectiva constitución económica.⁴¹² La libertad económica y la libertad para competir tienen una protección como “bienes públicos” derivado de la preservación de la libertad individual.⁴¹³ Sin embargo, estas ideas eran serviles a ojos ordo liberales a un objetivo mayor a nivel regional, la integración europea a través de la creación de un mercado común.⁴¹⁴ De acuerdo al Comisionado Von der Groeben, el objetivo de la competencia se resume en: “coordinar los planes económicos de la vasta multitud de empresas y personas en los varios mercados individuales que constituyen el mercado común”⁴¹⁵. Era claro que el núcleo del “mercado común” era la competencia en sí misma, por lo que la institucionalidad precisamente debía crear condiciones de competencia justa -libre de medidas discriminatorias por parte de medidas públicas- y efectiva -refiriéndose a la conducta de los actores privados.⁴¹⁶

Lo anterior queda de manifiesto en el caso *Consten Grundig*, el primer fallo emitido por la Corte de Justicia Europea donde aplicó el artículo 101 TFUE (antes artículo 85 EEC), que el objetivo de la política de competencia europea era la integración del mercado común:

“un acuerdo entre productor y distribuidor celebrado para restablecer las divisiones nacionales en el comercio entre Estados miembros puede ser contrario a los objetivos más fundamentales de la Comunidad; que el Tratado, cuyo Preámbulo y texto normativo tratan de suprimir las barreras entre Estados y que, en numerosas disposiciones se muestra severo con respecto a su reaparición, no podía permitir que las empresas reconstruyeran tales barreras; que el apartado 1 del artículo 85 responde a dicho objetivo, aun en el caso de que se trate de acuerdos entre empresas situadas en distintas fases del proceso económico”⁴¹⁷.

⁴¹² Tran, N. N. T. (2020). EU Competition Law under Ordoliberalism - A case study of Excessive Pricing in Pharmaceutical Sector. (Dissertation, Malmö universitet/Kultur och samhälle). Retrieved from <https://urn.kb.se/resolve?urn=urn:nbn:se:mau:diva-23820> P. 12.

⁴¹³ Vanberg, Viktor (1998); ‘Freiburg School of Law and Economics’ in Peter Newman (ed), *The New Palgrave Dictionary of Economics*, vol 2, Palgrave Macmillan, p. 177; Maier-Rigaud, E. (2012) ‘On the Normative Foundations of Competition Law — efficiency, political freedom and the freedom to compete’ in Zimmer D (ed), *The Goals of Competition Law*, pp. 132-168, p. 136; Herrera A., Ignacio. (2017) «Competition Law through an Ordoliberal Lens». *Oslo Law Review* 2, n.º 2, pp. 139-174.

⁴¹⁴ Gerber, David J. (2001) 'VII Ordoliberalism: A New Intellectual Framework for Competition Law', *Law and Competition in Twentieth-Century Europe: Protecting Prometheus*, Oxford Academic.

⁴¹⁵ Von der Groeben, Hans. (1961) “Policy on competition in the EEC”. *Supplement to the Bulletin of the European Economic Community* 7-8/61. European Commission - Working Document. p. 5

⁴¹⁶ Pérez, Sigfrido; Ramírez, M.; van de Scheur, Sebastian. (2013) *Op. cit.*

⁴¹⁷ *Établissements Consten S.à.R.L. and Grundig Verkaufs-GmbH v Commission* [1966] ECR 429, at 340.

Así también, desde la perspectiva del proceso competitivo, la libertad económica y la integración del mercado, Continental Can marca un hito clarificador pues la Corte enfatiza que el proceso competitivo por si mismo vale ser tutelado en el contexto del mercado común, señalando que:

*“aunque en planos distintos, los artículos 85 y 86 persiguen el mismo objetivo, el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado común”*⁴¹⁸

*“ (...) esta disposición [el artículo 86] no se refiere únicamente a las prácticas que pueden causar un perjuicio inmediato a los consumidores, sino también a las que les perjudican atacando una estructura de competencia efectiva”*⁴¹⁹

Siguiendo en esta línea, pero desde la preocupación por el abuso de la posición dominante dentro del ámbito del artículo 102 del TFUE y la doctrina de la especial responsabilidad, se desarrolla la teoría de la *“competition as if”* o “competencia como sí” bajo el argumento de que el pensamiento ordo liberal de los estándares de la libre competencia estaba basado en nociones de “justicia” y que las empresas con poder de mercado deberían comportarse “como si” existiese una competencia efectiva.⁴²⁰ Este nuevo estándar de conducta rápidamente es recogido por la Corte de Justicia Europea señalando que:

“En efecto, 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”.⁴²¹

⁴¹⁸ Case C-6/72 Europemballage Corporation and Continental Can Company Inc. v Commission [1973] ECLI:EU:C:1973:22, c. 25. [Traducción oficial]

⁴¹⁹ Ibid, c. 26. [Traducción oficial]

⁴²⁰ Anchustegui, Ignacio Herrera. «Competition Law through an Ordoliberal Lens». *Oslo Law Review* 2, n.º 2 (7 de marzo de 2017): 139-74. <https://doi.org/10.5617/oslaw2568>.

⁴²¹ Ibid. Case C-322/81 *Michelin v Commission* [1983] ECR I-03461, c. 57 [Traducción oficial]. Esta doctrina ha sido reiteradas varias veces por la judicatura europea en los siguientes casos: Case C-395/96 P *Compagnie Maritime Belge Transports and Others v Commission* [2000] I-01365, c. 37; Case T-155/06 *Tomra Systems and Others v Commission* [2010] ECR II-04361, c. 207; Case T-219/99 *British Airways v Commission* [2003] ECR II-05917, c. 242; Case T-228/97 *Irish Sugar v Commission* [1999] ECR II-02969 c. 112; y más recientemente en Case C-457/10 P *AstraZeneca v Commission* [2012], para 134; Case C-202/07 P *France Télécom v Commission* [2009] ECR I-02369, para 105.

2.2.4. Las tendencias contemporáneas en la Unión Europea sobre objetivos no-económicos.

La Unión Europea es la prueba fehaciente de que la política de competencia no existe en soledad respecto de otras ramas del derecho o políticas públicas, sino que es una más de las herramientas para alcanzar los objetivos que la normativa comunitaria establece.⁴²² En este sentido, la eficiencia y el bienestar del consumidor no son los únicos estándares que juegan un rol relevante en la jurisprudencia y normativa, y menos el único objetivo que los reguladores tenían en mente al legislar la política de competencia y propiciar su implementación. Por esta razón, el derecho de la competencia europeo acoge una multitud de objetivos, bienes o estándares de carácter no-económico o también llamado de política pública.⁴²³

A medida que ciertas actividades caen dentro del ámbito de aplicación del derecho de la competencia, políticas públicas o consideraciones no-económicas pueden jugar un rol al garantizar excepciones sólo cuando estas vayan en concordancia con los objetivos comunitarios (de índole medioambiental, cultural, o de política de consumo).⁴²⁴ La legislación comunitaria provee cierta indicación sobre dónde los objetivos de la política de competencia se posicionan dentro de todos los objetivos que tiene la Unión Europea, de esta manera, el artículo 3 del Tratado de la Unión Europea contiene una lista de objetivos socio-económicos que la Unión pretende lograr:

“La Unión establecerá un mercado interior. Obrará en pro del desarrollo sostenible de Europa basado en un crecimiento económico equilibrado y en la estabilidad de los precios, en una economía social de mercado altamente competitiva, tendente al pleno empleo y al progreso social, y en un nivel elevado de protección y mejora de la calidad del medio ambiente. Asimismo, promoverá el progreso científico y técnico.”

El derecho de la libre competencia entonces forma parte de este abanico de valores y leyes que mantienen la Unión. La Comisión Europea y el mismo Parlamento han sostenido que:

⁴²² Green, Ofer. (2009) «Integration of Non-Efficiency Objectives in Competition Law», University of Toronto, p. 58

⁴²³ Van den Bergh & Camesasca, (2001) European Competition Law and Economics: A Comparative Perspective, p. 1.

⁴²⁴ Sauter, Wolf. (2016) 'Objectives and Boundaries', *Coherence in EU Competition Law*. Oxford Academic.

“la política de competencia no puede ser alcanzada en soledad, como un fin en si mismo, sin referencia al contexto legal, económico, político y social”⁴²⁵. Por ende, este régimen de competencia persigue una multitud de diferentes objetivos, entre los que se incluyen los clásicos de promoción del bienestar del consumidor y eficiencia, junto a la protección de la integración del mercado europeo.⁴²⁶

A continuación, se hará una sucinta mención de algunos de los otros objetivos que ha abordado el derecho de la competencia europeo:

- *La integración del mercado común*

La promoción de la integración del mercado común es un objetivo clave del derecho europeo, por lo que obviamente el enfoque de la libre competencia partía desde aquella premisa.⁴²⁷ La Comisión ha señalado que desde la creación y preservación de un mercado común único abierto se promueve la eficiencia asignación de los recursos a lo largo de la Comunidad para el beneficio de los consumidores.⁴²⁸ La integración del mercado naturalmente afecta el ámbito de legalidad y de aproximación sobre los acuerdos horizontales y verticales, con una atención en la posible segmentación del mercado abierto europeo en monopolios nacionales.⁴²⁹

Este estándar de integración ha llevado a que la Unión persiga con una aproximación severa los acuerdos verticales, sobre su adecuación a las disposiciones del tratado y la fiscalización por parte de la Comisión, en particular cuando dichos acuerdos involucran restricciones territoriales que dividen el mercado común.⁴³⁰ En este sentido destaca el caso *T-Mobile* donde

⁴²⁵ Comisión Europea. (1992) XXII Reporte de Política de Competencia, p. 13; Parlamento Europeo (2023) Borrador de Reporte de Política de Competencia – Reporte Anual 2022 (2022/2060(INI)), Comité de Asuntos Económicos y Monetarios, p. 5.

⁴²⁶ Ezrachi, Ariel, (2021) 'The goals and scope of competition and antitrust laws', *Competition and Antitrust Law: A Very Short Introduction*, Very Short Introductions. Oxford Academic.

⁴²⁷ Anu Bradford, Adam S. Chilton, Katerina Linos & Alex Weaver, (2019) The Global Dominance of European Competition Law Over American Antitrust Law, *JOURNAL OF EMPIRICAL LEGAL STUDIES*, VOL. 16, P. 731, p. 8.

⁴²⁸ Directrices del artículo 81(3), para13; Directrices de las prioridades, párr. 1, 5-7; Directrices sobre restricciones verticales, párr 7.

⁴²⁹ Ezrachi, Ariel. (2018) EU Competition Law Goals and the Digital Economy. Oxford Legal Studies Research Paper No. 17/2018.

⁴³⁰ Case C-8/08 *T-Mobile Netherlands BV v. Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit* [2009] ECR I4529, c. 31.

la Corte señala a propósito de las características de un acuerdo contrario a la competencia que:

“(…) basta con que la práctica concertada pueda producir efectos negativos en la competencia. Dicho de otro modo, sólo tiene que ser concretamente apta, teniendo en cuenta el contexto jurídico y económico en el que se inscribe, para impedir, restringir o falsear el juego de la competencia en el mercado común”.

Por otro lado, con un análisis más minucioso del mercado común desde las restricciones a la competencia por una posición dominante, en el caso *Sot. Lélos Kai Sia v. GlaxoSmithKline*⁴³¹, la Corte nota que las exportaciones paralelas de medicinas de un Estado Miembro que otorga precios bajos a otros Estados Miembros con precios altos pueden tener eventualmente justificaciones limitadas a circunstancias donde i) la intervención del Estado sea uno de los factores responsable de crear oportunidades para dicho intercambio y ii) bajo una interpretación diferente de la posición dominante, se hubiese dejado a las firmas dominantes sólo la opción de “no colocar las medicinas en lo absoluto en el mercado en un Estado Miembro donde los precios de esos productos son establecidos a un nivel relativamente bajo”.⁴³² Y para esclarecer más su enfoque, la Corte sostuvo que un acuerdo entre un productor y un distribuidor que puede tender a restaurar las divisiones nacionales en el comercio entre los Estados Miembros frustra el objetivo del Tratado en alcanzar la integración de los mercados nacionales mediante el establecimiento de un mercado único.⁴³³

- *Protección y beneficios medioambientales*

La Comisión en general ha expresado su apoyo por la cooperación entre competidores como una manera de generar beneficios medioambientales que pueden ser ignorados cotidianamente, pero que pueden generar eficiencias o rebajas de costos, además de ser percibidos positivamente por los consumidores en tiempos actuales donde la limitación de

⁴³¹ Cases C-468/06 to 478/06, *Sot Lelos kai Sia v GlaxoSmithKline* [2008] ECR I7139., c. 55 – 68.

⁴³² Lianos, Ioannis. (2013) Some Reflections on the Question of the Goals of EU Competition Law. CLES Working Paper Series 3/2013,

⁴³³ Cases C-468/06 to 478/06, *Sot Lelos kai Sia v GlaxoSmithKline* [2008] ECR I7139, c. 65; ver también Case C-501/06 P *GlaxoSmithKline Services Unlimited v Commission and Others* [2009] ECR I-9291, c. 61; o por parte de la Comisión Case AT.40023 *Cross-border access to pay-TV*, c. 38 y 47.

los recursos naturales y las amenazas al medioambiente son cada vez más una preocupación del público.⁴³⁴

El caso *Exxon v. Shell* donde la autoridad de competencia europea reconoció los beneficios ambientales dentro de sus evaluaciones de eficiencias señalando que:

*“Cabe señalar que muchos de ellos considerarán positivas la reducción del empleo de materias primas y residuos de plástico y la supresión de los riesgos medioambientales que implica el transporte de etileno, en una época en la que la limitación de los recursos naturales y las amenazas al medio ambiente preocupan cada vez más a la opinión pública”*⁴³⁵.

También en el caso *Philips v. Osram* por la creación de un joint venture que disminuiría la competencia en el mercado de manufacturas y venta de vidrio con óxido de plomo, pero donde se permitió una cooperación al existir eficiencias que sobrepasaban a los riesgos anticompetitivos, señalando la Comisión que:

*“La utilización de instalaciones más limpias traerá como resultado una menor contaminación ambiental; y por consiguiente, los consumidores se beneficiarán directa e indirectamente de menores efectos externos negativos. Este efecto beneficioso se verá considerablemente reforzado si, gracias a las actividades de I+D en este ámbito, se consigue desarrollar materiales sin plomo”*⁴³⁶.

Más precedentes en esta línea se encuentran en los casos *Arge Bat, ZVEI and HDE* respecto de un acuerdo sobre disposición de baterías medioambiente amigable⁴³⁷, *PreussenElektra AG v. Schleswag AG* sobre garantías de participación de mercado para productores pequeños de energía renovable⁴³⁸ y más emblemáticamente como se verá después *CECED*⁴³⁹ y *DSD*⁴⁴⁰.

- *Consideraciones de política industrial*

⁴³⁴ Jones, Alison; Sufrin, Brenda; Dunne, Niamh. (2019) EU Competition Law. Text, Cases, and Materials. Seventh Edition. Oxford University Press. Pp. 34 – 35.

⁴³⁵ Comisión Europea, 94/322/EC, *Exxon/Shell*, IV/33.640, (1994) OJ L 144, 9.6.1994, p. 20.

⁴³⁶ Comisión Europea, 94/986/EC, *Philips/Osram*, IV/34.252, (1994) OJ L 378, 31.12.1994, p. 37

⁴³⁷ *Arge Bat, ZVEI and HDE*, OJ 1998, C172/12, [1999] 4 CMLR 526.

⁴³⁸ Case 379/98, *PreussenElektra AG v. Schleswag AG*, [2002] ECR I-2099

⁴³⁹ *Infra nota 721*

⁴⁴⁰ *Infra nota 723.*

La libre competencia y la política industrial son temas generalmente poco relacionados, pero muy relevantes en conjunto para el análisis de competencia. Típicamente se entiende la política industrial como un conjunto de medidas aplicadas por parte de los gobiernos o Estados para lidiar con el proceso de ajuste estructural asociado a los cambios en las ventajas comparativas⁴⁴¹, es decir, lidiar con fallas de mercado estructurales en sectores específicos para realizar una estrategia por un interés público de desarrollar y fomentar a dichos actores para que funcionen en sus mercados⁴⁴²; es desde esa base el derecho de la competencia ha tenido diferentes acercamientos, ya sea respecto a las preferencias de los actores del mercado en el lado de la oferta y la demanda justificando una intervención o “tratamiento especial” dependiendo del sector, el uso de materias primas (inversión en I+D), o en general, las actividades de una empresa y otras características subjetivas como la nacionalidad, tamaño, capacidad de innovar o generar nueva tecnología, mercado geográfico, entre otras.⁴⁴³

En los 80’, la Comisión eximió un número de “acuerdos de reestructuración” en industrias con situación financiera delicada en miras a que restaurasen su rentabilidad y competitividad.

En el sector petroquímico, se eximieron tres acuerdos entre competidores⁴⁴⁴ que apuntaban a reducir el exceso de capacidad existente en el sector como consecuencia de una previa expansión a través de una reducción de producción, cierre de facilidades y salidas completas de ciertas líneas de producción. Claramente la Comisión encontró que estos acuerdos tenían el fin de restringir la competencia en su cantidad de competidores y producción en los mercados relevantes para que los competidores que quedaran subir los precios a nivel rentable, aunque de todas formas estaban dispuestos a acogerlos bajo el régimen de excepción del artículo 101(3) pues esta reducción contribuía a restaurar la rentabilidad del sector

⁴⁴¹ Buigues, Pierre; Sapir, André. (1993) ‘Community Industrial Policies’, in *Industrial Policy in the European Community: A Necessary Response to European Integration?*, Phedon Nicolaidis (ed.) (Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers), p. 21

⁴⁴² Parret, Laura. (2012). "Chapter 4: The Multiple Personalities of EU Competition Law: Time for a Comprehensive Debate on its Objectives". In *The Goals of Competition Law*. Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing. Pp. 70 -71.

⁴⁴³ Käseberg, Thorsten, and Arthe Van Laer. (2013) 'Competition Law and Industrial Policy: Conflict, Adaptation, and Complementarity', in Kiran Klaus Patel, and Heike Schweitzer (eds), *The Historical Foundations of EU Competition Law*, Oxford Academic.

⁴⁴⁴ Comisión Europea, Caso IV/30.863 – BPCL/ICI, OJ [1984] L212/1, c. 26; Comisión Europea, IV/31.055 – ENI/Montedison, OJ [1987] L5/13, c. 20; Comisión Europea, IV/31.846 – Enichem/ICI, OJ [1988] L50/18, c. 23.

reestableciendo condiciones de mercado en las que los productores pudiesen fijar precios que les permitieran obtener ganancias.⁴⁴⁵

En cuanto a protección de pequeñas y medianas empresas, considerando que gran parte de las empresas pequeñas no puede equiparar los precios o servicios de las grandes, es que deben ser resguardadas de la fuerza competitiva que poseen los rivales más fuertes.⁴⁴⁶ Este nivel de protección debe ser visto como un medio de “balancear” o “nivelar la cancha” con tal de permitir igualdad de oportunidades para participar del proceso competitivo.⁴⁴⁷ Si bien no hay muchas instancias, legislación accesoria o casos individuales donde la protección a este tipo de empresas sea mencionada explícitamente, ejemplos de este objetivo pueden encontrarse en tres fuentes: la Nota de la Comisión De *Minimis*, la Guía de la Comisión sobre el concepto de “efecto en el comercio” y documentos de la política de la Unión.⁴⁴⁸

Respecto de las primeras dos singularizadas, se deja claro que para que exista un “efecto en el comercio” la restricción a la competencia debe ser considerada “apreciable” o capaz de “apreciablemente afectar el comercio” bajo factores de participaciones de mercado y volumen de ventas⁴⁴⁹; entonces para que sea “apreciable” las participaciones agregadas no deben exceder del 10% en cualquiera de los mercados relevantes afectados o que dichas participaciones individuales de cada parte no excedan el 15% en cualquiera de los mercados afectados, y para que sea “capaz de apreciablemente afectar el comercio” un determinado acuerdo requiere una combinación del 5% de participación de mercado y 40 millones de euros de volumen de ventas.⁴⁵⁰ Por ende, tomando la definición de “pequeña y mediana empresa” la que considera un volumen de ventas anual que no exceda los 50 millones de euros y/o un total del balance anual que no exceda los 43 millones de euros⁴⁵¹, se puede asumir que, generalmente, los acuerdos entre estos agentes no alcanzarán los requisitos para

⁴⁴⁵ Witt, Anne. (2014) «Public Policy Goals Under EU Competition Law – Now Is the Time to Set the House in Order». SSRN Scholarly Paper. Rochester, NY, pp. 6 – 7.

⁴⁴⁶ S. Marco Colino. (2009) Vertical Agreements and Competition Law: A Comparative Study of the EU and US Regimes, p. 33.

⁴⁴⁷ Parret, Laura. (2009) 'Do we (still) know what we are protecting?', p. 19.

⁴⁴⁸ Comunicación *de minimis* [2014] OJ C 291/01, puntos 44 a 57; pie de página 5.

⁴⁴⁹ Andersen, Emily. (2020) “The Role of Consumer Welfare in EU Competition Policy: How Understanding the Priority Conferred Upon Competition Policy Objectives May Shed Light on Modern Day Inconsistencies”, Master Thesis, European Business Law, Faculty of Law, Lund University, p. 25.

⁴⁵⁰ *Ibid.*

⁴⁵¹ Commission Recommendation concerning the definition of micro, small and medium-sized enterprises [2003] OJ L 124/36, Article 2(1).

afectar de manera “apreciable” o “capaz de afectar el comercio” entre los Estados Miembros, y que en este ámbito podríamos considerar como una excepción o presunción negativa que de cierta manera ayuda a estas empresas en su habilidad para competir.⁴⁵²

Sobre la última mencionada, la Comisión reconoce a las pequeñas y medianas empresas como esenciales para la competitividad y prosperidad europea expresando su intención de apoyar y empoderar a estas empresas de todos los tamaños y sectores, desde las start-ups en tecnología hasta las de artesanías tradicionales.⁴⁵³

Otro precedente derivado de consideraciones de política industrial están en el fomento a la inversión, a través del caso Ford/Volkswagen donde respecto de un *joint venture* que pretendía producir vehículos multipropósitos en Portugal, la Comisión toma en cuenta que el proyecto conjunto significaría la inversión extranjera más grande en dicho país, la cual entre muchos beneficios traería la creación de trabajos, atracción de otras inversiones, y al fin del día, contribuiría a la promoción del desarrollo armonioso comunitario y la reducción de las disparidades regionales.⁴⁵⁴

- *Valores sociales y culturales*

Entre los objetivos sociales que pueden concurrir en el análisis de competencia europeo destaca el concepto de “justicia” como norma moral aplicable a la interpretación y alineación del bienestar del consumidor y la eficiencia, especialmente concurrente debido a que el artículo 101(3) se refiere al concepto de “ganancia justa” como parte de los mecanismos individuales de excepciones disponibles sobre acuerdos anticompetitivos y el artículo 102 estipula que los abusos de posición de dominio pueden originarse -entre otras razones- por la imposición directa o indirecta de precios injustos de compra o venta, y de igual forma otras condiciones comerciales injustas.⁴⁵⁵

⁴⁵² Andersen, Emily. “The Role of Consumer Welfare in EU Competition Policy: How Understanding the Priority Conferred Upon Competition Policy Objectives May Shed Light on Modern Day Inconsistencies”, Master Thesis, European Business Law, Faculty of Law, Lund University, 2020. P. 25.

⁴⁵³ European Commission, ‘Unleashing the Full Potential of European SMEs’ (EU Industrial Strategy, 2020), page 1. Retrieved via file:///C:/Users/Admin/Downloads/EU_SMEs_strategy_en.pdf.pdf, last accessed 30 August 2020.

⁴⁵⁴ Comisión Europea, Caso *Ford/Volkswagen* IV/33.814 93/49/EEC [1993] OJ L 20/1993, c. 14-23.

⁴⁵⁵ Ezrachi, Ariel. (2018) EU Competition Law Goals and the Digital Economy (June 6, 2018). Oxford Legal Studies Research Paper No. 17/2018, p. 13.

Consideraciones de justicia han influido en algunos casos sobre imposición de precios explotativos en consumidores, donde la Corte señaló que la equidad de un precio puede ser testada comparando el precio expuesto y el valor económico del bien o servicio provisto, siendo un precio que está en un nivel no razonable en relación al valor económico excesivo en sí mismo y que tiene el efecto de injustamente explotar a los consumidores.⁴⁵⁶ También en cuanto a estrangulamiento de márgenes, problematizando la diferencia entre el precio mayorista y de retail.⁴⁵⁷

Más allá de los precedentes, criterios de justicia se encuentran en varios reportes, guías y declaraciones por parte de la Comisión. A modo de ejemplo, en estos documentos se señala que: “una competencia sana da a las compañías oportunidades justas para hacer negocios y lograr sus objetivos comerciales”⁴⁵⁸, “la política de competencia tiene un impacto directo en la vida de las personas, y uno de sus elementos clave es promover mercados abiertos para que todos -negocios y ciudadanos- puedan tener una ganancia justa de los beneficios del crecimiento”⁴⁵⁹ y que “la política de competencia contribuye a formar una sociedad más justa, donde todos los participantes de la economía -grandes o pequeños- estén bajo las mismas reglas”⁴⁶⁰⁴⁶¹.

Así también, la privacidad de los datos personales en la economía digital, donde el caso Facebook en Alemania marcó un gran precedente pues se cuestionó por parte de la agencia de competencia el manejo y recepción de datos que Facebook recibía por parte de otras plataformas de redes sociales o terceros en sitios web, señalando la decisión de la *Bundeskartellamt* que estas prácticas de tratamiento de datos constituían un abuso de

⁴⁵⁶ Case 26/75 *General Motors Continental v Commission* [1975] ECR 1367 ; Case 27/76 *United Brands v Commission* [1978] ECR 207; Case C-177/16 *Autortiesību un komunikāciju konsultāciju aģentūra (AKKA)/Latvijas Autoru apvienība (LAA)* [2017] ECLI; *Deutsche Post AG (Case COMP/C-1/36.915) Commission Decision 2001/892/EC* [2001] OJ L331/40.

⁴⁵⁷ Case C-52/09 *TeliaSonera Sverige* [2011] ECR I-527, c. 34; de manera similar Case T-398/07 *Kingdom of Spain v Commission* [2008] electronic Report of Cases y Case C-280/08 P *Deutsche Telekom v Commission* [2010] ECR I-9555.

⁴⁵⁸ European Commission, ‘Report on Competition Policy 2015’ COM (2016) 393 final, 2

⁴⁵⁹ European Commission, ‘Report on Competition Policy 2016’ COM(2017) 285 final, 2.

⁴⁶⁰ Margrethe Vestager, ‘Fairness and competition’ (2018) Speech delivered at the GCLC Annual Conference, Brussels, 25 January 2018.

⁴⁶¹ Ezrachi, Ariel, EU Competition Law Goals and the Digital Economy (June 6, 2018). Oxford Legal Studies Research Paper No. 17/2018, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3191766> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3191766> p. 14.

posición dominante junto con violar las reglas de protección de datos europeas.⁴⁶² Esta decisión posteriormente fue confirmada por el Tribunal Supremo señalando que no hay dudas ni sobre la posición de dominio de Facebook ni sobre su explotación prohibiendo el acceso y tratamiento de datos sin el consentimiento de los usuarios teniendo que presentarse un plan de modificación de su política de manejo de datos.⁴⁶³

También pueden existir temas de empleo, como en los casos *Metro I*, *Metro II* y *Remia BV*⁴⁶⁴ donde se estableció que la disposición de empleo caía dentro del marco de aplicación de objetivos que establece el artículo 101(3), ya que mejoraba las condiciones generales de producción, especialmente donde las condiciones de mercado eran desfavorables.⁴⁶⁵ También se evaluó en el caso *Ford/Volkswagen* donde la inversión en cuestión creaba 5.000 puestos de trabajo e indirectamente otros 10.000 más, señalando la Comisión que bajo el artículo 101(3) tomó en cuenta estos efectos extremadamente positivos de empleo en una de las regiones más pobres de la Comunidad.⁴⁶⁶

La protección de la identidad cultural y la diversidad es otra categoría que ha estado envuelta en el régimen de excepción del artículo 101(3). El caso *VBBB/VBVB*⁴⁶⁷ sobre un acuerdo entre dos asociaciones en el comercio de libros para no vender a un precio debajo del fijado hacia el retail por parte de las editoriales, lo que si bien era reconocido por las partes, lo justificaron necesario para mantener un amplio rango de títulos en el mercado, permitiendo a las grandes editoriales subsidios cruzados hacia la publicación de libros menos populares con las ganancias de los más populares y argumentando que este sistema mantenía un mercado único para los libros en idioma holandés y su unidad cultural.⁴⁶⁸ Si bien la Comisión no acogió explícitamente las alegaciones culturales, si llegó a un acuerdo con las partes que

⁴⁶² Bunderskartellamt. (2019) Facebook, B6-22/16. Ver también nota de prensa de la Bunderskartellamt.

⁴⁶³ «Der Bundesgerichtshof - Presse : Pressemitteilungen aus dem Jahr 2020 - Bundesgerichtshof bestätigt vorläufig den Vorwurf der missbräuchlichen Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung durch Facebook».

⁴⁶⁴ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Caso C-26/76, *Metro v. Commission (Metro I)* [1977] ECR 1875, c. 43; Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Cuarta Sala), Case C-75/84, *Metro v. Commission (Metro II)* [1986] ECLI:EU:C:1986:399, c. 65; Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Quinta Sala), Caso C.42/84 *Remia BV and Others v Commission* [1985], ECLI:EU:C: 1985:327, c. 42.

⁴⁶⁵ Šmejkal, Václav. (2015) “Competition law and the social market economy goal of the EU”, *International Comparative Jurisprudence*, Volume 1, Issue 1, pp. 33-43.

⁴⁶⁶ Comisión Europea, Caso IV/33.814 – *Ford/Volkswagen* 93/49/EEC [1993] OJ L 20/1993, c. 23.

⁴⁶⁷ Comisión Europea, Caso n°82/123/EEC, *VBBB/VBVB* [1982] OJ L 54/36, c. 49-63.

⁴⁶⁸ Witt, Anne. (2014) «Public Policy Goals Under EU Competition Law – Now Is the Time to Set the House in Order». SSRN Scholarly Paper. Rochester, NY, pp. 12 – 13.

no podía ocurrir una situación donde los trabajos con un valor cultural no pudieran ser publicados.⁴⁶⁹

2.2.5. La evolución chilena a considerar nuevos bienes jurídicos y el “doble filo del Orden Público Económico”.

En Chile ha existido una evolución hacia una apertura en la consideración de los bienes jurídicos protegidos por la libre competencia, pasando de un enfoque muy centrado en los consumidores hacia una diversidad en los ámbitos de protección.

En los años 60, de la mano de la Misión Klein-Sacks, bajo la lógica de velar por la estabilidad de precios, se promulga la Ley 13.305 con una regulación insípida de materias de libre competencia referidas a una prohibición de monopolización y un listado de conductas constitutivas de aquello. El bien jurídico, ajustado a la realidad nacional, respondía más a un mecanismo de estabilización de precios frente a altos niveles de inflación que afectaban a la economía más que una real preocupación por enfrentar los carteles existentes hasta ese momento, especialmente en un contexto en que no existía economía de mercado.

En la historia de la ley 19.991, su mismo mensaje señala que en el artículo 1 está el objetivo de la ley, y el fin con que se protege la libre competencia en los mercados. La redacción final quedó en: *“La presente ley tiene por objeto promover y defender la libre competencia en los mercados”*. La amplitud de la oración es tal que deja espacio a interpretación. En la discusión legislativa se debatió latamente el bien jurídico del artículo 1 entre dos posturas: actores que sostenían que se debía determinar perfectamente un bien a proteger en la ley y otros que entendían que esta es una materia casuística preservando una redacción simple⁴⁷⁰. Finalmente, tras la discusión entre comisiones, se acordó un modelo de textura abierta que deja al órgano jurisdiccional la discrecionalidad de evaluar los bienes jurídicos tutelados según el caso concreto.

En la posterior reforma de la ley 20.945, que perfecciona el sistema de libre competencia aumentando el monto máximo de las multas, fortalece la delación compensada, criminaliza

⁴⁶⁹ Ibid.

⁴⁷⁰ Biblioteca Nacional del Congreso Nacional. “Historia de la Ley N°19.991”. Informe de la Comisión de Economía recaído en el proyecto de ley, iniciado en Mensaje de su Excelencia el Presidente de la República que crea el Tribunal de la Libre Competencia. (2944-03) Sala de la Comisión, 13 de agosto de 2002.

penalmente la colusión, establece un control preventivo y obligatorio de operaciones de concentración, entre otras, el bien jurídico afectado fue parte del debate legislativo. El Mensaje del Ejecutivo señala que la finalidad de las penas del proyecto está en generar disuasión efectiva frente a la afectación al bien jurídico de la libre competencia⁴⁷¹. El diputado Belloio, sobre la redacción de la definición de operación de concentración, comenta que el bien jurídico protegido es la libre competencia y que se quiere prevenir que a raíz de una fusión esta disminuya y perjudique a los consumidores, aunque podrían en todo caso haber fusiones que generen mayor eficiencia económica y que beneficien a los consumidores. Sobre la tipificación del delito penal de colusión, Víctor Santelices, abogado de Conadecus, señala que más allá de la protección del bien jurídico de la libre competencia, gran parte de los autores lo reconducen a una protección de los consumidores, por otra parte, el señor Depolo dijo que no hay que perder de vista el objeto del bien jurídico protegido, que el proceso competitivo se restaure, y funcione lo más sanamente posible, atendidas las condiciones de un mercado determinado⁴⁷²; el diputado Melero declara que el bien jurídico que se debe proteger es la libre competencia en el mercado⁴⁷³; el senador Larraín señala que la normativa acordada en su bien jurídico apunta a que los mercados funcionen⁴⁷⁴.

En el ámbito internacional recientemente se añade que el Acuerdo Marco Avanzado entre Chile y la Unión Europea, que viene a modernizar el acuerdo que ya existente, en el Capítulo 23 sobre Política de Competencia en el artículo 23.2 párrafo 3° señala que la aplicación de la legislación de competencia no deberá obstruir la actuación de tareas de interés público que se puedan asignar a empresas, y que a su vez, las excepciones realizadas deben estar limitadas a tareas de interés público de acuerdo al respectivo objetivo de dicha política.⁴⁷⁵

⁴⁷¹ Biblioteca Nacional del Congreso Nacional. “Historia de la Ley N°20.945”, iniciada en el proyecto de ley iniciado por Mensaje de su Excelencia la Presidenta de la República que modifica el Decreto con Fuerza de Ley N°1 de 2004, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, para perfeccionar el sistema de defensa de la libre competencia.

⁴⁷² Ibid. Primer Informe de la Comisión de Economía.

⁴⁷³ Ibid. Discusión en Sala.

⁴⁷⁴ Ibid. Discusión en Sala.

⁴⁷⁵ Subsecretaría de Relaciones Económicas Internacionales. «Textos del Acuerdo en Principio». Modernización del acuerdo UE. Chapter 23, Competition Policy, article 23.2.3: Legislative Framework. Accedido 11 de febrero de 2024. <https://www.subrei.gob.cl/acuerdos-comerciales/modernizacion-ue-chile/textos-del-acuerdo>.

En definitiva, la ley no expresa ningún objetivo o bien jurídico en específico.⁴⁷⁶ Completar el debate sobre bien jurídico en la práctica queda bajo la decisión del TDLC, sujeto a la supervigilancia de la Corte Suprema.⁴⁷⁷

Jurisprudencialmente, entre los fines no-económicos que se han identificado para la legislación de competencia están el pluralismo y la diversidad en la información⁴⁷⁸, oportunidad para competir⁴⁷⁹, e incluso, no como bienes tutelados propiamente tales, pero si como factores sociales a evaluar ante una operación como la delicada situación financiera de una empresa⁴⁸⁰ o su crisis⁴⁸¹. Destacan especialmente la invocación de bienes jurídicos en particular como la tutela del proceso competitivo en el mercado⁴⁸² o el interés público indisponible para las partes de los asuntos de libre competencia⁴⁸³.

Al igual que en la utilización de objetivos de carácter económico, en este caso frente a la Corte Suprema subyace de todas formas el argumento del orden público económico como fundamento de los fines que inspiran el actuar de la libre competencia. Sin embargo, este argumento se torna de “doble filo” al ser usado desde una perspectiva no de bienestar del consumidor, sino que desde el control o la neutralización del poder de mercado en virtud de un interés público⁴⁸⁴, encaje dentro de principios básicos de cualquier régimen

⁴⁷⁶ OECD. (2010) “Chile – Accession Report on Competition Law and policy”. Country Studies, p. 11 – 12.

⁴⁷⁷ Ibid.

⁴⁷⁸ TDLC Resolución 20/2007, c. 5° y 9° (“Que, en suma, el legislador ha considerado que la libre competencia es uno de los medios o instrumentos idóneos para, indirectamente, alcanzar o mantener un grado razonable de pluralismo y diversidad de la información, asignando especialmente a este Tribunal un deber de resguardo de la adecuada competencia en este mercado”)

⁴⁷⁹ TDLC, Sentencia n°105-2010, c°19.

⁴⁸⁰ Rol FNE N°1978-11 (A).

⁴⁸¹ Rol FNE F216-2019.

⁴⁸² Véanse Sentencias TDLC 87/2009 c. 15°, 94/2010 c. 35, 102/2010 c. 65°, 105/2010 c.17, 160/2017 c. 201, 165/2018 c. 150°, 171/2019 c. 226°, y 178/2021 c. 143°.

⁴⁸³ Véanse Sentencias TDLC 160/2017 c. 148°, y 163/2018 c. 20°.

⁴⁸⁴ Corte Suprema, Rol 8313/2018, c. 8° (“[...] el Derecho de la Competencia se ha definido como ‘el conjunto de normas jurídicas que pretenden regular el poder actual o potencial de las empresas sobre un determinado mercado, en aras del interés público’”); Corte Suprema, Rol 34013/2019, c. 13° (“[...] el derecho de la competencia tiene como objetivo primordial neutralizar posiciones de poder de mercado de los agentes económicos”); Corte Suprema, Rol 94189/2020, c. 4° (“la legislación sobre libre competencia (...) se erige como una norma perteneciente al orden público económico que cumple distintas funciones, (...) vela porque la libertad de emprendimiento y el derecho a desarrollar cualquier actividad económica sean respetados, tanto por los particulares como por el Estado y, además desde otra perspectiva, limita y acota el ejercicio de tal derecho, ya que el atentado contra libertad puede provenir no sólo del Estado, sino también de particulares, quienes, esgrimiendo su propia libertad, pretendan alcanzar y ejercer poder en el mercado...”).

sancionatorio⁴⁸⁵, y la “pureza del orden público económico del país”⁴⁸⁶ aparentemente vista como una entidad auténtica e íntegra a la que se debe proteger y aislar de cualquier distorsión.⁴⁸⁷

De dicha forma, aparece de manera recurrente la cita de doctrina por parte de la Suprema Corte a Robert Merkin señalando que: “*El Derecho de la Competencia se ha definido como el conjunto de normas jurídicas que pretenden regular el poder actual o potencial de las empresas sobre un determinado mercado, en aras del interés público*”.⁴⁸⁸ Otro autor también citado que alude a un interés público involucrado en la libre competencia es Witker, al señalar que: “(...) *el derecho de la competencia ha sido definido como ‘aquella rama del derecho económico que tiene por objeto la ordenación de los mercados, tutelando la competencia como sistema en el que se protegen los intereses de los consumidores y los del interés público’*”⁴⁸⁹.

* * * * *

En otras jurisdicciones, más allá de las analizadas en detalle, los regímenes de competencia son susceptibles a las realidades domésticas y a una aceptación amplia de nuevos bienes jurídicos, intereses y objetivos que determinan la manera de aplicar desde sus propias visiones la libre competencia. Por ejemplo, la Ley Anti-Monopolio China consagra un estándar de bienestar del consumidor y eficiencia que convive junto a uno de interés público y desarrollo de una economía de mercado socialista, la cual a su vez incluye otros bienes a través de un régimen de excepción a la aplicación de la ley, en los que se contemplan el

⁴⁸⁵ Corte Suprema, Rol 2578-2012, c. 75° (“En el marco general dado por el orden público económico y de la libre competencia en particular, se discuten los contornos que debe tener el derecho administrativo-económico sancionador, así como el conjunto de normas que contempla y debe respetar. En efecto, existen principios generales que corresponde tener presente en todo el derecho sancionador y, sin duda, en el que regula la libre competencia, tanto en sus aspectos substanciales o materiales, como en los procesales o adjetivos”).

⁴⁸⁶ Corte Suprema, Rol 24828/2018, c. 5°; Corte Suprema, Rol 8313/2018, c. 4°; Corte Suprema, Rol 44266/2017, c. 2°; Corte Suprema, Rol 41801/2017, voto en contra ministro Muñoz, c. 1°; Corte Suprema, Rol 15389/2017, voto en contra ministro Muñoz, c. 1°; Corte Suprema, Rol 2578/2012, c. 74°.

⁴⁸⁷ Marmolejo, Crispulo. (2022). Algunas sentencias de la Corte Suprema que abordan conceptualmente el Derecho de la Libre Competencia. *Revista chilena de derecho y ciencia política*, 13(2), 159-181.

⁴⁸⁸ Véase también Corte Suprema, Rol 114.616-2022, c. 2°; Rol 181-2020, c. 7°; Rol 346/2013, voto en contra del ministro Muñoz, c. 2°.

⁴⁸⁹ Corte Suprema, Rol n°4470-2012, c. 8° (citando a Witker, Jorge; Derecho de la Competencia en América, Fondo de Cultura Económica, primera edición Chile año 2000, página 21)

refuerzo de la competencia de las pequeñas y medianas empresas, la conservación de energía, la protección del medioambiente y la ayuda a las víctimas de desastres naturales, la mitigación en periodos de recesión económica, o salvaguardar intereses justificados en comercio exterior o cooperación económica internacional; vale mencionar que el diseño institucional chino incluye tres agencias de competencia dependientes políticamente de oficiales de alto rango dentro del partido.⁴⁹⁰ En Japón, la ley de competencia promueve “la justa y libre competencia, para estimular las iniciativas creativas de los emprendedores, para fomentar las actividades de negocios, elevar el nivel de empleo e ingreso nacional, y por ende promover el desarrollo democrático y económico de la nación junto con asegurar los intereses generales de los consumidores”.⁴⁹¹ En Corea del Sur, es incentivar las actividades de negocios creativos, la protección de los consumidores, y promover un desarrollo balanceado de la economía nacional alentando la justa y libre competencia.⁴⁹² En Taiwán, busca mantener el orden comercial, proteger los intereses de los consumidores, asegurar una competencia justa, y promover la estabilidad y prosperidad económica.⁴⁹³ En Namibia puede proteger el empoderamiento de las minorías.⁴⁹⁴ En la India se contempla un régimen de excepción para casos en que estén comprometidas materias de seguridad de Estado o de interés público.⁴⁹⁵ En Rusia, la regulación de competencia vela por las preferencias estatales sobre sus bienes entre las que se contemplan el avance en ciencia y educación, protección del medioambiente, y protección de la salud pública.⁴⁹⁶ En el Reino Unido y Alemania, se permite a través de aprobación por el Secretario de Estado o Ministerial cambiar la decisión de la autoridad de competencia por razones de interés público, que en la práctica están para

⁴⁹⁰ Ley Anti-Monopolio (China), artículo 1 y 15; Xiaoye Wang, ‘The New Chinese Anti-Monopoly Law: a Survey of a Work in Progress’ (2009) 54 *Antitrust Bulletin* 579, 584; Hao Qian, ‘The Multiple Hands: Institutional Dynamics of China’s Competition Regime’ in Adrian Emch and David Stallibrass (eds), *China’s Anti-Monopoly Law: The First Five Years* (Kluwer Law International 2013); Xiaoye Wang and Adrian Emch, ‘Five Years of Implementation of China’s Anti-Monopoly Law—Achievements and Challenges’ (2013) 1(2) *J Antitrust Enforcement* 247–71 como se citaron todas en Ariel Ezrachi, Sponge, *Journal of Antitrust Enforcement*, Volume 5, Issue 1, April 2017, Pages 49–75, <https://doi.org/10.1093/jaenfo/jnw011>

⁴⁹¹ The Antimonopoly Act (Japón), artículo 1.

⁴⁹² Monopoly Regulation and Fair Trade Act (MRFT, Corea del Sur), artículo 1; Meong-Cho Yang, ‘Competition Law and Policy of the Republic of Korea’ (2009) 54 *Antitrust Bulletin* 621, pp. 624–625, como se citó en Ariel Ezrachi, Sponge, *Journal of Antitrust Enforcement*, Volume 5, Issue 1, April 2017, p. 49–75.

⁴⁹³ Fair Trade Act 2011 (Taiwan), art 1.

⁴⁹⁴ Competition Act 2003 (No 2 of 2003).

⁴⁹⁵ The Competition Act, 2012 (India), s 54.

⁴⁹⁶ Ley Federal N° 135-FZ del 26 de Julio de 2006 ‘De la protección de la competencia’, artículo 19.

asegurar la estabilidad financiera o económica.⁴⁹⁷ En Sudáfrica, introduciendo consideraciones de política industrial, bajo el interés público puede incluirse en el análisis de fusiones mediciones sobre el impacto sobre sectores industriales, empleo, y la habilidad de la industria local de competir en mercados globales.⁴⁹⁸ En Indonesia, conciliando objetivos sociales y económicos se establecen como objetivos de la libre competencia el bienestar público, la justa y libre competencia, y la eficiencia.⁴⁹⁹ En Vietnam, de manera parecida, son el manejo sobre la competencia, la protección al consumidor, y los remedios al comercio por importaciones.⁵⁰⁰ En Brasil, el enfoque del derecho de la competencia está mayormente enfocado en la libre iniciativa económica, la libre competencia como bien en sí mismo, la función social de la propiedad, la protección del consumidor y reprimir el abuso del poder económico.⁵⁰¹

Gran parte de las experiencias comparadas demuestran que la libre competencia entre todos los objetivos contemplados por sus respectivas jurisdicciones, no sólo hay objetivos o bienes económicos, sino que también otros de carácter político en su esencia. En un principio se veía la libre competencia como una “roca” formada por criterios económicos -el bienestar del consumidor, la eficiencia y bienestar general- que petrificaban al ámbito de acción de las agencias o los sentenciadores. Sin embargo, al pasar los años y evolucionar la jurisprudencia hacia un entendimiento más abierto con tal de recoger los nuevos fenómenos que ocurren en los mercados, se comprueba que los bienes jurídicos en juego -pudiendo recoger parcialmente criterios económicos- en lo principal existe un reconocimiento al rol de política pública multipropósito en el que se direccionan los objetivos de la libre competencia y mediante el cual pueden usarse diferentes herramientas dependiendo de las características del mercado ante el cual nos enfrentemos.⁵⁰²

⁴⁹⁷ Enterprise Act 2002, s 45; s 42 des deutschen Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen - GWB.

⁴⁹⁸ Competition Act 1998 (Act No. 89 of 1998) (Sudáfrica), s16; como se citó en Ariel Ezrachi, Sponge, *Journal of Antitrust Enforcement*, Volume 5, Issue 1, April 2017, pp. 49–75,

⁴⁹⁹ Law of the Republic of Indonesia No. 5 of 1999 Concerning the Ban on Monopolistic Practices and Unfair Business Competition; Lee, Cassey. (2015) "The Objectives of Competition Law", Working Papers DP-2015-54, Economic Research Institute for ASEAN and East Asia (ERIA).

⁵⁰⁰ Ibid.

⁵⁰¹ Nowag, J. (2024). Sustainability and Competition Law: An International Report. In: Këllezhi, P., Kobel, P., Kilpatrick, B. (eds) Sustainability Objectives in Competition and Intellectual Property Law. LIDC Contributions on Antitrust Law, Intellectual Property and Unfair Competition. Springer, Cham.

⁵⁰² Piletta, Andrea. “Antitrust political side”. *Opinio Juris in Comparatione*, Vol. 1, n. 1/2023, ISSN 2281-5147, pp. 488 – 511.

En definitiva, existen fuertes argumentos de lado y lado para sostener la prevalencia de objetivos económicos y no-económicos en la aplicación del derecho de la competencia. Estados Unidos se caracteriza por un desarrollo mayormente influenciado por la Escuela de Chicago, el que ha perdurado latamente hasta la actualidad, mientras que Europa desde sus inicios demostraba su apertura a objetivos no-económicos con un fuerte énfasis en la importancia del marco normativo constitucional comunitario sobre el mercado común, después incorporando gracias al proceso de modernización la influencia americana a través del bienestar del consumidor y la eficiencia. En el caso de Chile, la influencia americana es más fuerte que la europea en cuanto a la invocación de estándares mayormente económicos por parte de las autoridades de competencia, sin prescindir de una preocupación legalista por el contexto normativo económico u “orden público económico” en nuestro caso en el que se da dicho análisis, lo cual coincide en gran parte con los objetivos europeos no-económicos.

En síntesis, la experiencia comparada demuestra que la utilización de dichos estándares no es un problema que se resuelva desde una arista clásica (de la economía del bienestar) o flexible (desde bienes jurídicos no-económicos), sino que requiere la integración de ambas clases de modelos y sus respectivos bienes jurídicos a tutelar en miras a proveer justificaciones y argumentaciones eficaces que consideren el caso concreto y que al mismo tiempo entiendan correctamente las circunstancias en cuanto a las conductas imputadas, el mercado relevante en cuestión y el propósito de la legislación de competencia.

Por esta razón, es que postulamos que dada la existencia de diversos bienes jurídicos reconocidos comparadamente por el derecho de la libre competencia, también existe espacio para la inclusión de un nuevo bien jurídico: la sustentabilidad.

CAPITULO III: EL *TRADE-OFF* ENTRE SUSTENTABILIDAD Y LIBRE COMPETENCIA

Habiendo revisado y comprobado que el Derecho de la Libre Competencia acepta bienes jurídicos fuera del clásico bienestar del consumidor, vale preguntarnos si hay espacio para la inclusión de un nuevo bien jurídico: la sustentabilidad. Con tal de responder concretamente esta pregunta, separaremos el análisis en dos subcapítulos: primero, una parte general donde se dotará de contenido la sustentabilidad con sus conceptos, fundamentos y relaciones con la libre competencia; y segundo, una parte especial, donde expondremos las principales posturas doctrinarias en torno a la incorporación de la sustentabilidad como objetivo o estándar a defender por la libre competencia.

3.1. PARTE GENERAL: EL CONCEPTO DE SUSTENTABILIDAD, SU RELACIÓN CON LA LIBRE COMPETENCIA Y EL BIEN JURÍDICO.

La revisión de la parte general sobre el trade-off entre sustentabilidad y competencia consta de tres partes. La primera parte estará enfocada en explicar qué es la sustentabilidad, su concepto y características, desde un punto de vista social, económico y medioambiental, abordando asimismo los fundamentos jurídicos de este concepto y cómo ha sido recogido por el derecho. La segunda parte encasilla doctrinariamente el propósito de esta tesis, el que está en la instrumentalización del concepto de bien jurídico protegido en la libre competencia -a través de la sustentabilidad- con tal de que sea servil a los diferentes esfuerzos en la lucha por el cambio climático enmarcados dentro de la litigación climática. Y la tercera parte, explica en términos genéricos en qué consiste el llamado *trade-off* entre sustentabilidad y libre competencia, desde la revisión de las fallas de mercado involucradas, con un especial énfasis en el cambio climático, y aspectos en la teoría regulatoria.

3.1.1. El concepto de sustentabilidad y su tridimensionalidad

Preliminarmente, antes de adentrarse en el análisis de libre competencia, es pertinente hacer ciertas definiciones en torno a lo que entendemos por sustentabilidad, ya que como concepto tiene componentes sociales, jurídicos, ambientales y económicos que serán influyentes a posteriori.

La sustentabilidad comúnmente se ha entendido en términos científicos como “la capacidad de sostener algo (una persona, sistema, un hábito) por un periodo indefinido de tiempo”.⁵⁰³ Dentro de este mismo ámbito surge el concepto del “desarrollo sustentable o sostenible”, el que proviene de la economía, la ecología y las ciencias conservativas, y cuya definición más aceptable emanada del Informe Brundtland de la World Commission on Environment and Development la entiende como “el desarrollo que comprende las necesidades del presente sin comprometer la habilidad de las futuras generaciones para lograr sus propias necesidades”.⁵⁰⁴ Si bien a nivel conceptual la diferencia entre ambos conceptos relacionados está en que la sustentabilidad está pensada como un objetivo en sí mismo a largo plazo, mientras que el desarrollo sustentable se refiere a los procesos y caminos en miras a lograr lo primero, para efectos de la caracterización que a continuación realizaremos los trataremos como conceptos hermanos con tal de mirar holísticamente la complejidad de la sustentabilidad en sí.

A nivel jurídico, la sustentabilidad en el Derecho Internacional comienza a tener sus primeras manifestaciones en la famosa Declaración de Principios de la Conferencia de Río para el Medioambiente y el Desarrollo que, pese a no ser vinculante, introdujo por primera vez el concepto a nivel mundial. Tiempo después, el concepto se perfecciona y la Asamblea General de las Naciones Unidas afirma que la protección ambiental, el desarrollo económico y el desarrollo social eran tres dimensiones interdependientes parte del desarrollo sostenible.⁵⁰⁵ Sin embargo, una articulación normativa más potente vino recién con la formulación de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS o SDG's) como un plan de acción para las personas, el planeta y la prosperidad entregando un mapa que guíe las políticas de todos los países hacia el desarrollo sostenible hasta el 2030⁵⁰⁶, creándose 17 objetivos asociados a 169 metas, todas fundamentadas en las dimensiones económicas, sociales y ambientales del desarrollo sustentable, haciendo este concepto uno de carácter tridimensional.

⁵⁰³ OECD (2020), Sustainability and Competition, OECD Competition Committee Discussion Paper, <http://www.oecd.org/daf/competition/sustainability-and-competition-2020.pdf>

⁵⁰⁴ Naciones Unidas. (1987) Informe Brundtland. Informe de la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo: “Nuestro futuro común”. Nueva York.

⁵⁰⁵ Asamblea General de las Naciones Unidas. (1997) Programa para la ulterior ejecución del Programa 21, A/RES/S-19/2.

⁵⁰⁶ Asamblea de las Naciones Unidas. (2015) Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, A/RES/70/1.

A raíz de la construcción jurídica anterior, es que se crea la noción de un “Derecho del Desarrollo Sustentable” describable como la intersección o integración de las ramas del Derecho Internacional Económico, Ambiental y Social, que emerge sustancialmente de instrumentos legales, normas y tratados, apoyados en elementos de procedimiento distintivos.⁵⁰⁷ De aquí deviene el debate sobre la interpretación del “desarrollo sustentable” entre una forma antropocéntrica débil de sustentabilidad, donde las tres dimensiones son igual de importantes con la necesidad de trade-offs con tal de hacer prevalecer uno sobre otro, y una ecocéntrica fuerte que ve la ecología o el medioambiente como el concepto sobre el cual gira el resto de consideraciones, es decir, ve el desarrollo económico y social dentro de los parámetros que la biosfera permita.⁵⁰⁸

Tratando de concretizar esta rama del derecho en algunos principios marco doten de contenido su aplicación, han existido varios intentos de desmembrar el concepto. La Declaración de Nueva Dehli identifica los siguientes principios: (1) El deber de los Estados de asegurar un uso sustentable de los recursos naturales; (2) El principio de equidad y erradicación de la pobreza; (3) El principio de responsabilidad común diferenciada; (4) El principio precautorio sobre la salud humana, recursos naturales y ecosistemas; (5) El principio de participación pública y acceso a la información y justicia; (6) El principio de buena gobernanza; (7) El principio de integración e interrelación, en particular respecto de derechos humanos, y objetivos sociales económicos y ambientales.⁵⁰⁹ Philippe Sands identifica cuatro elementos como centrales que se desprenden del Reporte Brundtland: (1) El principio de equidad intergeneracional, (2) El principio del uso sustentable, (3) El principio del uso equitativo, (4) El principio de integración,⁵¹⁰ de ahí línea siete principios de particular relevancia para el desarrollo sostenible nombrando: a) La soberanía sobre los recursos

⁵⁰⁷ Bosselmann, Klaus. (2020) “Sustainable Development Law”. Techera, E., Lindley, J., Scott, K.N., & Telesetsky, A. (Eds.). Routledge Handbook of International Environmental Law (2nd ed.). Routledge.

⁵⁰⁸ Cordonier Segger MC, (2008) ‘Sustainable Development in International Law’ in Hans Christian Bugge and Christina Voigt (eds), Sustainable Development in International and National Law: What did the Brundtland Report do to Legal Thinking and Legal Development, and Where Can We Go From Here? (Europa Law Publishing 2008) 87.

⁵⁰⁹ International Law Association, New Delhi Declaration of Principles of International Law Relating to Sustainable Development (ILA Resolution 3/2002), annexed to Letter Dated 6 August 2002 from the Permanent Representative of Bangladesh to the United Nations and the Chargé d’affaires a.i. of the Permanent Mission of the Netherlands to the United Nations Addressed to the Secretary-General of the United Nations (UN Doc. A/57/329, United Nations General Assembly 2002).

⁵¹⁰ Philippe Sands, ‘International Law in the Field of Sustainable Development: Emerging Legal Principles’ in Winfried Lang (ed), Sustainable Development and International Law (Graham & Trotman 1995). Pp. 58 – 61.

naturales y la responsabilidad de no causar daños ambientales, b) El principio de buena vecindad y cooperación internacional, c) El principio de responsabilidad común diferenciada, d) El principio de buena gobernanza y participación democrática, e) El principio de acción preventiva, f) El principio precautorio, y g) El principio “*the polluter pays*” (el que contamina paga).⁵¹¹

La naturaleza jurídica de estos objetivos depende de dos consideraciones copulativas: el ámbito de aplicación y la penetración dentro de las fuentes del Derecho Internacional. En este sentido, sobre lo primero, para Virally una proposición normativa tendrá alcance jurídico cuando “esté formulada con la intención de modificar elementos del orden legal existente, o que en su implementación efectivamente logre este resultado”⁵¹², por lo que, desde este punto de vista, el desarrollo sustentable como proposición normativa es aplicable en su alcance jurídico. Pero, claramente, esto por sí solo es insuficiente para ser vinculante, pues debe ser una regla válida emanada de la ley o de algunas de las fuentes del Derecho Internacional, convenciones, costumbre o principios generales del Derecho, sólo así puede ser reconocido como una norma positiva de Derecho Internacional.⁵¹³

Sobre convenciones y tratados entre Estados, este régimen más que nada se configura en la dualidad o multilateralidad de normas de acuerdo a la voluntad, el nivel de desarrollo y el compromiso sobre las transferencias financieras y tecnológicas entre y a favor de las partes contratantes. Las preocupaciones sobre equidad intergeneracional en el uso sustentable de recursos naturales, prevención y precaución del impacto ambiental, y el acceso a la información y participación en el proceso de toma de decisiones se manifiestan en la clásica Declaración de Río, aunque también encuentran expresiones en varios otros regímenes de tratados conectados con el desarrollo sustentable, tales como el Convenio sobre la Diversidad Biológica de 1992, el Convenio de Aarhus de 1998, y el Convenio de Espoo.⁵¹⁴

⁵¹¹ Ibid.

⁵¹² Virally, ‘Le rôle des “principes” dans le développement du droit international’, in Faculté de droit de l’Université de Genève, Institut universitaire des hautes études internationales, *Recueil d’études de droit international en hommage à Paul Guggenheim* (1968), at 531, 535 (author’s translation)

⁵¹³ Virginie Barral, Sustainable Development in International Law: Nature and Operation of an Evolutive Legal Norm, *European Journal of International Law*, Volume 23, Issue 2, May 2012, Pages 377–400, <https://doi.org/10.1093/ejil/chs016>

⁵¹⁴ Ibid.

A mayor abundamiento, es debatible a nivel consuetudinario si hay una regla general relacionada al desarrollo sostenible. En este sentido, un detractor de esta idea, Lowe, señala que hay en los catálogos de Tratados, Declaraciones y otros instrumentos que usan el término desarrollo sustentable, una falta de evidencia clara de que los autores de dicho concepto le hubiesen otorgado la fuerza de una regla o principio de Derecho Internacional Consuetudinario, y eso es porque el concepto en sí es inherentemente incapaz de tener el estatus de una norma jurídica dirigida a los Estados y que restrinja su conducta; además de que las formulaciones flexibles del desarrollo sustentable imposibiliten la evidencia de opinión juris y práctica de los Estados como una obligación.⁵¹⁵ Aun así, a modo de propuesta, este mismo autor señala que puede analizarse como un “meta-principio, actuando entre otras normas legales y principios, un concepto legal ejerciendo una clase de normatividad intersticial que pretende empujar los límites de las verdaderas normas primarias cuando se superponen o entran en conflicto entre ellas”.⁵¹⁶ Pese a todo lo anterior, concluir que no hay una obligación general no significa que el desarrollo sostenible no encuentre sustento en la costumbre, pues naturalmente, independiente de su dificultad probatoria, depende de la construcción y recopilación de decisiones judiciales a nivel comparado.⁵¹⁷ Vale mencionar que la relevancia del desarrollo sostenible en el Derecho Internacional si bien ha sido reconocida por decisiones judiciales o arbitrales⁵¹⁸, los jueces y árbitros no han llegado tan lejos como para señalar su naturaleza consuetudinaria.⁵¹⁹

Dentro de los principios del derecho, 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

⁵¹⁵ Lowe, ‘Sustainable Development and Unsustainable Arguments’, in A. Boyle and D. Freestone (eds), *International Law and Sustainable Development: Past Achievements and Future Challenges* (1999). Pp. 23-24.

⁵¹⁶ Segger, Marie-Claire Cordonier, and Ashfaq Khalfan, ‘Sustainable Development in Policy and in Law’, *Sustainable Development Law: Principles, Practices, and Prospects* (Oxford, 2004; online edn, Oxford Academic, 22 Mar. 2012), <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199276707.003.0004>, accessed 23 Jan. 2024.

⁵¹⁷ Virginie Barral, Sustainable Development in International Law: Nature and Operation of an Evolutive Legal Norm, *European Journal of International Law*, Volume 23, Issue 2, May 2012, Pages 377–400, <https://doi.org/10.1093/ejil/chs016>

⁵¹⁸ Infra nota 522, 523, 524, 525 y 526.

⁵¹⁹ US – Shrimp. *United States – Import Prohibition of certain Shrimp and Shrimp Products*, WT/DS58/AV/R, 1998, at paras. 127–131, este caso fue donde más cerca se estuvo de reconocerlos como costumbre, aunque positivamente se reconoció la relevancia del desarrollo sustentable para la resolución de la disputa, incluso derivando consecuencias legales de ellos.

económico, el comercio internacional, inversiones, libre competencia, derechos humanos, entre otras consideraciones, deben desarrollarse en concordia con los objetivos del desarrollo sustentable.⁵²⁰ Para apoyar esta idea, ha existido un reconocimiento teórico sobre la fuerza normativa del desarrollo sustentable como principio de integración por parte de tribunales internacionales en casos donde a priori existían o incompatibilidades entre prioridades económicas, sociales y medioambientales, por parte de la Corte Internacional de Justicia⁵²¹, el Tribunal de Apelaciones de la OMC⁵²², el Tribunal Internacional del Derecho del Mar⁵²³, en arbitrajes de la Corte Permanente de Arbitraje⁵²⁴ y el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones⁵²⁵⁵²⁶.

Tras revisar los fundamentos jurídicos generales de la sustentabilidad, en los siguientes acápites revisaremos en específico de manera somera cada dimensión de la sustentabilidad, en su componente, social, económico y medioambiental explicando su recogimiento en el Derecho Internacional y en el concepto académico al que responde cada subdivisión.

3.1.1.1 La sustentabilidad social

La sustentabilidad social puede ser definida como el manejo y desintegración de los impactos positivos y negativos en los sistemas, procesos, organizaciones, y actividades en las personas

⁵²⁰ Voigt, C. (2009). "Chapter 5. Sustainable Development In WTO Context". En *Sustainable Development as a Principle of International Law*. Leiden, The Netherlands: Brill | Nijhoff. <https://doi.org/10.1163/ej.9789004166974.i-428.42> p. 126

⁵²¹ Gabčíkovo-Ngyymaros Project (Hungary v. Slovakia) 1997, ICJ Rep. 7; ICJ Rep 7 [107]–[108]; Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v Uruguay) [2010] ICJ Rep 14.

⁵²² US – Shimp. *United States – Import Prohibition of certain Shrimp and Shrimp Products*, WT/DS58/AV/R, 1998, at paras. 127–131.

⁵²³ Southern Bluefin Tuna Cases (New Zealand v. Japan and Australia v. Japan), International Tribunal for the Law of the Sea, Order of August 27, 1999, Request for Provisional Measures, ; the MOX Plant Case (Ireland v. United Kingdom) Provisional Measures (2001), Case 10; and the Case Concerning the Conservation and Sustainable Exploitation of Swordfish Stocks in the South-Eastern Pacific Ocean (Chile v. European Community) The ITLOS Special Chamber in this case suspended proceedings until 1 January 2004, ITLOS, Case No. 7 – ITLOS Order 2001/1 of 15 March 2001, and Order 2003/2.

⁵²⁴ Arbitration Regarding the Iron Rhine ('IJzeren Rijn') Railway between the Kingdom of Belgium and the Kingdom of the Netherlands, Arbitral Tribunal of the PCA, The Hague, 24 May 2005.

⁵²⁵ International Centre for the Settlement of Investment Disputes, online: ICSID . See UNEP, FI and Freshfields, A Legal Framework for the Integration of Environmental, Social and Governance Issues into Institutional Investment, 2005. https://www.unepfi.org/fileadmin/documents/freshfields_legal_resp_20051123.pdf

⁵²⁶ Voigt, C. (2009). "Chapter 6. Sustainable Development As A General Principle Of Law". In *Sustainable Development as a Principle of International Law*. Leiden, The Netherlands: Brill | Nijhoff. <https://doi.org/10.1163/ej.9789004166974.i-428.49> p. 171 – 172.

y la vida social. Entre los tópicos que comprende este concepto se incluyen -pero no se limitan a- salud y equidad social, derechos humanos, derechos laborales, prácticas y condiciones de trabajo, responsabilidad social y justicia, desarrollo comunitario y bienestar, responsabilidad del productor, resiliencia comunitaria y pertinencia cultural. Claramente el desarrollo de cada tema en particular excede el ámbito de esta memoria, sin embargo, lo que es seguro es que la cuantificación de estos fenómenos es compleja puesto que depende de las dinámicas sociales del momento, factores psicológicos y antropológicos, y para una evaluación cuantitativa de metodologías para estas perspectivas sociales sigue siendo un tema al que le falta madurez.⁵²⁷

Ahora, recogiendo tridimensionalmente la sustentabilidad, el Derecho Internacional en el aspecto social está dominado por cuatro ramas: el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el Derecho Internacional del Trabajo, el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional Consuetudinario.⁵²⁸ Cada una de aquellas ramas aborda algunos de las problemáticas tratar la sustentabilidad significa en cuanto a problemas de desarrollo, alimentación, salud, población, entre otras.⁵²⁹

3.1.1.2. La sustentabilidad económica

Desde el Derecho Internacional Económico, entre una de sus muchas ramas ubicamos -pertinente a esta memoria- la del Derecho Internacional de la Libre Competencia. En cualquier economía moderna, la libre competencia es un aspecto esencial de la regulación económica. En este sentido, la competencia tiene una dimensión internacional significativa pues los agentes multinacionales actúan en mercados domésticos con el poder económico para incurrir en actividades anticompetitivas o crear posiciones de dominio.⁵³⁰

⁵²⁷ Şebnem Yılmaz Balaman; "Chapter 4 - Sustainability Issues in Biomass-Based Production Chains", Şebnem Yılmaz Balaman, *Decision-Making for Biomass-Based Production Chains*, Academic Press, 2019, Pages 77 - 112, ISBN 9780128142783, <https://doi.org/10.1016/B978-0-12-814278-3.00004-2>.

⁵²⁸ Las primeras tres áreas mencionadas contienen cuerpos normativos especializados, mientras que la cuarta -consuetudinaria- opera más que nada a través de "soft law" multilateral, declaraciones y decisiones de organizaciones internacionales basadas en algunos de las categorías iniciales.

⁵²⁹ Segger, Marie-Claire Cordonier, and Ashfaq Khalfan, 'The Intersections of International Economic, Social and Environmental Law', *Sustainable Development Law: Principles, Practices, and Prospects* (Oxford, 2004; online edn, Oxford Academic, 22 Mar. 2012), <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199276707.003.0005>, accessed 23 Jan. 2024.

⁵³⁰ Ibid.

Pese a que hay poco aún sobre un derecho global de la competencia, su concreción radica clásicamente en tratados o sistemas de cooperación regional económica-comercial, como por ejemplo en el caso europeo los articulados de competencia del TFUE, el NAFTA que incluye objetivos de justa competencia, o el Tratado de Libre Comercio entre Chile y EE.UU. que promueve la eficiencia y el bienestar de los consumidores, entre otros que pueden tener un carácter más restringido en cuanto al número de partes. También múltiples instrumentos no vinculantes -como los hechos por la OCDE- abordando cómo lidiar con carteles duros, cooperación entre agencias de competencia, notificación previa de fusiones y reporte; más allá de estos instrumentos de *soft law*, la ICN también ha cumplido un rol de conexión entre las autoridades gubernamentales de competencia, asesorando a países desarrollados y en desarrollo en la práctica del ejercicio de la competencia y los temas de política pública que puedan surgir, convirtiéndose en un foro internacional para mejorar la cooperación y crear convergencia en el diálogo sobre el derecho internacional de la competencia, ofreciendo una alternativa de consenso que depende en gran parte de su capacidad de usar todas las herramientas disponibles, mecanismos de participación con tal de que sus decisiones permanezcan abiertas y accesibles, evitando percepciones de “captura regulatoria” por grupos de interés, y asegurando un delicado balance entre independencia y vigilancia gubernamental.⁵³¹ Y aún fuera de instrumentos u organismos no gubernamentales, este derecho internacional de la competencia está patente desde el momento en que los agentes del mercado hacen negocios internacionales enfrentando un régimen de facto generado por la superposición de varios regímenes de competencia domésticos.⁵³²

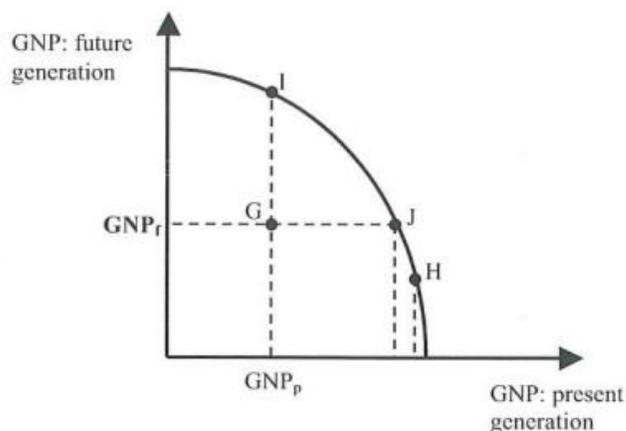
Siguiendo en la línea del marco establecido por los ODS, el desarrollo sustentable parece ser un tema de equidad con un criterio ético referido a que las necesidades del presente no sean satisfechas a expensas de las futuras. El Reporte Brundtland deja una serie de interrogantes económicas abiertas: no es explícito sobre las dimensiones físicas y tecnológicas de recursos requeridos para alcanzar un estándar de sustentabilidad, en otras palabras, qué clase específica de naturaleza de recursos es requerida, si cuenta el capital humano, el rol de la tecnología, si se debe medir en términos físicos o monetarios, etc; no deja claridad sobre la

⁵³¹ Cordonier, Marie-Claire; Khalfan, Ashfaq. (2004) 'The Intersections of International Economic, Social and Environmental Law', *Sustainable Development Law: Principles, Practices, and Prospects*, Oxford Academic.

⁵³² Andrew Guzman, 'The Case for International Antitrust' (2004) 22 *Berkeley Journal of International Law* 355, p. 355.

definición de “desarrollo”, si se refiere al clásico concepto de crecimiento económico o a un crecimiento cualitativo sobre la calidad de los bienes y servicios, y menos sobre la medición de ese crecimiento; y tampoco no deja clara la naturaleza de la ponderación entre equidad y eficiencia.⁵³³

La siguiente figura ilustra lo importante de estas cuestiones, la curva representa la frontera de posible producción medidas en GNP -el valor monetario de todos los bienes y servicios producidos por un país en un determinado-, y está construida por preferencias, tecnología, asignación de recursos entre dos generaciones y asumiendo que los precios de mercado reflejan una situación de escasez donde los mercados existen para todos los bienes y servicios⁵³⁴.



Fuente: The economics of sustainability, Hussen. A.

El gráfico muestra el *trade-off* existente entre eficiencia intergeneracional y equidad. Así, un movimiento desde G a H sería deseable basándose en pura eficiencia, pero de la misma manera significa un menor nivel de ingresos para las generaciones futuras. Por ende, no en todos los puntos se satisface el criterio de equidad intergeneracional para la sustentabilidad. Claramente el punto G es ineficiente, dada su localización dentro de la curva de frontera de posible producción, aunque un movimiento hacia J o I, o cualquier punto entre ambos, nos llevaría a óptimos de Pareto con producción mejorada, beneficiando al menos una de las

⁵³³ Hussen, A. (2019). “Chapter 12: The economics of sustainability”. Principles of Environmental Economics and Sustainability: An Integrated Economic and Ecological Approach (4th ed.). Routledge.

⁵³⁴ Ibid.

generaciones sin afecta el bienestar de la otra. La discusión en general demuestra el rol vital de la eficiencia incluso cuando el foco de atención es la equidad intergeneracional.⁵³⁵

Tras haber situado el centro del problema, en resumen sobre este modelo existen tres aproximaciones sobre la sustentabilidad: una neoclásica de sustentabilidad débil, que basa su concepción de sustentabilidad en la idea de que lo que debe ser “sostenido” es el ingreso - desde la definición de Hicks de cantidad para gastar manteniendo el capital intacto- para el consumo de bienes y servicios, implicando la sustentabilidad una conducta prudente para resguardarse a sí mismos de un empobrecimiento al incurrir en sobre-consumo, con un capital humano y natural que son sustitutos entre sí, fundado en el modelo de sustentabilidad de Hartwick-Solow⁵³⁶; una ecológica de sustentabilidad fuerte, que considera que el mundo natural no es sólo finito sino que además sin crecimiento y materialmente cerrado, por lo que desde una “visión completa del mundo” la relación entre capital humano y natural debe ser complementaria y combinada para la producción, donde mínimas cantidades de ambos capitales deben ser independientemente mantenidas en términos físicos y biológicos, con un requerimiento fuerte de un capital natural que no decaiga; y una “segura” de sustentabilidad estándar, donde la irreversibilidad es el problema a atender ya que la explotación de recursos naturales puede devenir en daños irreversibles, por lo que el manejo de recursos naturales no se puede extender más allá de cierto estándar mínimo de seguridad (SMS) cuya regla está en que cuando el nivel de incertidumbre y oportunidad social de ciertas actividades (cambio climático, protección de ecosistemas, degradación de la capa de ozono) sean muy altos lo prudente es abstenerse -en una lógica parecida a un “principio precautorio”-, pues sino el costo de oportunidad social de revertir este rumbo puede ser “inaceptablemente grande”.⁵³⁷

Más allá de la teoría económica general, vasta literatura ha situado a la sustentabilidad a través de la búsqueda de caminos óptimos para objetivos sociales incorporando una fuerte

⁵³⁵ Hussen, A. (2019). “Chapter 12: The economics of sustainability”. *Principles of Environmental Economics and Sustainability: An Integrated Economic and Ecological Approach* (4th ed.). Routledge. <https://doi.org/10.4324/9781351109116>

⁵³⁶ Hartwick, J.M. (1977) “intergenerational equity and the investing of rents from exhaustible resources”, *American Economic Review*, 67(5): 972-974; Solow, R. M. (1986) “On the intertemporal allocation of natural resources”, *Scandinavian Journal of Economics*, 88: 141-149.

⁵³⁷ Hussen, A. (2019). “Chapter 12: The economics of sustainability”. *Principles of Environmental Economics and Sustainability: An Integrated Economic and Ecological Approach* (4th ed.). Routledge. <https://doi.org/10.4324/9781351109116>

preocupación por las futuras generaciones. Pionera en esta manera es el trabajo de Ostrom sobre el manejo sustentable de los recursos comunes, demostrando que en el contexto de bienes comunes que la competencia sin restricciones por consumidores racionales conllevaba resultados desastrosos y que bajo esto era esperable la cooperación.⁵³⁸

En general, hay dos aproximaciones: en la primera, Arrow define el desarrollo sustentable como una serie de caminos económicos donde el bienestar intergeneracional no declina. Más formalmente su definición postula un desarrollo económico sustentado en:

$$t \leftarrow \frac{dV}{dt} \geq 0$$

, t como el bienestar intergeneracional y V siendo la suma utilitaria descontada de la utilidad generacional, todo por un intervalo de tiempo integrado (mirando la evolución de V sobre ese periodo). Este análisis involucra una predicción de cómo el stock de capital determina V junto a otros factores exógenos (tales como instituciones, preferencias, tecnología, crecimiento poblacional inexplicable) en que:

$$V(t) = V(K(t), t)$$

Por ende, la evolución de V puede estar relacionada al valor total de inversiones netas en precios sombra⁵³⁹⁵⁴⁰. Sin embargo, una importante debilidad de esta teoría es que falla en capturar la llave de la preocupación por la sustentabilidad expresada en el Informe Brundtland, que es sobre sostener el bienestar generacional hacia el futuro más que aumentar el bienestar intergeneracional en el presente, pues se puede tener un $dV/dt > 0$ en el presente cuando la utilidad generacional y/o el bienestar intergeneracional va a necesariamente bajar en el futuro.⁵⁴¹

En la segunda aproximación, más enfocada en la “habilidad” de las generaciones futuras, Solow define sustentabilidad refiriéndose a ella como “una obligación de conducirnos a

⁵³⁸ North, D. and J. Alt (eds.) (1990), *Governing the Commons: The Evolution of Institutions for Collective Action*, Cambridge University Press, https://wtf.tw/ref/ostrom_1990.pdf

⁵³⁹ Arrow, K.J., Dasgupta, P., Goulder, L.H., Mumford, K.J., Oleson, K., 2010. Sustainability and the measurement of wealth. NBER Working Paper 16599.

⁵⁴⁰ Precio de referencia que tendría un bien en condiciones de competencia perfecta, incluyendo los costos sociales además de los privados.

⁵⁴¹ Fleurbaey, Marc. «On sustainability and social welfare». *Journal of Environmental Economics and Management* 71 (1 de mayo de 2015): 34-53. <https://doi.org/10.1016/j.jeem.2015.02.005>.

nosotros mismos a dejar al futuro la opción o la capacidad de estar igual de bien como estamos ahora”⁵⁴².

Una variante es propuesta por Asheim afirmando que: “El manejo de una generación de los recursos básicos en cierto punto en el tiempo es sostenible si constituye la primera parte de un desarrollo sustentable factible donde haya una tendencia a que este no decrezca”⁵⁴³. Otra definición que sigue esta inspiración, pero intenta concretar en la práctica la sustentabilidad, es dada por Nordhaus quién distingue entre el ingreso Hicks -la máxima cantidad que puede ser consumida mientras se deja capital constante- del ingreso Fisher -ingreso sustentable es la máxima cantidad que un nacional puede consumir mientras asegura que todas las generaciones futuras puedan tener un estándar de vida que sea al menos igual de alto que los de la actual generación- inclinándose a favor de este último, yendo más allá de las definiciones de Naciones Unidas de sustentabilidad que sólo tomaban en cuenta la mantención del capital actual intacto y no el crecimiento de todas las clases de capital.⁵⁴⁴

Más allá de lo anteriormente expuesto, en términos generales existen estudios que sugieren que existen casos donde la cooperación puede conllevar efectos positivos, aunque esas situaciones son limitadas, y que desde la regulación se pueden obtener mayores eficiencias. Esta parte de la literatura sugiere que una de las principales razones de esta falta de efectos positivos está en que las empresas no tendrían el incentivo a invertir en sustentabilidad.⁵⁴⁵ Salen a colación una serie de problemáticas económicas discutibles extensamente (que no ahondaremos en esta tesis o veremos tangencialmente) tales como la sustentabilidad como una cualidad no relacionada al precio, innovación bajo cooperación, efectos pro o anticompetitivos de mantener precios de reventa, integración con responsabilidad social corporativa y el problema de los *free riders*.⁵⁴⁶

⁵⁴² Solow, R.M., 1991. Sustainability: an economist's perspective. The Eighteenth J. Seward Johnson Lecture. Woods Hole Oceanographic Institution, Woods Hole, MA.

⁵⁴³ Asheim, G.B., 2007, Justifying, Characterizing and Indicating Sustainability. Springer. Dordrecht.

⁵⁴⁴ Nordhaus, William D., "How Should We Measure Sustainable Income?" (1995). Cowles Foundation Discussion Papers. 1344. <https://elischolar.library.yale.edu/cowles-discussion-paper-series/1344>

⁵⁴⁵ OECD (2020), Sustainability and Competition, OECD Competition Committee Discussion Paper, <http://www.oecd.org/daf/competition/sustainability-and-competition-2020.pdf> P. 18.

⁵⁴⁶ Volpin, C. (2020), “Sustainability as a Quality Dimension of Competition: Protecting Our Future (Selves)”, CPI Antitrust Chronicle, pp. 9-18; Committee, O. (ed.) (2008), Resale Price Maintenance, OECD Publishing, <https://www.oecd.org/daf/competition/43835526.pdf>.; Delmas, M. and A. Keller (2005), “Free riding in

3.1.1.3. La sustentabilidad medioambiental

Desde lo relativo al desarrollo sustentable en su parte medioambiental surge la invocación del Derecho Internacional del Medioambiente, cuyo objetivo es la protección del medioambiente enfocándose en su conservación y protección, y en -algo menos estudiado- “el uso sustentable” o “el crecimiento económico sustentable” a través de la suscripción de acuerdos multilaterales.⁵⁴⁷

Algunos de los principios relevantes de esta rama que nos puede servir para el análisis actual están en: la responsabilidad de realizar actividades dentro de su jurisdicción o control que no causen daño ambiental en otros Estados⁵⁴⁸; el deber de prevenir la contaminación, como un derivado del deber general de evitar el daño ambiental; el principio de “herencia común” de la humanidad respecto de los recursos naturales con el carácter de bienes globales⁵⁴⁹; la obligación general de los Estados de cooperar en identificar, investigar y evitar daños ambientales supraterritoriales⁵⁵⁰; el principio precautorio en cuanto a los tópicos relacionados con el desarrollo sustentable como salud, uso sustentable de la biodiversidad y recursos naturales; y el principio de “the polluter pays”⁵⁵¹ (el que contamina paga).⁵⁵²

En clave medioambiental, la sustentabilidad puede ser definida como “la condición de balance, resiliencia, e interconexión que permite a la sociedad humana satisfacer sus

voluntary environmental programs: The case of the U.S. EPA WasteWise program”, Policy Sciences, Vol. 38, pp. 91-106, <http://dx.doi.org/10.1007/s11077-005-6592-8>.

⁵⁴⁷ Segger, Marie-Claire Cordonier, and Ashfaq Khalfan, 'The Intersections of International Economic, Social and Environmental Law', *Sustainable Development Law: Principles, Practices, and Prospects* (Oxford, 2004; online edn, Oxford Academic, 22 Mar. 2012), <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199276707.003.0005>, accessed 23 Jan. 2024.

⁵⁴⁸ Principle 21 of the *Stockholm Declaration on the Human Environment*, UN Doc. A/C. 48/14 (1972), 11 ILM 1461 (1972); Principle 2 of the *Rio Declaration*.

⁵⁴⁹ UNESCO 1972 *Convention Concerning the Protection of World Cultural and Natural Heritage* 11 ILM 1358 at the Preamble; *Treaty on Principles Governing the Activities of States in the Exploration and Use of Outer Space, Including the Moon and Other Celestial Bodies* (27 Jan. 1967) 610 UNTS 205 (1967); *Agreement Governing the Activities of States on the Moon and Other Celestial Bodies* (5 Dec. 1979); 1982 *United Nations Convention on the Law of the Sea*, 10 December 1982, UN Doc. A/CONF.62/122; 21 ILM 1245; 1959 *Antarctic Treaty* (1 December 1959) 402 UNTS 71.

⁵⁵⁰ *United Nations Declaration of Principles on International Law Concerning Friendly Relations and Cooperation Among States in Accordance with the Charter of the United Nations* (24 Oct. 1970) 9 ILM 1292.

⁵⁵¹ Principio 16 de la Declaración de Río.

⁵⁵² Segger, Marie-Claire Cordonier, and Ashfaq Khalfan, 'The Intersections of International Economic, Social and Environmental Law', *Sustainable Development Law: Principles, Practices, and Prospects* (Oxford, 2004; online edn, Oxford Academic, 22 Mar. 2012), <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199276707.003.0005>, accessed 23 Jan. 2024.

necesidades mientras no exceda la capacidad que soportan los ecosistemas para continuar regenerando los servicios necesarios para satisfacer esas necesidades, o que por nuestras acciones disminuyan la diversidad biológica”.⁵⁵³ Desde una mirada más básica puede ser entendida como la mantención del capital natural, o una serie de constricciones de las cuatro mayores actividades regulando la escala del subsistema de la economía humana: el uso de recursos renovables y no renovables por el lado de los recursos, y la polución y la asimilación de los desechos desde el lado de los residuos.⁵⁵⁴ Desde una mirada más técnica, desde los aspectos geofísicos que implica, se entiende como la mantención o mejora de la integridad de los sistemas que soportan la vida en la Tierra, sosteniendo a la biosfera con provisiones adecuadas para maximizar las opciones futuras de permitir a las presentes y futuras generaciones alcanzar un progreso económico y social dentro de una estructura de diversidad cultural preservando a) la diversidad biológica y b) la integridad biogeoquímica de la biosfera, es decir, la conservación y uso adecuado del aire, agua y recursos terrestres.⁵⁵⁵⁵⁵⁶

Una contribución al entendimiento de la sustentabilidad medioambiental está en la Estrategia Medioambiental OCDE para la Primera Década del Siglo XXI, la que define cuatro criterios específicos que abarca el concepto: 1) Regeneración: los recursos renovables deben ser usados eficientemente y su uso no debe permitirse para exceder sus largos plazos de autogeneración; 2) Sustituibilidad: los recursos no renovables deben ser usados eficientemente y su uso limitado a los niveles en que pueda compensarse su sustitución con recursos renovables u otras formas de capital; 3) Asimilación: lanzamientos de sustancias peligrosas o contaminantes al medioambiente no deben exceder su capacidad asimilativa; y

⁵⁵³ Morelli, John (2011) "Environmental Sustainability: A Definition for Environmental Professionals," *Journal of Environmental Sustainability*: Vol. 1: Iss. 1, Article 2. DOI: 10.14448/jes.01.0002 Available at: <http://scholarworks.rit.edu/jes/vol1/iss1/2>

⁵⁵⁴ Goodland, R. (1995). The Concept of Environmental Sustainability. *Annual Review of Ecology and Systematics*, 26, 1–24. <http://www.jstor.org/stable/2097196>

⁵⁵⁵ Holdren, J.P., Daily, G.C., Ehrlich, P.R., 1995. The meaning of sustainability: biogeophysical aspects. In: Munasingha, M., Shearer, W. (Eds.), *Defining and Measuring Sustainability*, The World Bank, Washington, D.C.

⁵⁵⁶ Bedřich Moldan, Svatava Janoušková, Tomáš Hák, How to understand and measure environmental sustainability: Indicators and targets, *Ecological Indicators*, Volume 17, 2012, Pages 4-13, ISSN 1470-160X, <https://doi.org/10.1016/j.ecolind.2011.04.033>.

(<https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S1470160X11001282>)

4) Evitar irreversibilidad: deben evitarse efectos irreversibles adversos a las actividades humanas en los ecosistemas y en los ciclos biogeoquímicos e hidrológicos.⁵⁵⁷

Ahora, en el contexto climático actual resulta vital la vinculación de la sustentabilidad en general con el cambio climático. No sólo porque el ODS 13 indica tomar acción urgente para combatir los impactos de este fenómeno global, sino que también ya que es uno de los más importantes desafíos del siglo XXI. La necesidad de un desarrollo sostenible se ha convertido en una prioridad a nivel mundial, y esto pasa por fomentar el uso de energías limpias y renovables, reducir las emisiones de carbono, optimizar el consumo de recursos hídricos, mejorar la gestión de residuos y reflexionar sobre los patrones de alimentación de la población, entre otras muchas medidas que tanto gobiernos como agentes económicos han tomado para hacer frente a la emergencia climática.⁵⁵⁸

3.1.2. Litigación climática y la libre competencia: la invocación del bien jurídico como técnica de litigación

Según será expuesto más adelante, parte del fundamento para considerar a la sustentabilidad como bien jurídico protegido recae en una necesidad imperiosa frente a la acción relativa al cambio climático que actualmente enfrentamos a nivel global, y es precisamente que conceptualmente dichos esfuerzos se pueden encasillar en lo que la doctrina ha nombrado como “litigación climática”.

Para ser sintéticos, la litigación climática -como una forma de litigación estratégica- es un término que agrupa a las disputas o conflictos relacionados al cambio climático, sobre medidas de mitigación, adaptación o pérdida y daño ambiental, así también utilizando la litigación como catalizador legal, de política pública y de cambio social en la problemática del cambio climático.⁵⁵⁹ En general, las causas sobre cambio climático no lo mencionan explícitamente, pero si han jugado un profundo rol en la configuración energética o de

⁵⁵⁷ OECD, 2001. OECD Environmental Strategy for the First Decade of the 21st Century. OECD, Paris.

⁵⁵⁸ Vanessa Facuse Andreucci y Stefan Goecke Ruz, “Sostenibilidad y competencia: un entendimiento desafiante”, Investigaciones CeCo (noviembre, 2021), <http://www.centrocompetencia.com/category/investigaciones>

⁵⁵⁹ King, Wood Mallesons-Daisy Mallett, y Sati Nagra. «Climate Change Litigation - What Is It and What to Expect?» Lexology, 27 de febrero de 2020. <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=03ba4171-3769-4b77-b355-c9cf63cccc24>.

emisiones de invernadero en un país.⁵⁶⁰ Esta clase de litigación se caracteriza por sostenerse en gran medida en los derechos establecidos constitucionalmente o a través de tratados de derechos humanos, y el uso de la litigación para compeler a los gobiernos a implementar políticas de mitigación y adaptación; así los litigantes conectan problemas naturales periféricos causados climáticamente a una necesidad amplia sobre el cambio climático reflejada en disputas sobre derechos constitucionales, protección medioambiental, uso del suelo, control de desastres y conservación de recursos naturales.⁵⁶¹ También, y atinente a este trabajo, pueden promover el cumplimiento con los ODS, ya sea encajando un objetivo en particular bajo la protección de un derecho constitucional, humano o cualquier otra ley, determinando si ciertas acciones u omisiones constituyen una infracción a la ley, estableciendo la legitimación activa de un grupo para perseguir litigar una controversia contra un particular en vista de un daño, o creando argumentos en la búsqueda de asistencia profesional y apoyo según el caso.⁵⁶²

Si bien esta clase de litigación en desarrollo enfrenta desafíos que exceden el marco de esta tesis (en temas de acceso a la justicia, cultura jurídica, falta de conciencia sobre el cambio climático, entre otras), su finalidad recae en servir como un laboratorio que muestre y asesore a las Cortes domésticas para que actúen como vehículos en miras a promover el marco climático del Derecho Internacional, en general, y el desarrollo progresivo de un Derecho del Cambio Climático, en particular.⁵⁶³

Entre la diversidad de temas que puede abarcar la litigación climática, gran parte de los propósitos a los que pretende contribuir responden a litigios con caracteres económicos, es decir, 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

⁵⁶⁰ Bouwer, K. (2018). The unsexy future of climate change litigation. *Journal of Environmental Law*, **30**(3), 483–506. <https://doi.org/10.1093/jel/eqy017>

⁵⁶¹ Setzer J, Vanhala LC. Climate change litigation: A review of research on courts and litigants in climate governance. *WIREs Clim Change*. 2019; 10:e580. <https://doi.org/10.1002/wcc.580>

⁵⁶² SDG Accountability Portal. «Pursuing Law Reforms, Strategic Litigation and Legal Empowerment». Accedido 23 de enero de 2024. <https://www.sdgaccountability.org/working-with-formal-processes/pursuing-law-reforms-strategic-litigation-and-legal-empowerment/>.

⁵⁶³ Sindico, F., Mbengue, M.M., McKenzie, K. (2021). Climate Change Litigation and the Individual: An Overview. In: Sindico, F., Mbengue, M.M. (eds) *Comparative Climate Change Litigation: Beyond the Usual Suspects*. Ius Comparatum - Global Studies in Comparative Law, vol 47. Springer, Cham. https://doi.org/10.1007/978-3-030-46882-8_1

valores, las relaciones de las sociedades con sus socios y de estos entre sí, y en particular - pues compete al tema de esta tesis- disputas sobre la fijación y aplicación de ciertas tarifas, legalidad o arbitrariedad sobre regulaciones de policía administrativa económica, y asuntos en virtud de leyes de protección ambiental en miras a la realización de un proyecto futuro o el actual desarrollo de una actividad productiva.⁵⁶⁴

En la libre competencia actualmente no existe una categorización propia en cuanto a litigación climática, aunque las acciones y casos prácticos que van en esta línea en general concuerdan o refuerzan la inclusión de preocupaciones medioambientales y de desarrollo sustentable a través de regulaciones particulares o sectoriales, labores administrativas de las agencias, declaraciones de autoridades y jurisprudencia.

Pese a lo anteriormente dicho, si existen precedentes a nivel comparado que usan la normativa de libre competencia en el litigio climático, pero desde una perspectiva de “protección o bienestar de los consumidores” frente a quejas de *greenwashing* sobre publicidad por parte de empresas conteniendo información falsa o inexacta sobre sus impactos frente al cambio climático⁵⁶⁵, cuando presentar a una compañía como “verde” constituye una ventaja competitiva que puede influir en la determinación de variables esenciales a la competencia. Estos precedentes convergen en que el cuestionamiento realizado por las autoridades de competencia, de protección del consumo o publicidad se dirigen a revisar cuán veraz o comprobable son las afirmaciones de las empresas en miras a la promoción de un menor impacto ambiental de combustibles, emisiones de CO², carbono-neutralidad y huella climática cuando, al ser una ventaja competitiva, y tratando de llamar la atención de los consumidores a costa de estas aseveraciones.⁵⁶⁶

⁵⁶⁴ Streeter, Jorge. “Litigios económicos”, Revista de Derecho de la Empresa, Universidad Adolfo Ibañez, Facultad de Derecho, Legis Editores, 2005. P. 142 - 143.

⁵⁶⁵ United Nations Environment Programme (2023). Global Climate Litigation Report: 2023 Status Review. Nairobi.

⁵⁶⁶ Ibid. Italian Competition Authority Ruling Eni’s Diesel+ Advertising Campaign, Regional Administrative Court of Lazio, 20 December 2019 (Italia); ASA Ruling on Ryanair Ltd t/a Ryanair Ltd, Advertising Standards Authority, Complaint No. G19-1035778, 5 February 2020 (Reino Unido e Irlanda del Norte); ASA Ruling on Shell UK Ltd.’s Shell Go+ Campaign, Advertising Standards Authority, 8 July 2020 (Reino Unido e Irlanda del Norte); Lawyers for Climate Action Complaint to the Advertising Standards Board, Advertising Standards Authority Complaints Board, No. 21/194, 6 July 2021 (Nueva Zelanda).

Teniendo en cuenta el estado actual del arte, es que parte del propósito y propuesta de esta tesis radica en una reconceptualización del litigio climático hacia la libre competencia usando a la sustentabilidad como medio para concretizar esta aproximación.

De esta manera, creemos que una herramienta jurídica adecuada para partir la discusión está en la identificación y proposición de la sustentabilidad como bien jurídico protegido u objetivo a buscar por la política de competencia, en tanto los bienes jurídicos son importantes especialmente en la libre competencia no sólo para predecir futuras decisiones, sino que por otra razón menos obvia, nos dicen qué argumentos y pretensiones son aceptables y probables de ser efectivas. Estos bienes justifican a los argumentos específicos que son consistentes e invalidan aquellos que no lo son. Por ejemplo, si asumimos que el bien jurídico de la legislación de competencia es el bienestar del consumidor, un abogado es poco probable que tenga éxito si argumenta ante una autoridad de competencia que un particular resultado sería conveniente en miras a proteger la democracia.⁵⁶⁷

Es útil ver las decisiones o jurisprudencia sobre bienes jurídicos como mensajes, pues apunta a la formulación de preguntas potencialmente relevantes: ¿Quién envió el mensaje? ¿A quiénes iba dirigido el mensaje? ¿Cuánta influencia puede tener el mensaje en otros jueces o autoridades con poder de decisión? Las respuestas a estas preguntas pueden ser especialmente valiosas para alguien que ve el sistema desde afuera, porque muestra el enfoque sobre cómo los bienes jurídicos invocados son usados. De esta manera, estos mensajes pueden ser enviados por la legislación, los tribunales y las agencias de competencia.⁵⁶⁸

Desde un ámbito más práctico llevado a la litigación algunas explicaciones para la importancia de este recurso están en: su uso retórico, pues desafiar la posición de un contradictor con argumentos que son sólo válidos cuando se invoca cierto bien es frecuentemente muy efectivo, o sea, que un litigante diga a la otra parte: “lo que dices hace mucho sentido, pero desafortunadamente la tutela del proceso competitivo no es un objetivo contemplado por la legislación de competencia”, es en efecto un poderoso dispositivo

⁵⁶⁷ Gerber, David J., 'The Goals and Uses of Competition Law', *Competition Law and Antitrust*, Clarendon Law Series (Oxford, 2020; online edn, Oxford Academic, 22 Oct. 2020).

⁵⁶⁸ Ibid.

retórico que puede, inclusive, probar ser útil para sortear preguntas difíciles; es relativamente más fácil, pues si bien las discusiones abstractas sobre el bien jurídico de la libre competencia pueden ser no muy imperiosas en la práctica, requieren un esfuerzo menor que leer cautelosamente la jurisprudencia y la práctica administrativa e inferir principios comunes de ambos actuantes; y por la influencia económica en esta rama del derecho, pues hace más sentido para los economistas pensar el problema referidos a un punto de vista en comparación a la configuración de una práctica ilegal, en este sentido, al revés, precisamente la gran influencia económica que existe puede explicar por qué los abogados tienen la tendencia a realizar preguntas en aquella dirección sobre el estándar invocado.⁵⁶⁹

3.1.3 Relación entre la sustentabilidad y la libre competencia: introducción al debate sobre bien jurídico

Ahora surge la pregunta, ¿y qué tiene que ver la libre competencia con la sustentabilidad en una crisis climática? ¿y por qué deberíamos tener en cuenta a la sustentabilidad dentro del análisis de competencia?

El desarrollo sustentable, como se mencionó anteriormente, comprende aspectos sociales-jurídicos, económicos y medioambientales. Estos tres elementos están relacionados: la destrucción y degradación de los recursos naturales producirá un deterioro en el crecimiento y desarrollo económico en el largo plazo, lo que repercutirá, últimamente en el bienestar y orden social. Entonces, para hacer frente a este escenario, una mayor calidad en el crecimiento económico, uso eficiente de los recursos naturales, innovación tecnológica y un rol activo por parte de los privados, son vitales a la hora de hacer frente a la emergencia climática y justamente la regulación económica (como un control ex ante) y la política de competencia (como control ex post) tienen directa relación con este fenómeno.⁵⁷⁰

El reciente enfoque en cambio climático, producción sustentable y economía circular presenta una oportunidad para los negocios innovadores. Los consumidores mayoritariamente perciben la sustentabilidad como una mejora en la calidad, y las empresas

⁵⁶⁹ Chillin' Competition. «What's with This Obsession with the Objectives of EU Competition Law?», 17 de septiembre de 2015. <https://chillingcompetition.com/2015/09/17/whats-with-this-obsession-with-the-objectives-of-eu-competition-law/>.

⁵⁷⁰ Maikol Cerda Z., «[OPINION] Desarrollo Sustentable y rol de la competencia [CeCo]», 13 de septiembre de 2022. <https://centrocompetencia.com/desarrollo-sustentable-y-el-rol-de-la-competencia/>.

pueden competir sobre la base de ser más limpias, verdes, o más sociablemente responsables, que sus rivales. En aquellos mercados, la competencia puede ayudar a incentivar una economía más limpia, circular y justa, especialmente si los consumidores están dispuestos para pagar extra por productos y servicios sustentables, y los proveedores pueden reducir sus huellas de carbono y minimizar gases de invernadero para fomentar a los consumidores que cambien sus preferencias, con publicidad y un apropiado etiquetado.⁵⁷¹ Desafortunadamente, pese a que los consumidores prefieran productos más sustentables, hay muchísimos casos donde no tienen tal disposición a pagar, o no pueden pagar lo suficiente, por producción limpia y sustentable, debido a la concurrencia de fallas de mercado:

- Del lado de la demanda: fallas de mercado incluyen la indisposición a pagar por los costos sociales o medioambientales (salvo que los otros consumidores también paguen un costo equivalente), descuentos hiperbólicos (que subestiman la importancia del daño ambiental a largo plazo), sesgos de comportamiento (de *status quo* principalmente, que inhiben a los consumidores de probar nuevos productos o cambiar su conducta), y falta de acceso y asimetrías de información sobre costos futuros en el uso o mantención de productos poco sustentables.
- Del lado de la oferta: problemas de acción colectiva o de coordinación aparecen, pues al producir, invertir o innovar, las empresas tienen a hacer decisiones independientes diseñadas a maximizar sus ganancias individualmente en el corto plazo, perjudicando la cooperación en términos de prevenir o minimizar su gestión de residuos, desechos postproducción, costos en la línea de distribución, o daño ambiental posterior. A esto se suma el miedo a caer en la “desventaja del que primero se mueve” que puede privar a una empresa de aprovechar economías de escala o de ámbito necesarias para bajar los costos promedio de innovar y manejar una alternativa sustentable.⁵⁷² Externalidades negativas, pues la producción involucra costos que no se incluyen en

⁵⁷¹ International Chamber of Commerce. (2020) Competition Policy and Environmental Sustainability. 26 November 2020.

⁵⁷² International Chamber of Commerce. (2020) Competition Policy and Environmental Sustainability. 26 November 2020.

el precio de los bienes que son soportados por la sociedad en su totalidad en forma de “costo social” el cual deriva en pérdidas de bienestar social.⁵⁷³

A lo anterior se agrega que, de acuerdo con el economista STERN, el cambio climático es la falla de mercado más grande que el mundo ha visto⁵⁷⁴, a través de emisiones de gases de invernadero en forma de grandes externalidades difíciles de ser internalizadas en razón a la escala global y desproporcionada de estas emisiones que son un efecto secundario del ejercicio de una actividad económica.⁵⁷⁵ A la vez, de las emisiones derivan otras fallas, tales como las asimetrías de información sobre la reducción de gases, efectos de red y falta de incentivos para innovación en ofrecer desarrollo de tecnología baja en carbón⁵⁷⁶. Por este motivo, es que con tal de paliar dicha falla, algún grado de intervención regulatoria parece preferible, pero teniendo en mente que eventualmente aumente precios de actividades que emitan niveles elevados de gases de invernadero, imponga impuestos por emisiones, un sistema de cuotas que restrinja emisiones, entre otras⁵⁷⁷.

En el panorama regulatorio expuesto que caracteriza a la sustentabilidad dentro de cualquier mercado, si bien la elección de qué adoptar -regulación económica o derecho de la libre competencia- para acoger el desarrollo sustentable es de discrecionalidad de los Estados y su voluntad democrática, la política de competencia en comparación a la regulación proporciona un marco jurídico y económico que permite analizar el caso a caso carteles, conductas anticompetitivas, operaciones de concentraciones (fusiones y adquisiciones), efectos en innovación y defensa de la competencia en los mercados, sin necesariamente incurrir en los costos que implica una potencial regulación a nivel general, costos de elaboración, fiscalización, institucionales, de ejecución, beneficios esperados, y otros riesgos de

⁵⁷³ Dolmans, Maurits, Sustainable Competition Policy (March 22, 2020). Competition Law and Policy Debate CLPD, Vol 5, Issue 4 and Vol 6 issue 1 March 2020, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3608023> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3608023>

⁵⁷⁴ Stern, Nicholas. (2007) Climate Change, Ethics and the Economics of the Global Deal.

⁵⁷⁵ Clark, Duncan, y Grantham Research Institute. (2012) «Why Do Economists Describe Climate Change as a “Market Failure”?» *The Guardian*, sec. Environment.
<https://www.theguardian.com/environment/2012/may/21/economists-climate-change-market-failure>

⁵⁷⁶ Clark, Duncan, y Grantham Research Institute. (2012) «Why Do Economists Describe Climate Change as a “Market Failure”?» *The Guardian*, sec. Environment.
<https://www.theguardian.com/environment/2012/may/21/economists-climate-change-market-failure>.

⁵⁷⁷ Ibid.

sobrerregulación, captura, limitada racionalidad, asimetrías de información o problemas de coordinación entre varios actores diferentes sujetos a regulación el diseño institucional.

De todas formas, no hay que desconocer que a medida que el cambio climático y la promoción del crecimiento verde se transformen en una prioridad en la agenda política, es esperable que estas demandas se canalicen a través de regulaciones ad-hoc, subsidios, incentivos gubernamentales y políticas tributarias que irán centradas en “enverdecer” el mercado, por lo que, estas iniciativas deben ser bienvenidas con una evaluación de su impacto en los mercados y su funcionamiento al imponer limitaciones a los negocios y fomentar o prohibir ciertos productos o materiales.⁵⁷⁸ En este sentido, cobra relevancia que las autoridades de competencia trabajen de cerca con los legisladores y activamente provean opiniones en eventuales regulaciones con tal de asegurar que los beneficios o incentivos sean imparciales y proporcionales, aplicables a todos los actores de manera igualitaria con restricciones a la competencia previstas.⁵⁷⁹

Al examinar esta relación entre sustentabilidad y libre competencia, fundamentalmente es necesario equilibrar prevenir el *greenwashing* por parte de las empresas, evitando que las empresas usen la sustentabilidad como un valor agregado frente a los consumidores y la competencia sin en la práctica cumplir con el marco que entrega una producción o consumo sustentable, versus incentivar la cooperación en materias de sostenibilidad resguardando la libre competencia.⁵⁸⁰

La competencia sin restricciones, en ocasiones, ha sido singularizada como el factor responsable de prácticas de negocios poco sustentables. La carrera para ofrecer a los consumidores un precio más bajo con una mayor cantidad ha llevado a las compañías a ser indiferentes sobre las externalidades negativas que generan, tales como uso de materiales no reciclables y emisiones de gases de efecto invernadero. Así también, la política de competencia premia la innovación, el uso eficiente de recursos, y el bienestar de los consumidores quienes cada vez son más conscientes de sus hábitos de consumo, lo que alinea

⁵⁷⁸ APEC. Competition Policy and Sustainable Development. APEC Competition Policy and Law Group. Bangkok, Thailand. 9 November 2022. Post-Workshop Report. P. 12.

⁵⁷⁹ Ibid.

⁵⁸⁰ Vanessa Facuse; Nicole Nehme; Maikol Cerda y Guillermo García. Conversatorio “Sustentabilidad en la Libre Competencia”. Congreso de Derecho y Economía, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2022.

sus objetivos con los de un desarrollo sustentable. Las autoridades de competencia pueden al menos jugar un rol complementario a las regulaciones económicas y ambientales asegurando que las condiciones de mercado conduzcan a la innovación y disrupciones de compañías nuevas y sustentables, y moderando el poder de mercado de actores incumbentes que hayan obtenido sus posiciones de dominio a través de tecnologías contaminantes.⁵⁸¹

Asimismo, el derecho de la libre competencia ha sido sindicada como una de las principales barreras regulatorias frente a la lucha contra el cambio climático. Y como a veces ocurre en muchas ramas del derecho, los fenómenos ambientales, económicos y sociales avanzan más rápido que la legislación, cuyos cánones responden a lógicas tradicionales, que el cambio climático y la sustentabilidad modifican dada la necesidad de la adecuación del mercado -en toda la cadena productiva- a esta nueva realidad. Entonces se presenta una problemática tensión que deja con timidez a las empresas en su necesidad de adaptación e innovación en la dirección de contribuir a la lucha contra el cambio climático, pues se presenta el riesgo de que cualquier intento o tentativa de colaboración, coordinación, esfuerzo conjunto o colectivo para configurar mejoras en sustentabilidad se transforma en la oportunidad perfecta para infringir por accidente (o no) la normativa de libre competencia esencial para las actividades comerciales de toda economía. Sostenemos que la resolución de esta tensión no es un asunto de dogmas absolutos, sino que requiere una ponderación o compensación vista caso a caso permitiendo analizar en particular las dimensiones jurídico-económicas de la controversia en específico y sus implicancias en términos del tradicional análisis de libre competencia más el contexto climático materializado a través de la sustentabilidad en su vertiente tridimensional.

Ejemplos de situaciones prácticas donde empresas buscan cooperar para contribuir significativamente a la lucha contra el cambio climático pero la libre competencia genera inseguridades o miedos que inhiben este progreso están en: generar listas “buenos” o “malos” respecto de los actores en la cadena de distribución en miras a exponer qué compañías incurren en esfuerzos de sustentabilidad y cuáles no; boicots colectivos a contaminadores; fomento de materiales alternativos que pueden elevar costos; acción colectiva para fomentar

⁵⁸¹ APEC. Competition Policy and Sustainable Development. APEC Competition Policy and Law Group. Bangkok, Thailand. 9 November 2022. Post-Workshop Report. P. 4.

la sustentabilidad con acuerdos de compromisos entre competidores; iniciativas comunes en sustentabilidad en el proceso productivo para reducir emisiones de gases de invernadero; uso eficiente de recursos confiando en los acuerdos entre competidores; intercambios de información horizontales para propósitos de ahorro energético; recopilación de data entre diferentes sectores productivos que generen efectos perjudiciales al ambiente y mediante los cuales con la integración de información sean beneficiosas ahorros de energía, reducción de emisiones de carbono, bajo el riesgo potencial de reducir la competencia entre los agentes participantes; reducir la competencia con tal de facilitar la adaptación al cambio ya que la acción individual no produce los efectos positivos al ambiente deseados; creación e implementación de herramientas para el cálculo de la huella de carbono en una industria que implica recopilar información sensible sobre productos, procesos de producción e interacción (en la relación proveedor/consumidor) a lo largo de la cadena productiva; acuerdos para reducir y centralizar el número de recolectores de desechos con tal de generar un sistema que tienda a mayores eficiencias evitando costos de transacción en la variedad de recolectores; presiones competitivas que puedan desincentivar iniciativas de empaquetamiento sustentable que termina por generar reticencia por parte de proveedores frente a una eventual pérdida de ventas frente a competidores (“*free riders*”) con empaquetado menos sustentable asociado a una mejora en la calidad del producto.⁵⁸²

En todos los ejemplos de situaciones recién mencionados el accionar individual era inadecuado y alguna forma de accionar colectivo era necesario, especialmente para evitar problemas de “*free-riders*” o de “desventaja del que se mueve primero”. El dilema en el que nos situamos está en que frente al actuar legítimo apuntado a producir productos sustentables es patente el riesgo evidente o potencial de una reducción de la competencia al menos en el corto plazo. Los ejemplos anteriores son sólo una pequeña pincelada en los varios posibles casos potenciales que pueden nacer y que necesitarán la asesoría jurídica-económica para facilitar su ejecución concorde a la normativa de libre competencia y que generarán de alguna manera u otra la necesidad de efectuar un *trade-off* entre sustentabilidad y competencia.⁵⁸³

⁵⁸² International Chamber of Commerce. (2022) “When chilling contributes to warming: How Competition Policy Acts As a Barrier to Climate Action”, pp. 3 – 9.

⁵⁸³ Ibid.

Estando situados en el ámbito de la libre competencia, una técnica idónea con el cuál se puede incorporar la sustentabilidad en el análisis legal-económico de competencia es considerándola como un bien jurídico protegido. Esto en la práctica se reflejaría en que se considerasen los objetivos del desarrollo sostenible o la sustentabilidad per se dentro de las clásicas consideraciones al proteger bienes jurídicos tradicionales como los expuestos en el Capítulo I. Por ejemplo, desde una visión de bienestar del consumidor, si el desarrollo sustentable es valorado por los consumidores y este produce efectos en su bienestar, estará el incentivo de que se impacte sustentablemente en la calidad del producto, una oferta diversificada y un acto de consumo no “nocivo” con el medioambiente que considere el cuidado por consumidores actuales y futuros;⁵⁸⁴ desde la eficiencia, al estar ante recursos escasos, incorporar criterios de sostenibilidad podría cerciorar una manera eficiente -valga la redundancia- de manejar los recursos, asegurando la existencia de éstos sin comprometer a las generaciones futuras, aumentando la innovación verde, la creación de nuevos productos y el rol de los agentes privados en el desarrollo sostenible⁵⁸⁵; viéndolo desde el bienestar general idear estrategias para una producción presente que no vaya en perjuicio de una expectativa o posibilidad de bienestar intergeneracional, especialmente respecto de actividades relacionadas con recursos naturales; desde la libertad para competir, tomar en consideración un mercado comunitario como un todo que bajo criterios de sustentabilidad tienda a mercados desconcentrados, verdes y desafiantes, en miras a que las empresas aprovechen la competencia para volverse más amigables con el medioambiente y evitando una carencia de competencia doméstica que resulte en firmas dominantes obteniendo rentas monopólicas; o con una perspectiva del proceso competitivo tutelando normativamente la estructura de los mercados identificando las fallas de las que puedan aprovecharse las empresas y guiarlas a tener rentas mayores pero a costa de una producción poco sustentable o amigable con el ambiente, o inclusive revisiones corporativas orientadas a encausar a las firmas bajo modelos de gobernanza ESG⁵⁸⁶.

⁵⁸⁴ Facuse, Vanessa; Goecke, Stefan. (2021) “Sostenibilidad y competencia: un entendimiento desafiante”, Investigaciones CeCo, Centro de Competencia, Universidad Adolfo Ibáñez. <http://www.centrocompetencia.com/category/investigaciones>

⁵⁸⁵ Ibid.

⁵⁸⁶ ESG son una serie de estándares de conducta para una compañía, usadas por inversionistas conscientes de consideraciones medioambientales y sociales que atienden a preocupaciones climáticas, de sustentabilidad, de relaciones con empleados, consumidores y comunidades, entre muchas otras, frente a potenciales inversiones.

Con tal de aplicar el razonamiento sobre los bienes jurídicos recién expuesto, es que debemos aceptar que la libre competencia acepta objetivos que responden a criterios no-económicos o de tinte flexible, inclusive usando bienes clásicos, tal como ha demostrado la evolución en materia de estándares expuesta en el Capítulo II.

Entonces un derecho de la competencia acorde al desarrollo sustentable debe tomar en cuenta prioridades económicas, sociales y medioambientales, y no solamente enfocarse en imperativos económicos. Esta visión integral cobra aún más relevancia en contextos donde la desregulación y una excesiva libertad económica para los agentes económicos, es justo una revisión de la institucionalidad de competencia la que determina la adecuación de una conducta de alguna empresa a la legalidad, y cuyo análisis puede impactar en algunas de los objetivos del desarrollo sostenible, salvo exista regulación especial para resolver dicha problemática⁵⁸⁷.

Claramente a priori la respuesta positiva, negativa, o con matices, sobre la adopción de esta integración de la sustentabilidad (o desarrollo sostenible) en la libre competencia como bien jurídico tutelado, depende en gran parte de: primero, la valoración que se tenga entorno a una necesidad de encuentro o *trade-off* entre la sustentabilidad y la libre competencia, es decir, si la libre competencia debería considerar a la sustentabilidad o no; y segundo, la configuración legal de cada jurisdicción, junto a su respectiva construcción jurisprudencial dinámica (o no) del concepto de bien jurídico tutelado. Lo segundo es objeto del Capítulo IV de esta tesis, y lo primero lo trataremos a continuación exponiendo las tres principales posturas entorno a la inclusión de la sustentabilidad en la libre competencia.

3.2. PARTE ESPECIAL: LAS POSTURAS EN TORNO A LA COMPATIBILIDAD ENTRE SUSTENTABILIDAD Y LIBRE COMPETENCIA

Tras entender las bases conceptuales que definen la sustentabilidad, la ubicación dentro de la litigación climática en sede de libre competencia de estos debates sobre sustentabilidad, y los fundamentos teóricos generales de la pugna, balance o compatibilidad entre la sustentabilidad

⁵⁸⁷ Gehring, Markus W. (2006) «Competition for Sustainability: Sustainable Development Concerns in National and EC Competition Law». *Review of European Community & International Environmental Law* 15, n.º 2, pp. 172-184.

y la libre competencia que permiten usar como medio de canalización el concepto de bien jurídico con tal de usarlo en la lucha contra el cambio climático y en la promoción de la sustentabilidad como política pública, es que en esta parte especial se procederá a la presentación de una recopilación y sistematización doctrinaria de diferentes autores con sus diferentes posturas relativas a la compatibilidad entre sustentabilidad y libre competencia en miras a considerarla uno de los objetivos -o bienes jurídicos- que debería perseguir dicha legislación y las implicancias de asumir dicha idea en distintas áreas de la libre competencia.

En resumidas cuentas, existen tres posturas: una postura a favor de la cabida de la sustentabilidad dentro del campo de la libre competencia, también denominada como “Green Antitrust”, que ya sea en su versión original o crítica, replantea -de forma más (o menos) radical- un nuevo entendimiento de la libre competencia bajo una visión sustentable que implica la necesidad de reformas a la normativa y uso flexible de la normativa existente, fomento de la competencia pero con una mayor supervisión de las agencias de competencia, propuestas económicas nuevas en materia de acuerdos horizontales, desprecio del “bienestar del consumidor”, entre varias que en general cambian el entendimiento clásico de la libre competencia en materia de acuerdos o prácticas concertadas, la posición dominante y el análisis de fusiones; una postura intermedia que, si bien acepta un espacio para la sustentabilidad en la libre competencia, pretende encausarla dentro del marco normativo existente innovando en aspectos más específicos del análisis de competencia como la participación de mercado, instrumentalización de otros bienes jurídicos, interpretación normativa, revalorización del precio, entre muchas, pero siempre teniendo en cuenta que mayor competencia resulta en mayor sustentabilidad; y una posición en contra que defiende un rol clásico de la política de competencia enfocado en preservar la libre competencia pues a través de la misma dinámica del mercado se tenderá a incorporar mayor sustentabilidad por parte de las empresas.

3.2.1. POSICIÓN A FAVOR: “GREEN ANTITRUST”

A fines del 2019, la Comisión Europea anuncia la creación del Pacto Verde Europeo, una ambiciosa iniciativa que apunta a establecer una Unión Europea eficiente en el manejo de sus recursos y competitiva económicamente, de manera carbono-neutral y no dependiente de la explotación de recursos naturales para su crecimiento económico. Desde ese entonces, las

autoridades europeas de competencia han estado debatiendo sobre si el “*Green Antitrust*” es viable para combatir la crisis climática.⁵⁸⁸

Del análisis de estas posiciones identificamos dos vertientes: una postura a favor que acepta la compatibilidad entre la sustentabilidad y la libre competencia, con un nuevo paradigma sobre la operativización de este bien jurídico (especialmente sobre carteles) pero con una mirada crítica de los riesgos que plantea inclinándose por alternativas más de índole regulatorias; y otra postura a favor que plantea esta compatibilidad desde un imperativo normativo dado los compromisos en materia climática suscritos, replanteando las nociones clásicas de las figuras de la libre competencia.

3.2.1.1 GREEN ANTITRUST ORIGINAL: HOLMES, NOWAG, MONTI, RISTANIEMI & WASASTJERNA

Para partir su análisis, HOLMES postula que la libre competencia tiene un rol que jugar a través de la sustentabilidad frente al cambio climático pues, si bien la regulación ambiental es tradicionalmente la herramienta más adecuada, esta tiende a ser muy lenta, limitada en su ámbito de aplicación y no lo suficientemente ambiciosa, por lo que llevando la discusión a la realidad climática actual es que es imperioso usar todas las herramientas disponibles entre las cuales está el derecho de la libre competencia. Por supuesto que las empresas deben competir para producir productos más sustentables, pero eso no abarca una visión de largo plazo pues esta producción implica mayores costos en materias primas y medios de producción, ocasionando la “desventaja del que se mueve primero” y siendo poco rentable de mantener en el tiempo por la poca preferencia por parte de los consumidores comunes. Lo relevante entra en que, dada la emergencia climática, debemos transformar sectores completos de la economía en clave sustentable, por lo que se requiere un accionar profundo y ágil, significando que las compañías -a pesar de que no deben coordinarse en virtud del mantra base de la competencia- deben trabajar en conjunto, y ahí es donde entra el derecho de la libre competencia.⁵⁸⁹

⁵⁸⁸ Robertson, Viktoria H. S. E. (2022) «The World’s First Green Antitrust Provision Shows That Climate Action Is the Newest Antitrust Frontier». *ProMarket* (blog).

⁵⁸⁹ Sustainability Spotlights. (2023) “Ep. 11: Sustainability in Competition Law with Prof. Simon Holmes”. A Podcast by the McGill Journey of Sustainable Development Law; in McGill Journal of Sustainable Development Law. Spotify.

Sigue desde una postura más radical e inclina su dogmática de competencia proponiendo una nueva forma de entender la integración de la sustentabilidad en la libre competencia bajo el argumento de que elementos tanto constitucionales como de la legislación de libre competencia deben coordinarse en miras a consagrarla como un bien jurídico a proteger, o en su defecto, interpretar la legislación de libre competencia en función de los ODS y el marco legal del cambio climático. En este sentido, se requiere incorporar además nuevos elementos en la legislación de libre competencia, tratados internacionales, reformas legales, priorización por parte de las autoridades de libre competencia, actualizaciones en sus guías, y la introducción de casos para generar jurisprudencia y perfeccionar el razonamiento jurídico.⁵⁹⁰

En concreto, sobre ideas de reforma se ha referido Monti planteando las siguientes opciones: daño ambiental como prioridad de política pública de competencia; reformar la prohibición sobre acuerdos horizontales con tal de agregar un régimen de excepción que expresamente contemple una cláusula de eximición sobre “impacto medioambiental cuantificable”; propositivamente someter a consultas o sugerencias de las partes interesadas un acuerdo sustentable; e inclusive, usar la libre competencia para sancionar conductas que dañen el medioambiente en el caso de un agente dominante que produce bienes no integrando estándares internacionales y obtengan una ventaja competitiva injusta, construyendo un caso de precios predatorios pues el agente no estaría integrando todos los costos de producción en su cadena de suministro, a expensas de los rivales que cumplen con el marco sustentable; desafiar a los acuerdos de distribución que, pese a mejorar la disponibilidad de bienes, añada demanda por los servicios de transporte y por ende al nivel de polución, que finalmente resulta en un daño relevante a la libre competencia.⁵⁹¹

Así también, Holmes en esta misma narrativa, plantea un desvío del modelo clásico de bienestar del consumidor que cae en cortoplacismos precio centristas, en el sentido de que el “bienestar” lexicológicamente invita a tener en cuenta los problemas de sustentabilidad tanto de igual forma que los financieros o económicos. A lo más, debería sólo ser parte de un set

⁵⁹⁰ Holmes, Simon. (2020) «Climate change, sustainability, and competition law». *Journal of Antitrust Enforcement* 8, n.º 2, pp. 354-405.

⁵⁹¹ Monti, Giorgio. (2020) «Four Options for a Greener Competition Law». *Journal of European Competition Law & Practice* 11, n.º 3-4, pp. 124-132.

de bienes jurídicos en los que se enfoca el proceso competitivo, incluyendo el que actualmente se trata, la sustentabilidad.⁵⁹²

En la línea de promover criterios de sustentabilidad, es que HOLMES llega incluso a negar completamente el estándar de bienestar del consumidor pues es inconsistente con el marco normativo climático europeo -que se verá más adelante- y que en virtud de una interpretación holística de la normativa que incorpora la sustentabilidad existe un sustento razonable para incorporar a esta como bien jurídico dejando en el pasado al bienestar del consumidor.⁵⁹³ En consecuencia, no puede ser que el *enforcement* de libre competencia persiga estándares inconsistentes con la sustentabilidad.⁵⁹⁴

A su vez, considera que hay muchas circunstancias donde la cooperación entre competidores es necesaria para lograr objetivos sustentables, pues donde una compañía sola busca internalizar sus externalidades (por ejemplo, contaminación del aire) es más propensa a incurrir en costos extras y sufrir de una significativa desventaja al ser el primero o único competidor en innovar de esta manera (“desventaja del que se mueve primero”), por lo que un acuerdo entre competidores es una forma de “equiparar la cancha” bajo la base de que los costos efectuados reflejen los reales costos de producción. Es más -bajo la mirada de HOLMES-, esto no traería riesgos anticompetitivos, pues mientras mayor sea la internalización de estos costos, mayores son los incentivos para las compañías a rebajarlos generando un “win-win” para el medioambiente y la competencia. De esta manera, para acoger estos acuerdos entre competidores dentro del marco legal, es que propone vías argumentativas para eximir a estos acuerdos de cualquier responsabilidad, tales como: i) que simplemente no restringen la competencia, por ende no se les aplica la norma; ii) la ruta “Albany” con el precedente de una prohibición de carteles que no aplica a negociaciones colectivas, aplicado a los acuerdos sustentables, tampoco aplicaría de acuerdo al marco constitucional sobre protección y mejora de la calidad del medioambiente; iii) usando un régimen de excepción a la prohibición general de carteles con ciertas condiciones a cumplir; o iv) hacer pasar estos

⁵⁹² Holmes, Simon. (2020) «Climate change, sustainability, and competition law». *Journal of Antitrust Enforcement* 8, n.º 2, pp. 354-405.

⁵⁹³ Ibid.

⁵⁹⁴ Iacovides, Marios C.; Christos Vrettos. (2022) «Falling through the Cracks No More? Article 102 TFEU and Sustainability: The Relation between Dominance, Environmental Degradation, and Social Injustice». *Journal of Antitrust Enforcement* 10, n.º 1, pp. 32-62.

acuerdos como acuerdos de estandarización con el objetivo de brindar mejorar técnicas o cualitativas sobre productos presentes o futuros, procesos productivos, servicios o métodos.
595

Esta línea doctrinaria, si bien reconoce que las agencias europeas han respondido adecuadamente con la elaboración de guías sobre “acuerdos sustentables”, es crítica de que esto lo han hecho sin transgredir el clásico derecho de la competencia, lo que implica dos problemas: 1) que este acercamiento no va al corazón del problema, pues compensar a los consumidores por los costos de un acuerdo sustentable falla en reconocer que los factores que han a una determinada práctica poco sustentable radican en consumidores y productores conjuntamente fuera del mercado relevante, es decir, atacar el problema con compensaciones a los consumidores no alcanza a abarcar la problemática estructural que ocasiona el impacto del daño ambiental; 2) que la persecución de eficiencias compensatorias puede fomentar que las agencias de competencia se enfoquen en acuerdos de “mitigación” que busquen mejorar la sustentabilidad minimizando los costos en los consumidores, en vez de ir por una acción preventiva que es más efectiva en bajar impactos ambientales.⁵⁹⁶ Por estas razones, en realidad el enfoque por parte de las autoridades de competencia no debería estar tanto en la justa compensación a los consumidores sino en que un acuerdo aumenta la eficiencia en un mercado -tomando en consideración costos de producción, consumo, ambientales y sociales- y evaluar si el acuerdo en su naturaleza pretende mitigar o prevenir dependiendo de las características del mercado en el que operen.⁵⁹⁷

Otra de las propuestas de Holmes, usando la misma retórica que Nowag de usar el derecho de la competencia como “espada” por la sustentabilidad -como se verá más adelante-, está en usar la figura del abuso de posición dominante para combatir a firmas que incurren en prácticas poco sustentables, que al final del día pueden ser vistas como abusivas desde una perspectiva económica, política, social, ambiental o moral, afectan variables competitivas. Lo interesante de este acercamiento es que se ve el poder de mercado como un elemento del

⁵⁹⁵ Holmes, Simon. «Climate change, sustainability, and competition law». *Journal of Antitrust Enforcement* 8, n.º 2 (1 de julio de 2020): 354-405. <https://doi.org/10.1093/jaenfo/jnaa006>.

⁵⁹⁶ Frontier Economics. «How Should Competition Policy Help Save the Planet?», Rachel Keyserlingl, James Baker, David Foster. 31 January 2024. Accedido 20 de febrero de 2024. <https://www.frontier-economics.com/uk/en/news-and-insights/articles/article-i20521-how-should-competition-policy-help-save-the-planet/>. P. 3.

⁵⁹⁷ Ibid. P. 7.

cual las empresas pueden aprovechar para incurrir en conductas poco sostenibles, trayendo costos asociados en perjuicio de competidores y consumidores; el sentido de esto está en entender que gran parte de la consolidación del poder de mercado a lo largo de los años ha llevado al crecimiento de corporaciones transnacionales al punto de que controlen funciones críticas de la biosfera, es decir, la participación en mercados de escala global tales como la agricultura, la industria forestal, la pesca, cemento, minerales, combustible fósil, y que ponen en relieve los impactos ambientales asociados a estos sectores.⁵⁹⁸ Volviendo a la posición dominante, la idea es que se podrían proveer justificaciones objetivas sobre conductas que a priori pueden resultar abusivas bajo los test tradicionales, ejemplos de conductas que podrían subsumirse bajo estas justificaciones están en: cargar un mayor precio para cubrir costos medioambientales de reinvertir en protección medioambiental (como defensa para un caso de precios excesivos), cargar a diferentes consumidores diferentes precios según el uso que le dan al producto (como defensa para una discriminación de precios), condicionar la compra de un producto de una compañía dominante a la compra de un producto medioambientalmente amigable (defensa para una venta atada), ofrecer excepcionalmente precios bajos para generar un testeo de un producto nuevo medioambientalmente amigable (defensa para precios predatorios) o rehusarse a garantizar el acceso a una facilidad esencial a un usuario que pretende usarla con fines poco ambientales (defensa para negar el acceso a insumo esencial).⁵⁹⁹

Sobre fusiones, se plantea incorporar la sustentabilidad en el ámbito de su revisión sustantiva, considerando en el análisis de eficiencias los factores medioambientales siempre que sean específicas a la operación en concreto, beneficien a los consumidores y sean verificables, la consideración de remedios en fase 1 o ex post a la realización de la operación para lidiar con posibles efectos medioambientales negativos de una fusión (remedios conductuales o

⁵⁹⁸ Iacovides, Marios C., y Christos Vrettos. «Falling through the Cracks No More? Article 102 TFEU and Sustainability: The Relation between Dominance, Environmental Degradation, and Social Injustice». *Journal of Antitrust Enforcement* 10, n.º 1 (10 de marzo de 2022): 32-62. <https://doi.org/10.1093/jaenfo/jnab010>.

⁵⁹⁹ Holmes, Simon. «Climate change, sustainability, and competition law». *Journal of Antitrust Enforcement* 8, n.º 2 (1 de julio de 2020): 354-405. <https://doi.org/10.1093/jaenfo/jnaa006>.

estructurales), o modificar la legislación en esta materia para incluir referencias expresas a la protección medioambiental, sustentabilidad o cambio climático.⁶⁰⁰

Por el lado de Nowag, este autor identifica que la integración entre derecho de la competencia y la sustentabilidad puede darse desde dos ópticas teóricas: una donde la libre competencia opere como una espada para prevenir actividad en los negocios que sea poco sustentable y degrade el medioambiente -llamado también integración preventiva- y otra como un escudo contra la responsabilidad por infracción o ataques a la libre competencia al fomentar medidas sustentables -llamada integración de apoyo-. En este orden de ideas, la primera forma de integración aplica para casos donde no existe conflicto o existe pero hay que balancear entre ambos bienes, o sea, sustentabilidad y protección de la competencia pueden ser alcanzadas simultáneamente sin crear conflicto entre ellas, y la segunda forma es sólo necesaria cuando la primera no es posible balanceando sustentabilidad y competencia.

Cada forma de integración plantea una serie de preguntas en las cuales se estructura el análisis:

<p align="center">Integración preventiva (“espada”)</p> <p align="center">Interpretación de las disposiciones normativas de la libre competencia para prevenir medidas que dañen la sustentabilidad</p>	<p align="center">Integración de apoyo (“escudo”)</p> <p align="center">Interpretación de las disposiciones de la libre competencia para permitir medidas en sustentabilidad</p>
<p align="center"><i>Primera forma de integración: Preguntas de alcance de la normativa</i></p> <p align="center">¿Es una medida dañina a la sustentabilidad objeto de las prohibiciones de la legislación de competencia?</p>	<p align="center"><i>Primera forma de integración: Preguntas de alcance de la normativa</i></p> <p align="center">¿Es una medida sustentable objeto de las prohibiciones de la legislación de competencia?</p>
<p align="center"><i>Segunda forma de integración: Balance</i></p>	<p align="center"><i>Segunda forma de integración: Balance</i></p> <p align="center">¿El beneficio en sustentabilidad sopesa la restricción a la competencia?</p>

⁶⁰⁰ Holmes, Simon. «Climate change, sustainability, and competition law». *Journal of Antitrust Enforcement* 8, n.º 2 (1 de julio de 2020): 354-405. <https://doi.org/10.1093/jaenfo/jnaa006>.

<p style="text-align: center;">¿El daño a la competencia y la sustentabilidad sopesa los beneficios de la medida?</p>	
---	--

Fuente: Nowag, Julian. «Competition Law’s Sustainability Gap? Tools for an Examination and a Brief Overview». ⁶⁰¹

Entonces, viendo la libre competencia como una “espada” para prevenir actividad poco sustentable, releva la importancia de equiparar sustentabilidad con eficiencia (productiva y dinámica) y bienestar del consumidor. En el sentido de que la sustentabilidad requiere de estos elementos para asegurar un nivel óptimo en el uso de recursos naturales, especialmente con la valoración positiva y disposición a pagar que tiene por parte de los consumidores. La concreción de esta idea se refleja en el uso de las teorías del daño, con tal de evaluar los efectos en innovación por causa de la sustentabilidad; ampliación de la aplicación del derecho de la competencia en casos de jurisdicciones que no consideran los abusos explotativos, particularmente en casos de precios excesivos; usar las herramientas tradicionales de la libre competencia para integrar a sustentabilidad de manera creativa. ⁶⁰²

Y por otro lado, viendo la libre competencia como un “escudo” frente a posible responsabilidad por alguna infracción a la normativa, la idea es ver este derecho como uno protector no sólo de la competencia sino que también de los daños a la sustentabilidad y el medioambiente. Este entendimiento requiere un balance entre competencia y sustentabilidad que más que nada es un balance en los cimientos económicos de la libre competencia. Este balance plantea que las preocupaciones de política pública o no económicas sean transformadas en el lenguaje tradicional de eficiencias usado en términos de la libre competencia, por ejemplo, que la reducción de emisiones en CO² puedan ser medidas y expresadas en términos monetarios. Reflejos concretos de esta idea se expresan en varias variables competitivas: mejoras en la calidad de los productos ⁶⁰³, beneficios futuros, beneficios actuales y futuros en otros mercados, medidas de eficiencia amplias con efectos

⁶⁰¹ Nowag, Julian, Competition Law’s Sustainability Gap? Tools for an Examination and a Brief Overview (August 1, 2022). Lund University Legal Research Paper Series, October 2019, Vol. 5 No. 1 (2022): Nordic Journal of European Law Issue 2022(1) 149-165, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3484964>

⁶⁰² OECD (2020), Sustainability and Competition, OECD Competition Committee Discussion Paper, <http://www.oecd.org/daf/competition/sustainability-and-competition-2020.pdf>

⁶⁰³ Volpin, C. (2020), “Sustainability as a Quality Dimension of Competition: Protecting Our Future (Selves)”, CPI Antitrust Chronicle, pp. 9-18.

económicos a la sociedad usando preferencias de los consumidores, valuación contingente y análisis costo-beneficio⁶⁰⁴.

Siguiendo en la idea de este balance, esta doctrina identifica dos áreas grises donde la política de competencia y la sustentabilidad se interceptan: 1) Casos donde las autoridades de competencia pueden potenciar la sustentabilidad a través de una fiscalización enfocada, donde prácticas anticompetitivas tienen un detrimento similar desde una perspectiva sostenible; por ejemplo, casos donde carteles previenen a los consumidores de comprar productos más sustentables; y 2) Casos donde una empresa quiera irse hacia una dirección más sostenible, teniendo que balancear potenciales riesgos a la competencia contra potenciales beneficios en sustentabilidad. Vale mencionar el énfasis del autor en que, para hacer operativo este balance, es importante conservar un principio legal básico: no toda restricción a la libertad comercial es considerada una restricción a la competencia, y por ende, cae bajo el ámbito de aplicación de la normativa.⁶⁰⁵

Fuera de este balance, al igual de Holmes, Nowag señala que los acuerdos entre compañías que apunten a atender a la sustentabilidad o preocupaciones medioambientales juegan un rol esencial en miras al desarrollo sostenible, ya que sin cooperación existe el riesgo de que los competidores se entrapen en una carrera competitiva o “competencia tóxica”⁶⁰⁶ hacia el fondo donde la compañía con los niveles más bajo de sustentabilidad o preocupación medioambiental gane.

Señala sobre los bienes jurídicos en cuestión que, con la gran variedad de bienes que se pretende proteger, parece inherente que entren en conflicto. Tomando de referencia, la normativa comunitaria apela al concepto de “concordancia práctica” con tal de aplicar un test de proporcionalidad en miras a lograr un balance entre varios bienes.⁶⁰⁷ Lo que sí es seguro,

⁶⁰⁴ Monti, Giorgio. «Four Options for a Greener Competition Law». *Journal of European Competition Law & Practice* 11, n.º 3-4 (7 de agosto de 2020): 124-32. <https://doi.org/10.1093/jeclap/lpaa007>.

⁶⁰⁵ Nowag, Julian. «Antitrust and Sustainability: An Introduction to an Ongoing Debate». *ProMarket* (blog), 23 de febrero de 2022. <https://www.promarket.org/2022/02/23/antitrust-sustainability-climate-change-debate-europe/>.

⁶⁰⁶ Ariel Ezrachi and Maurice Stucke, *Competition Overdose* (Harper Collins 2020) 3-120.

⁶⁰⁷ Nowag, Julian, 'The Environmental Integration Obligation of Article 11 TFEU', *Environmental Integration in Competition and Free-Movement Laws* (Oxford, 2016; online edn, Oxford Academic, 19 Jan. 2017), <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780198753803.003.0002>, accessed 12 Jan. 2024.

es que en ningún caso estaría permitido una exclusión de la sustentabilidad o siquiera las preocupaciones medioambientales en los casos de libre competencia.⁶⁰⁸

Por otra parte, en defensa de los acuerdos de sustentabilidad, describe los siguientes acuerdos que bajo su criterio tienen pocas posibilidades de restringir la competencia, por lo que, deberían ser eximidos de responsabilidad alguna por infracción a la prohibición de carteles: 1) acuerdo que no involucren obligaciones individuales predeterminadas para cada parte y acuerdos donde las partes tengan un flojo compromiso a un sector objetivo; 2) acuerdos que estipulen un rendimiento sustentable de un producto mientras que no afecte la producción o la diversidad de producto, afectando las decisiones de compra sólo marginalmente; 3) acuerdos necesarios para la creación de un nuevo o inexistente mercado; 4) acuerdos de estandarización sobre sustentabilidad bajo requerimientos específicos⁶⁰⁹. Todo esto con un debido control por parte de la autoridad de competencia respectiva.

Si bien la alternativa expuesta recién, está dentro de lo convencional, se contemplan otras ideas regulatorias tales como promover estos acuerdos, pero a través de una “plataforma”, es decir, un tercero que conecte a los proveedores con los consumidores, usualmente por una tarifa. La adopción de este modelo implica grandes recompensas que habilite la mejora en estándares y objetivos de sustentabilidad. Sin embargo, desde los riesgos queda inconcluso como esas restricciones y fijaciones de tarifas por parte de las plataformas deben ser tratados por la libre competencia, ya que, estas plataformas pueden usarse como agentes que fijen el precio y argumentos de quienes creen que esta relación estaría inmune del control de competencia.⁶¹⁰

Contextualizando la discusión en lo poco sustentables que son las sociedades y las consecuencias climáticas de sus efectos, Ristaniemi & Wasastjerna, visualizan la

⁶⁰⁸ Nowag, Julian, y Alexandra Teorell. «Beyond Balancing: Sustainability and Competition». SSRN Scholarly Paper. Rochester, NY, 28 de octubre de 2020. <https://papers.ssrn.com/abstract=4030470>.

⁶⁰⁹ Si bien esta última categoría es la menos específica de todas, tiene relevancia para las iniciativas en sustentabilidad pues permite mayor libertad en el proceso de acuerdo. Los acuerdos de estandarización son tratados de manera diferente que los acuerdos horizontales regulares y en general son considerados pro competitivos, y necesarios para la innovación y el desarrollo. Björn Lundqvist, *Standardization under EU competition rules and US antitrust laws: The Rise and Limits of SelfRegulation* (2014 Edward Elgar) 198.

⁶¹⁰ Pinar Akman ‘Online Platforms, Agency and Competition Law: Mind the Gap’ (2019) 43 *Fordham International Law Journal* 209; Nowag, Julian, y Alexandra Teorell. «Beyond Balancing: Sustainability and Competition». SSRN Scholarly Paper. Rochester, NY, 28 de octubre de 2020. <https://papers.ssrn.com/abstract=4030470>.

sustentabilidad en su perspectiva y potencial como un tópico frecuentemente mirado en menos. La libre competencia provee un instrumento único al cubrir el mecanismo completo de la economía de mercado, por lo que invita a preguntarse el propósito de esta y cómo puede ser más eficiente.

Bajo la premisa de una tensión entre la sustentabilidad y la libre competencia, siguiendo en la idea de un replanteamiento de los objetivos de la libre competencia para dilucidar pautas y mecanismos de colaboración, estos autores sostienen que se vincula específicamente con cuanto peso le asignamos al interés público y a objetivos fuera de la variante precio en un régimen que actualmente prefiere una aproximación más económica; en esta perspectiva, las reglas de competencia pueden ser percibidas como un obstáculo a la colaboración entre empresas que pretenden promover el desarrollo sustentable de cualquier forma. En este sentido, son críticos de que, a lo largo de los años, si bien los factores económicos se han hecho más fáciles de medir, en precio o cantidad producida, su aplicación ha sido desproporcionada en el derecho de la competencia.⁶¹¹

Califican la relación entre la libre competencia y la sustentabilidad como una “eco paradoja” que demuestra que la conducta de los consumidores es irracional y lleva a resultados en el mercado que no están determinados por un interés a largo plazo de los consumidores o su bienestar, sino a una situación de descuento hiperbólico -una tendencia a escoger un beneficio menor hoy sobre uno mayor a futuro- y de licencia moral -excusando una mala conducta en una situación por una buena en otra-, ambos siendo fallas de la política de competencia al momento de integrar criterios medioambientales y tomar acción frente al cambio climático.

Desde los bienes jurídicos en juego, esta tensión requiere repensar la noción precio-centrista del estándar de bienestar del consumidor añadiendo una cuantía de impacto ambiental respecto de los costos incurridos por externalidades e integrando los costos del cambio climático dentro de las decisiones de competencia, lo que implica aceptar una concepción pluralista del bien jurídico en la libre competencia, donde incluir objetivos de política pública como restricción para la competencia como beneficios medioambientales o sustentabilidad

⁶¹¹ M. Ristaniemi and M. Wasastjerna, Sustainability and competition: Unlocking the potential, in Sustainability and competition law, Concurrences no 4-2020, art. N° 97390, pp. 26–65, at p. 53.

es aceptable, incluso usando de puente otros bienes,⁶¹² tal como se usó por ejemplo en los casos *Exxon v. Shell* y *Philips v. Osram*.⁶¹³

3.2.1.2. GREEN ANTITRUST CRÍTICO: SCHINKEL, TREUREN & RÉGIBOU

Los primeros autores mencionados, si bien se inclinan favorablemente a una compatibilidad de la libre competencia y la sustentabilidad, desde un análisis moderado y crítico del “green antitrust policy” evalúan ciertos temas relevantes para entender el debate tales como: las excepciones a los acuerdos de sustentabilidad, la literatura económica relevante, el argumento de la desventaja del que se mueve primero y el control regulatorio.⁶¹⁴

La premisa básica de estos autores es que la tarea de las autoridades de competencia es proteger la competencia y que es la misma competencia la que entrega productos más sustentables, junto a otras propiedades deseables, mejor calidad de servicio, eficiencia en la producción, precios bajos, y un uso eficiente de recursos escasos.

Resumidamente, sobre lo primero, sobre los acuerdos horizontales sustentables (obviamente en un régimen de excepciones y evaluación según regla de la razón) es que consideran su admisibilidad siempre que genere beneficios sustentables medibles concreta y objetivamente, que los consumidores reciban una “justa ganancia” o “compensación” de estos beneficios en el sentido del impacto general sobre los productos de un determinado mercado relevante en promedio, que una restricción eventual de la competencia sea necesaria para introducir estos beneficios bajo un correcto análisis económico, y que el acuerdo no elimine toda la competencia del producto en cuestión manteniendo la competencia sobre el producto en cuestión manteniendo la competencia por precio, imagen de marca o desarrollo tecnológico.⁶¹⁵

⁶¹² Ibid.

⁶¹³ Supra nota 436 y 437.

⁶¹⁴ Schinkel, Maarten Pieter, y Leonard Treuren. «Green Antitrust: (More) Friendly Fire in the Fight against Climate Change». SSRN Scholarly Paper. Rochester, NY, 15 de diciembre de 2020. <https://doi.org/10.2139/ssrn.3749147>.

⁶¹⁵ Schinkel, Maarten Pieter, y Leonard Treuren. «Green Antitrust: (More) Friendly Fire in the Fight against Climate Change». SSRN Scholarly Paper. Rochester, NY, 15 de diciembre de 2020. <https://doi.org/10.2139/ssrn.3749147>.

Desde un punto de vista económico, la pregunta está en si es esperable que las empresas producirán más sustentablemente en un acuerdo anticompetitivo que en condiciones de competencia. El consenso actual es que la competencia aumenta las inversiones en sustentabilidad ya que rebaja costos y permite a las empresas resaltar frente a los consumidores, es decir, ser “verde” actúa como una dimensión de diferenciación del producto como una forma de responsabilidad social corporativa, la que puede actuar fuertemente como una ventaja competitiva, lo que a su vez, muestra el impacto positivo de la competencia sobre este régimen.⁶¹⁶

A mayor profundidad, sobre la pregunta de si, asumiendo que los consumidores están dispuestos a pagar extra por productos sustentables, los acuerdos horizontales pueden promover la responsabilidad social corporativa internalizando las consideraciones sustentables, la respuesta inmediata es que los carteles en la producción pueden promover la sustentabilidad incluso generando excedente del consumidor, mientras que la coordinación en esfuerzos sustentables induce los niveles más bajos de inversión en sustentabilidad y hacen peor a los consumidores que en un escenario colusorio, de esta respuesta teórica es que se releva por esta postura la importancia por la compensación a los consumidores como mecanismo para cumplir con el marco legal de prohibición de acuerdos o prácticas concertadas. En sí, para afirmar lo anterior, es que hay que diferenciar dependiendo de si: hay competencia completa; existe un grado de coordinación hacia la sustentabilidad, con competencia en variables esenciales de competencia de resultado (output); decisiones de no cooperar en sustentabilidad, con un cartel en la producción; y colusión en ambos escenarios.

El modelo de elección del producto sustentable, donde dos firmas producen bienes diferenciados en un costo marginal constante k , las funciones de demanda para dos bienes se derivan de las preferencias de un consumidor promedio, cuya función de utilidad es cuadrática, y dada por:

⁶¹⁶ Bansal, P. and Roth, K. (2000). Why companies go green: A model of ecological responsiveness. *Academy of Management Journal*, 43(4):717–736; Roulet, T. and Bothello, J. (2020). Why “de-growth” shouldn’t scare businesses. *Harvard Business Review*, 14; Fernández-Kranz, D. and Santaló, J. (2010). When necessity becomes a virtue: The effect of product market competition on corporate social responsibility. *Journal of Economics & Management Strategy*, 19(2):453–487; Flammer, C. (2015). Does product market competition foster corporate social responsibility? Evidence from trade liberalization. *Strategic Management Journal*, 36(10):1469–1485.

$$u(q_1, q_2, v_1, v_2) = (a + v_1)q_1 + (a + v_2)q_2 - \frac{q_1^2 + q_2^2 + 2\gamma q_1 q_2}{2} + m,$$

Donde q_1 y q_2 son la cuantificación de los dos bienes, v_1 y v_2 son las medidas del nivel de “sustentabilidad” de ambos bienes, m es el ingreso gastado en los otros bienes, $a > 0$ es un parámetro de utilidad, y $\gamma \in (0, 1)$ es una medida del grado de diferenciación del producto, con un valor más bajo de γ representando un mayor grado de diferenciación. Esto significa que un mayor grado de sustentabilidad, por ejemplo, más altos valores de v_1 y v_2 , pueden representar niveles bajos de emisiones de CO_2 , más uso de energía renovable, bienestar animal en granjas, o mejores condiciones de producción para trabajadores. Lo que captura la función de utilidad es la idea de que los consumidores se preocupan por el consumo sustentable y tienen mayor disposición a pagar cuando los productos son más sustentables.⁶¹⁷

Por otro lado, la interacción entre dos empresas opera en dos etapas, una donde las empresas eligen el nivel de sustentabilidad de sus productos, v_1 y v_2 , junto a los costos asociados de la inversión en sustentabilidad como $\frac{rv_1^2}{2}$ y $\frac{rv_2^2}{2}$, donde $r \geq 1$; y la otra donde las firmas se observan v_1 y v_2 simultáneamente escogiendo sus niveles de producción del producto, q_1 y q_2 . Así las funciones de utilidad de las dos empresas están dadas por:

$$\pi_1(q_1, q_2, v_1, v_2) = (a + v_1 - q_1 - \gamma q_2)q_1 - kq_1 - \frac{rv_1^2}{2},$$

y

$$\pi_2(q_1, q_2, v_1, v_2) = (a + v_2 - q_2 - \gamma q_1)q_2 - kq_2 - \frac{rv_2^2}{2}.$$

Tras la resolución de las funciones en los cuatro escenarios presentados anteriormente, la conclusión a la que se llegó es que, comparando los niveles de sustentabilidad entre los cuatro regímenes, el más alto nivel de sustentabilidad ocurría en un cartel de la producción, seguido por el de competencia en ambas partes, y este seguido por el de una colusión completa. La

⁶¹⁷ Schinkel, Maarten Pieter, y Yossi Spiegel. «Can Collusion Promote Sustainable Consumption and Production?» SSRN Scholarly Paper. Rochester, NY, 1 de febrero de 2016. <https://doi.org/10.2139/ssrn.2704259>.

sustentabilidad en el nivel más bajo ocurre cuando las empresas coordinan sus elecciones de sustentabilidad en el primer nivel, pero compiten en el segundo. Puede sonar polémico para el derecho de la competencia, pero el cartel en la producción beneficia a los consumidores ya que induce (bajo ciertas condiciones) a las empresas a expandir sus niveles de producción sobre el nivel que producen en un escenario de competencia, lo que se da por dos efectos que operan opuestamente: el impulso de las inversiones en sustentabilidad, que genera un alza de la demanda por productos e induce a expandir la producción, beneficiando a los consumidores; y mantener inversiones en sustentabilidad constantes, hace que las empresas corten producción en el cartel de producción, perjudicando a los consumidores. El primer efecto positivo es particularmente extendido cuando r es pequeño, porque a medida que r aumenta, la inversión es más costosa por lo que una empresa invertirá menos pese a que esté coludida o no; pero a su vez este efecto también se extiende cuando γ aumenta sobre 1 porque ahí, dos productos son sustitutos más cercanos, significando que en la abstención de colusión, se intensifica la competencia. Como resultado, las firmas compiten fuera del beneficio marginal de la inversión. Pero en el caso de un cartel de producción, pueden conservar el beneficio marginal de la inversión y por consiguiente tienen un fuerte incentivo a invertir. Sobre el segundo efecto negativo, también se extiende cuando γ aumenta hacia 1 (la colusión lleva a una menor producción mientras que en competencia bajo la ausencia de colusión se vuelve intensa), predomina el primer efecto, entonces las firmas producen más bajo un cartel de la producción al r ser pequeña y γ suficientemente cercana a 1. ⁶¹⁸

El argumento de la “desventaja del que se mueve primero” no se sustenta ya que asume que consumidores (potenciales) no tienen disposición a pagar por productos sustentables, que simplemente aprovechan de ser free-riders del consumo sustentable de otros, o que las empresas les será difícil tener credibilidad sobre si sus productos son sustentables, lo que no tiene por qué ser así ya que en la práctica está demostrado que los consumidores tienen disposición a pagar hacia productos sustentables lo que es suficientemente bueno para hacer

⁶¹⁸ Schinkel, Maarten Pieter, y Yossi Spiegel. «Can Collusion Promote Sustainable Consumption and Production?» SSRN Scholarly Paper. Rochester, NY, 1 de febrero de 2016. <https://doi.org/10.2139/ssrn.2704259>.

inversiones unilaterales en sustentabilidad rentables, por ende, “la desventaja” es más un caso especial que la regla general.⁶¹⁹

Con todo lo anterior en cuenta, el llamado de las autoridades de competencia es que sean desconfiados de los esfuerzos verdes coordinados corporativos, monitoreando especialmente la dimensión de la compensación o justa ganancia a los consumidores como condición a cumplir. Es un desafío para la verificación de esta condición acortar las asimetrías de información entre las autoridades de competencia y las empresas, pues es indispensable y se requiere mayor cantidad de recursos para recopilar las preferencias de la mayor cantidad de consumidores, no sólo de bienes privados, sino también de bienes públicos y sus preocupaciones medioambientales por ejemplo sobre aire limpio, polución y biodiversidad.⁶²⁰

Desde la regulación, tradicionalmente los daños de las interacciones de mercado se entienden como externalidades, cuya solución está en forzar a los participantes del mercado a que internalicen aquellas externalidades. Así, altos precios bajan la demanda y el daño medioambiental causado en términos de producción, mientras que altos costos incentivan a las empresas a buscar métodos de producción más sustentables. Bajo esta lógica, es obvio que las fuerzas del mercado están diseñadas para favorecer la sustentabilidad. Ahora, las agencias gubernamentales tienen la tarea de que los costos sociales de producción se reflejen en los costos privados de los manufactureros, es decir, que se internalicen estas externalidades, lo que cobra especial relevancia tratándose de fuentes de contaminación, donde los gobiernos pueden usar regulación directa para fomentar una producción sustentable. En este orden de ideas, sería una falla tanto del mercado como regulatoria que existiera una producción poco sustentable.

Críticamente, el razonamiento anterior conlleva el riesgo de exacerbar fallas regulatorias, donde los reguladores no consigan llegar al estándar que se les mandata en miras a garantizar el interés público involucrado en conseguir una producción más sustentable, lo que en el peor

⁶¹⁹ Schinkel, Maarten Pieter, y Leonard Treuren. «Green Antitrust: (More) Friendly Fire in the Fight against Climate Change». SSRN Scholarly Paper. Rochester, NY, 15 de diciembre de 2020. <https://doi.org/10.2139/ssrn.3749147> P. 12.

⁶²⁰ Schinkel, M. P. and Tóth, L. (2019). Compensatory public good provision by a private cartel. Tinbergen Institute Discussion Paper 2019-086/VII.

de los escenarios puede llevar a un camino donde hacia el escrutinio público se les acuse a las autoridades de competencia de impedir iniciativas sustentables.

Ahora, sobre los bienes jurídicos involucrados y el estándar ocupado, se sostiene que el estándar de bienestar del consumidor en realidad debilita a las autoridades de competencia y a las empresas en miras a la sustentabilidad. El escenario ideal debiese medir los beneficios sustentables, no sólo respecto de los consumidores afectados, sino que consumidores en general, a través de “*out-of-market-efficiencies*” (eficiencias fuera del mercado) o “beneficios externalizados”⁶²¹. Desde esta óptica, el estándar adecuado a usar está en uno de bienestar general, social o de los ciudadanos, ya que la consecuencia de la contaminación o daño ambiental sobre la demanda de productos esencialmente crea un problema para el que la sociedad necesita buscar una solución, teniendo que operar el principio de “*the polluter pays*” (“quién contamina, paga”). Este estándar de bienestar general implica que las agencias de competencia hacen una decisión política en la redistribución estos riesgos, haciendo juicios de valor en cada caso sobre los daños a los consumidores que se consideran aceptables a cambio de lograr beneficios para quienes no fueron consumidores directos.⁶²² Económicamente la definición del bienestar social estaría en la suma del excedente del consumidor y las utilidades obtenidas del nivel de producción y de sustentabilidad en la maximización del bienestar social.⁶²³

Schinkel, en otra instancia junto a Régibou, sostuvo enfáticamente que “lo mejor que podemos hacer para alcanzar metas de sustentabilidad es mantener y aumentar la competencia en los mercados”. Así, este último, defiende la postura de que existiría una mayor disposición de los consumidores a adquirir productos sustentables si un agente económico invierte más en implementar procesos productivos más amigables con el medioambiente, pues las características relacionadas a la sustentabilidad se convierten en

⁶²¹ Lambertini, L. and Mantovani, A. (2008). Collusion helps abate environmental externalities: A dynamic approach. IFAC Proceedings Volumes, 41(2):4270–4273.

⁶²² Schinkel, Maarten Pieter, y Leonard Treuren. «Green Antitrust: (More) Friendly Fire in the Fight against Climate Change». SSRN Scholarly Paper. Rochester, NY, 15 de diciembre de 2020. <https://doi.org/10.2139/ssrn.3749147>. P. 16.

⁶²³ Schinkel, Maarten Pieter, y Yossi Spiegel. «Can Collusion Promote Sustainable Consumption and Production?» SSRN Scholarly Paper. Rochester, NY, 1 de febrero de 2016. <https://doi.org/10.2139/ssrn.2704259>. Pp. 22 – 23.

ventajas competitivas que diferencian a esos bienes y servicios en un mercado determinado, formándose un círculo virtuoso hacia más y mejor “innovación verde”.⁶²⁴

3.2.2. POSICIÓN INTERMEDIA: LOS TECNÓCRATAS

Pepperkorn, como intérprete de este acercamiento, si bien comparte el diagnóstico hecho por el caso expuesto por el “*green antitrust*”, es decir, una crisis climática que representa el problema más grande de nuestros tiempos que afecta transversalmente a todas las personas independiente de su sector en la sociedad y que la libre competencia tiene un rol que jugar, este se diferencia en que no cree necesaria una reforma mayúscula a las lógicas bajo las cuales ha estado operando el derecho antitrust y que con el marco normativo actual es posible igualmente realizar una contribución. En este sentido, descarta desde una visión de dos modelos -uno clásico y otro flexible, adoptando el flexible como la válvula de entrada para la sustentabilidad en el derecho de la competencia- cualquier conflicto inherente entre sustentabilidad y competencia, y que no hay evidencia de un defecto fundamental en la normativa de libre competencia.⁶²⁵

En este sentido, antes de entrar a cualquier consideración sobre si aplicar o no el derecho de la competencia para consideraciones sobre sustentabilidad, es necesario delimitar una división de tareas que nos haga entender cuándo aplicar la libre competencia y cuándo es preferible hacerse cargo de dicha problemática a través de la regulación sectorial. Desde lo que se llama “*la prueba del umbral*”, se aplica regulación exclusivamente cuando existen preocupaciones por la sustentabilidad por si solas, es decir, que no significan temas relevantes o riesgos a la competencia, y aplica la libre competencia -también pudiendo concurrir regulación especial- al existir preocupaciones relevantes para la competencia sobre sustentabilidad.⁶²⁶ Mostrando dicho paradigma el siguiente gráfico ahonda en diferentes escenarios que explican cuándo es preferible abordar temáticas de sustentabilidad mediante regulación o libre competencia:

⁶²⁴ «Sustentabilidad y Competencia: Día de la Competencia OCDE 2021 | CeCo», 3 de marzo de 2021. <https://centrocompetencia.com/sustentabilidad-y-competencia-dia-de-la-competencia-ocde-2021/>.

⁶²⁵ Peepkorn, L. (2020). Competition and sustainability: What can competition policy do? *Concurrences*, 4.

⁶²⁶ Elias Deutscher, Stavros Makris, Sustainability concerns in EU merger control: from output-maximising to polycentric innovation competition, *Journal of Antitrust Enforcement*, Volume 11, Issue 3, November 2023, Pages 350–399, <https://doi.org/10.1093/jaenfo/jnac019> P. 360.

Escenarios	¿Debería aplicar regulación sectorial?	¿Debería aplicar derecho de la competencia?
<p>(A) Un efecto negativo en sustentabilidad ocurre cuando agentes no tienen incentivo para:</p> <p>i) evitar daños en sustentabilidad por la ausencia de legislación relevante (que no internaliza externalidades negativas) o</p> <p>ii) producir en sustentabilidad porque no pueden apropiarse de dichas ganancias por la ausencia de legislación relevante (que no internaliza una externalidad positiva).</p>	<p>Sí, el rol de la regulación (impuestos o subsidios) aquí es para hacerse cargo de una falla de mercado.</p>	<p>No, este no es un problema de competencia ya que los efectos en sustentabilidad no se relacionan al poder de mercado o a una restricción en la competencia.</p>
<p>(B) Un efecto negativo en sustentabilidad no respeta los requerimientos mínimos fijados por la regulación y ocurre por poder de mercado o una restricción a la competencia.</p>	<p>Sí, existe una infracción a una disposición específica de la regulación.</p>	<p>Sí, existe un problema de competencia.</p>
<p>(C) Un efecto negativo en sustentabilidad respeta los requerimientos mínimos fijados por la regulación y ocurren por poder de</p>	<p>No, la conducta no vulnera las regulaciones existentes.</p>	<p>Sí, existe un problema de competencia.</p>

mercado o una restricción a la competencia.		
---	--	--

Fuente: Sustainability concerns in EU merger control, The division of labour between sector-specific regulation and competition law.⁶²⁷

Ubicándonos dentro del ámbito de aplicación del derecho de la competencia, es decir, B o C, su compatibilidad por si sola con la sustentabilidad se sostiene ya que, en términos generales, ha sido demostrado por variada literatura económica, que la competencia tiende a crear mayores incentivos a innovar. Una forma que está bajo presión competitiva será menos complaciente y tendrá mayor tajada del mercado si innova, y al final del día la diferencia entre las ganancias pre-innovación y post-innovación demostrarán que a largo plazo la competencia funciona.⁶²⁸ Evidencia empírica comprueba esta relación proporcional entre competencia e innovación, pues en general la competencia en mercados abiertos proporciona mejores incentivos a innovar, mientras que monopolios y altas concentraciones de mercado tienden a limitar y retrasar la innovación. Existe una relación de una U invertida entre concentración y la razón de una industria con I+D a una con solo ventas, donde la más alta proporción de I+D/ventas ocurre en un supuesto de cuatro grandes compañías en una industria que contando tienen entre un 50% y 60% del total de ventas de la industria. Es entonces en mercados relativamente poco concentrados que el gasto en I+D es mayor, pues si las cuatro grandes firmas en un mercado colectivamente tienen no más de la mitad del mercado, esto quiere decir que hay al menos ocho o más competidores en el mercado, lo que implica una ausencia de poder significativo de mercado y la presencia de una competencia efectiva.⁶²⁹⁶³⁰

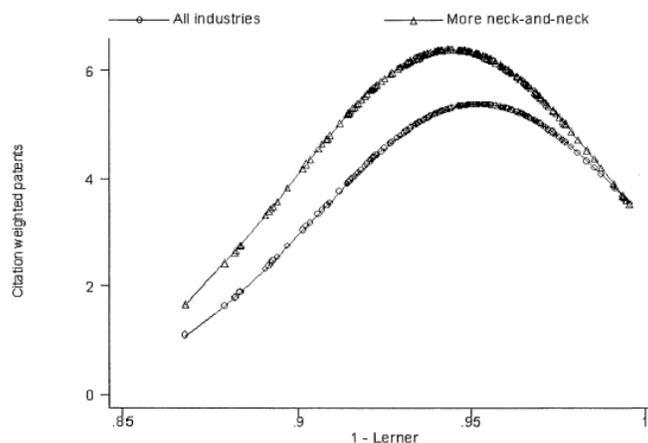
⁶²⁷ Ibid. P. 361.

⁶²⁸ Peeperkorn, L. (2020). Competition and sustainability: What can competition policy do? *Concurrences*, 4.

⁶²⁹ Ibid.

P. Aghion, N. Bloom, R. Blundell, R. Griffith & P. Howitt, Competition and Innovation: An Inverted U Relationship, The Institute for Fiscal Studies, WP02/04, February 2002; S. Martin, Competition Policy for High Technology Industries, *Journal of Industry, Competition and Trade*, Vol. 1, Issue 4, 2001, pp. 441–465. En estudios recientes sobre incentivos en la industria de los discos duros se indica que en ese sector el incentivo a innovar crece con el número de competidores en la industria, pero que este efecto positivo es gradualmente menor cuando más de cuatro o cinco firmas compiten, pero, sin embargo, el incentivo a innovar decrece otra vez a altos números de competidores. En otras palabras, en vez de una U invertida, es más como una meseta una vez el mercado se hace menos concentrado. Ver M. Igami & K. Uetake, Mergers, Innovation, and Entry–Exit Dynamics: Consolidation of the Hard Disk Drive Industry, 1996–2016, *The Review of Economic Studies*, <https://doi.org/10.1093/restud/rdz044>.

⁶³⁰ Peeperkorn, L. (2020). Competition and sustainability: What can competition policy do? *Concurrences*, 4.



Fuente: Pepperkorn, Competition and Sustainability.

En este sentido, dada la relevancia que cobra la competencia en lograr sustentabilidad, a su vez, el enfoque en la participación parece importante para el análisis del funcionamiento del mercado. La participación de mercado dentro de la libertad económica es parte de los cimientos de la competencia. En la ausencia de la posibilidad de los agentes económicos de competir en sus méritos y desafiar a los líderes del mercado, existen distorsiones a la competencia. Este elemento de la competencia no es sólo económico como se ejemplificó anteriormente, sino que también alude a la necesidad de participación democrática como forma de legitimar el actuar de la autoridad de competencia a través de procesos de consulta pública (con tal de recoger las visiones de los interesados o el público en general) o encuestas a los consumidores sobre su disposición a pagar mayores precios por ciertas medidas ambientales sobre un producto.⁶³¹

Una competencia que además admite nuevos objetivos, para considerar las demandas y urgencias climáticas, puede usar y ha usado anteriormente un mismo marco normativo para considerar estas temáticas, por ende, reconocer la crisis climática no significa necesariamente que debe tratarse de integrar a la sustentabilidad como un bien jurídico especial o extra en la libre competencia. Intentar una evaluación de acuerdos y conductas en consideración de diversos bienes jurídicos equilibrando sus efectos a través de múltiples grupos y mercados o para la sociedad haría la aplicación del derecho de la libre competencia mucho más complejo,

⁶³¹ Uffer, M. (2023). "Chapter 9 Competition Law: Sustainability Through Competition and Participation". In *Sustainability through Participation?*. Leiden, The Netherlands: Brill | Nijhoff. https://doi.org/10.1163/9789004509382_011

costoso, lento y menos certero. Finalmente, la política de competencia haría una contribución efectiva frente a los ODS enfocándose en su función primaria de proteger la competencia en cada mercado promoviendo la eficiencia y la innovación. Tampoco significa que esta se deba restar de las políticas climáticas, sino que, frente a medidas de emisiones de gases de invernadero, polución en el océano, pérdida de biodiversidad, entre varias, la competencia juega un rol complementario.⁶³²

Además, esta postura intermedia, sostiene que pese a que un marco legal no esté en condiciones de incorporar sustantivamente el desarrollo sustentable como bien jurídico en la libre competencia, que merezca un trato diferente y más importante en su aplicación a casos individuales, esto no es un problema en la consecución de una competencia más verde pues: primero, se ha reconocido a través de otros bienes jurídicos en la jurisprudencia la licitud de ciertos acuerdos de sustentabilidad; segundo, proteger a la competencia significa proteger la sustentabilidad según lo visto más arriba y porque la competencia empuja a las firmas a usar sus escasos recursos eficientemente y escuchar las tendencias de los consumidores en miras a sus demandas de mayor sustentabilidad; y tercero, que aún en el caso de que la competencia no logre los resultados esperados, optar por una regulación ad-hoc es una mejor decisión de política pública.⁶³³

Entonces, usando los bienes jurídicos económicos disponibles es que, idealmente a través del estándar de bienestar del consumidor que incluye preocupación por precios bajos, mejor calidad, innovación y elección del consumidor, sería pertinente incluir el impacto ambiental de manera que cuenta el costo social y las externalidades negativas que devienen de la producción. En términos de sustentabilidad medioambiental, es incluir la cuantificación del costo medioambiental de una determinada medida dentro del análisis competitivo y si esta reduce o aumenta la competencia, o puede reducir o aumentar la carga medioambiental de una decisión de compra en los consumidores.⁶³⁴

⁶³² Peepkorn, L. (2020). Competition and sustainability: What can competition policy do? *Concurrences*, p. 55.

⁶³³ Peepkorn, L. (2020). Competition and sustainability: What can competition policy do? *Concurrences*, 4.

⁶³⁴ Dolmans, Maurits, Sustainable Competition Policy (March 22, 2020). *Competition Law and Policy Debate CLPD*, Vol 5, Issue 4 and Vol 6 issue 1 March 2020, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3608023> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3608023> p. 9 – 11.

Siguiendo esta misma línea de razonamiento Malinauskaite y Erdem, sostienen que todos los tipos de leyes y políticas públicas junto a los actores privados deberían contribuir en la emergencia climática y que no hay razón para que la legislación de competencia esté eximida de esto. Si bien se inclinan por una aproximación más maximalista, admiten que la libre competencia tampoco es la respuesta directa al cambio climático, pero reconocen que herramientas regulatorias (instrumentos de *command & control*, impuestos verdes, subsidios verdes, trading de emisiones y otras iniciativas voluntarias) han despertado la atención en materia de competencia. La política de competencia es por naturaleza adaptable y capaz de reaccionar a diferentes crisis como lo ha demostrado su evolución histórica, por lo tanto, persigue diferentes objetivos tanto de interés público como de eficiencia económica, y que compatibilizar esto requiere una interpretación pragmática de la ley en el entendimiento de Posner, es decir, adoptando una filosofía pragmática contra conceptos de verdad o realidad, usar proposiciones que resulten demostrables, y la existencia de diseños legales basados en las necesidades humanas pese a una noción estricta de lo objetivo.⁶³⁵ Bajo esta lógica, y dentro de esta línea doctrinaria, parece preferible remover o restringir la noción de “lo público” o los criterios no-económicos en base a que complejiza el balance de justificaciones económicas basadas en eficiencias versus la existencia de criterios de interés público, entrar en un concepto nebuloso como puede ser uno de interés público puede llevar a resultados que son menos deseables desde una visión de competencia por la poca predictibilidad en la aplicación de un estándar, por lo que es más conveniente realizar el análisis de competencia desde conceptos estables con lo que se gana flexibilidad en la aplicación del green antitrust para una evaluación en base al caso concreto y sus hechos.⁶³⁶

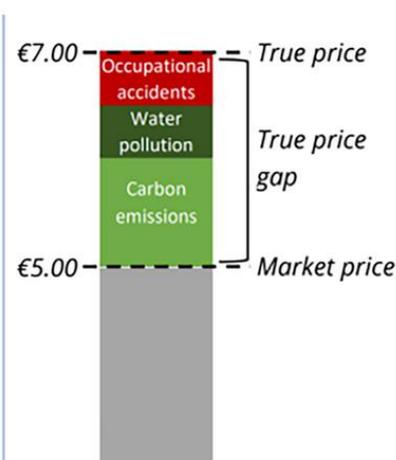
Estas teóricas acogen criterios económicos que ofrecen fórmulas alternativas de disposición a pagar de los consumidores donde los beneficios ambientales son considerados como beneficios invaluable en el interés de los consumidores si están dispuestos a pagar más por sustentabilidad; así también que la sustentabilidad debería ser aceptada como un elemento de

⁶³⁵ Malinauskaite, Jurgita, y Fatih Buğra Erdem. «Competition Law and Sustainability in the EU: Modelling the Perspectives of National Competition Authorities». *JCMS: Journal of Common Market Studies* 61, n.º 5 (2023): 1211-34. <https://doi.org/10.1111/jcms.13458>.

⁶³⁶ Tanwar, Jignesh. “Rethinking Green Antitrust: The Double-Edged Opportunities and Barriers in Pursuit of a Circular Australian Economy”, *UNSW Law Journal Forum*, [2023], N°8. Pp. 15 – 17. Acceded 21 de febrero de 2024. https://www.unswlawjournal.unsw.edu.au/forum_article/rethinking-green-antitrust-the-double-edged-opportunities-and-barriers-in-pursuit-of-a-circular-australian-economy.

calidad porque los consumidores probablemente elegirían un producto más sustentable si es ofrecido al mismo precio que otros productos sustitutos. Sin embargo, reconocen que el problema de las externalidades no está internalizado en el proceso económico, pues debido a estos factores climáticos (por ejemplo, explotación del trabajo, contaminación ambiental, cataclismos) el precio del producto no refleja sus costos verdaderos. La diferencia entre el precio verdadero y el de mercado, conocida como “*true price gap*”, conlleva a un estancamiento en miras a lograr los objetivos propuestos en materia de sustentabilidad, lo que significa que ni las empresas ni los consumidores puedan compensar este precio extra.⁶³⁷

Price Externalities and the True Price of a Product⁶³⁸



Fuente: True Price.⁶³⁸

Dado este problema, con tal de recuperar el real costo de producción, el “*True Price Gap*” deberá ser definido caso a caso pues aplazar este costo puede devenir en repercusiones que pueden perjudicar a las futuras generaciones. En el contexto de la libre competencia, Cerpeckis propone diferentes métodos para cuantificar los beneficios o eficiencias en sustentabilidad fundados en información generacional (por ejemplo, preguntando a los consumidores su disposición a pagar por mejoras en sustentabilidad u obtener la disposición a pagar individual por mejoras de sustentabilidad pero provenientes de la conducta propia) o ya existente (por ejemplo sobre transferencias de beneficios en otros estudios, o evaluación

⁶³⁷ Malinauskaite, Jurgita, y Fatih Buğra Erdem. «Competition Law and Sustainability in the EU: Modelling the Perspectives of National Competition Authorities». *JCMS: Journal of Common Market Studies* 61, n.º 5 (2023): 1211-34. <https://doi.org/10.1111/jcms.13458>.

⁶³⁸ True Price. (2019) ‘A Roadmap for True Pricing’. <https://trueprice.org/vision-paper-a-roadmap-for-true-pricing>

derivada de estimaciones de políticas públicas sobre precio en CO²). Finalmente, el precio debería ser determinado considerando todas las externalidades sobre el producto durante su vida útil, incluidos los costos por uso, desecho, almacenamiento y medioambientales; la idea es que las empresas en vez de explotar las externalidades para dañar al medioambiente compitan en cómo reducir e internalizar estas.⁶³⁹

Siguiendo esta mirada económica, Kar y Padilla coinciden con lo expuesto con Schinkel en el subcapítulo precedente, sin embargo, recuerdan la importancia de contar con un espectro de posibles soluciones ante posibles fallas de mercado, tales como los sesgos de comportamiento de los consumidores. En este sentido, argumentaron que, si el consumidor no está informado o no entiende las mejoras ambientales de un producto, éste no tendrá ningún incentivo para pagar más por éste, y si no existe disposición a pagar tampoco está el incentivo a mayor inversión. Es precisamente aquí donde viene el análisis del *trade-off* entre restricción a la competencia y eficiencia, pues es atractiva la opción de acuerdos entre privados para alcanzar estos objetivos verdes (bajo sistemas que contemplen excepciones a la conducta de acuerdo, como la europea), pero significa un desafío acreditar eficiencias (probatoriamente) y, ex post, el cálculo de estas en el mercado (“*in-the-market efficiencies*”) y las eficiencias fuera del mercado (“*out-of-the-market efficiencies*”) como la reducción de emisiones de CO² que benefician a toda la sociedad.⁶⁴⁰

En concreto desde una mirada normativa *lege lata*, aterrizando lo comentado inicialmente en las diferentes áreas de la disciplina, usando la legislación vigente, es que se proyecta una serie de opciones mediante las que la libre competencia puede contribuir a la sustentabilidad. Primero, es hacer lo que ya se hace, seguir con la persecución de carteles y conductas abusivas exclusorias o explotativas de empresas dominantes vigorosamente, en particular sobre casos donde una conducta anticompetitiva cause un daño significativo al medioambiente. Segundo, descartar el uso de un régimen de excepción que haga inaplicable

⁶³⁹ Malinauskaite, Jurgita, y Fatih Buğra Erdem. «Competition Law and Sustainability in the EU: Modelling the Perspectives of National Competition Authorities». *JCMS: Journal of Common Market Studies* 61, n.º 5 (2023): 1211-34. <https://doi.org/10.1111/jcms.13458>. Op. Cit. Cerpeckis, M. (2021) ‘How Economics Contributes to Quantifying Sustainability in Competition Assessments’ (Conference Competition Law and Policy CEE, 15 June 2021); Dolmans, M. (2020) ‘Sustainable Competition Policy’. *CLDP Competition Law and Policy Debate*, Vol. 5, No. 4, pp. 1–5.

⁶⁴⁰ «Sustentabilidad y Competencia: Día de la Competencia OCDE 2021 | CeCo», 3 de marzo de 2021. <https://centrocompetencia.com/sustentabilidad-y-competencia-dia-de-la-competencia-ocde-2021/>.

las sanciones a conductas coordinadas o de dominancia pero que sirven a los objetivos sustentables, ya que esta opción conlleva el riesgo de que las empresas incurran en *greenwashing* o daños indirectos al medioambiente como consecuencia de la reducción de competencia y aumento de la concentración de un mercado. Tercero, definir un rango amplio de beneficios medioambientales dentro del bienestar del consumidor como “eficiencias” o “ineficiencias” para casos cuyo análisis requiera el uso de regla de la razón, y a su vez - difiriendo de la postura a favor- prescindir de una compensación a los consumidores en casos donde estos hayan sido parte o contribuyan significativamente a las externalidades negativas que un acuerdo en sustentabilidad pretende internalizar; y especialmente en materia de fusiones, fortalecer la competencia ya que una reducción en la cantidad de competidores repercute en la competencia por calidad, elección de producto e innovación, pues daña la eficiencia económica e indirectamente al medioambiente, y viceversa en el supuesto contrario. Cuarto, resolver la tensión entre sustentabilidad y competencia desistiendo de la persecución de ciertos casos o archivando ciertas investigaciones por parte del órgano persecutor, lo que resulta razonable si la autoridad de competencia tiene la convicción de que existen beneficios en sustentabilidad objetivos y cuantificables con un mayor peso que cualquier daño a la competencia al punto de que haga dicha restricción a la competencia parecer (en contraste) “inapreciable”.⁶⁴¹

Aterrizando estos ideales en la aplicación práctica del derecho de la competencia, surgen como posibles soluciones genéricas tipo *lege ferenda* que creen mayor comunicación entre la ley y la sustentabilidad: 1) Una aproximación integrada, donde la sustentabilidad se reduzca a una consideración monetaria del análisis económico; 2) Clarificar la aplicación de la ley a través de instrumentos normativos de *soft-law* por parte de las autoridades de competencia con tal de conocer sus visiones sobre el rol de la sustentabilidad en el enforcement de la libre competencia; 3) Reinterpretar la omnipresencia del análisis económico en la libre competencia, atenuando la consideración por bienes jurídicos

⁶⁴¹ Uffer, M. (2023). "Chapter 9 Competition Law: Sustainability Through Competition and Participation". In *Sustainability through Participation?*. Leiden, The Netherlands: Brill | Nijhoff. https://doi.org/10.1163/9789004509382_011

puramente económicos permitiendo a las autoridades incluir factores no-económicos públicos de sustentabilidad social y ambiental dentro de estos criterios económicos.⁶⁴²

En específico sobre las figuras clásicas de la libre competencia, siempre partiendo del bienestar del consumidor:

Para acuerdos horizontales, que según guías emitidas por la autoridad de competencia se fomenten no sólo el ajuste ambiental de estándares y la supervisión de acuerdos según sus objetivos por parte de la autoridad, sino que además la elaboración de un catálogo de otras formas de acuerdos sustentables y su concordancia a la legislación respectiva, donde los productores individuales estén dispuestos a invertir en producción verde entregando certeza jurídica frente a un control de competencia.⁶⁴³

En materia de operaciones de concentración, evaluar si una concentración puede aumentar el costo ambiental que los consumidores paguen, pese a que no se refleje explícitamente en el precio de mercado monetariamente o en calidad; además de evaluar el mérito de la fusión calificando como restricciones significativas a la competencia la adquisición de firmas con facilidades de producción limpias, una fusión que se espere que aumente las emisiones de carbono considerablemente, o permitir operaciones que bajen niveles de contaminación o reduzcan el costo medioambiental hacia la sociedad por unidad producida con tal de que el precio neto baje, incluso si aumenta los precios de mercado a corto plazo en términos monetarios.⁶⁴⁴

3.3.3. POSICIÓN EN CONTRA: DETRACTORES

Desde una mirada clásica de competencia perfecta, esta posición postula que la libre competencia se debe preocupar de la libre competencia, es decir, no se necesita forzar la inducción de criterios sustentables en su análisis. Esencialmente, los competidores no necesitan cooperar en materias de sustentabilidad porque los consumidores estarían

⁶⁴² Piscitelli, G. (2018/19), “The Sustainability Dilemma in Competition Law”, Vol. 8/1, <https://ecdpm.org/great-insights/civil-society-business-same-direction/sustainabilitydilemma-competition-law/>.

⁶⁴³ Dolmans, Maurits, Sustainable Competition Policy (March 22, 2020). Competition Law and Policy Debate CLPD, Vol 5, Issue 4 and Vol 6 issue 1 March 2020, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3608023> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3608023> p. 15 – 16.

⁶⁴⁴ Ibid, pp. 12 – 13.

dispuestos a pagar más por productos más verdes y sustentables lo que, a la vez, genera los incentivos para que las empresas inviertan en procesos de producción más verdes. La competencia se fortalecería pues algunos factores de la competencia radican en calidad, innovación y reputación que justamente dependen de procesos más sustentables y productos más verdes, por lo tanto, habrá un equilibrio de precios en función de la estructura de costos resultante.⁶⁴⁵

La premisa principal de esta postura, representada por Veljanovski y Bejček, es que el caso expuesto por el movimiento del “Green Antitrust” es abstracto y carece de evidencia. La ley no es el problema sobre posibles bloqueos de acuerdos de cooperación de producción sustentable, ya que existe un lobby por parte de las firmas en miras a conseguir excepciones fundadas en acuerdos verdes, a tal punto que esto es conveniente para esas empresas y partes interesadas pues significa el relajo del antitrust.⁶⁴⁶ El *Policy Brief* de la Comisión Europea reporta sobre sus consultas por una política de competencia más verde que “los stakeholders parecen tener dificultades proveyendo ejemplos en la vida real de iniciativas en sustentabilidad que sean obstaculizadas por el riesgo potencial de la aplicación de la normativa de competencia”.⁶⁴⁷ Es probable que este lobby tenga razones más enfocadas en prácticas de *greenwashing* por parte de las empresas que de un interés genuino por innovar en miras a un desarrollo sostenible.⁶⁴⁸

El derecho antitrust no fue creado -y tampoco debería ser usado- como una herramienta todo propósito para enfrentar los problemas de la sociedad moderna, así ampliar sus objetivos inherentes puede ser tentador, pero a largo plazo tiende a dañar su capacidad de *enforcement* incluso siquiera beneficiando a quienes propusieron esos nuevos bienes. Existe un peligro en olvidar el propósito original de la libre competencia como herramienta para remover problemas estructurales en el poder de mercado y proveer una defensa contra las distorsiones conductuales de la competencia; la libre competencia debe proteger no sólo el bienestar del consumidor y la eficiencia en los mercados (como sea que los definan), sino que también el

⁶⁴⁵ Vanessa Facuse; Nicole Nehme; Maikol Cerda y Guillermo García. Conversatorio “Sustentabilidad en la Libre Competencia”. Congreso de Derecho y Economía, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2022.

⁶⁴⁶ Veljanovski, Cento. (2021) «The Case against Green Antitrust». SSRN Scholarly Paper. Rochester, NY, pp. 2 – 3.

⁶⁴⁷ European Commission, Competition Policy in Support of Europe’s Green Ambition, September 2021.

⁶⁴⁸ Veljanovski, Cento. (2021) *Op Cit.*, p. 4.

proceso competitivo, independiente de cuán difícil sea operarlo o medirlo. El autor llega a tal punto de señalar que la libre competencia está en riesgo de erosionarse bajo la tentación de ir en diferentes direcciones perdiendo coherencia y sobre todo su funcionalidad, al mismo tiempo que bienes de interés público son cortoplacistas en su frecuencia, ámbito de aplicación y alcance.⁶⁴⁹

La tensión entre sustentabilidad y competencia es irrelevante. Primero, la cooperación per se no hace una inversión en sustentabilidad más atractiva, así si más productos sustentables son demandados por los consumidores, entonces hay menos razones para creer que no serán suministrados en un mercado competitivo, por lo que esas empresas que entregarán más productos sustentables serán primero un nicho, y después de expandirán a lo largo del mercado.⁶⁵⁰ Un ejemplo que verificaría esto, está en el auge que ha tenido la producción de sustitutos a la leche de vaca generada por NotCo comercializando leche vegetal a nivel mundial, lo que fomentado que incluso empresas con productos originalmente lácteos hayan incursionado en el mercado de productos vegetales u origen no animal. Segundo, cooperar hace poco probable que se lleve a mayores innovaciones por la simple razón de que la cooperación reduce las ganancias esperadas de cada empresa; aquí crítica a Schinkel y los autores del “Green Antitrust” en que la base de su modelo es la cooperación entre rivales con poder de mercado no produce los correctos incentivos para fomentar el bienestar en sustentabilidad, porque son poco incentivados para hacer inversiones sustentables y sobre incentivan la carga relativa a los precios en un mercado competitivo.⁶⁵¹ Tercero, es convincente el argumento de que “la competencia no fomenta mayor sustentabilidad por la desventaja del que se mueve primero”, que carece de evidencia pues si en verdad fuera un problema “la desventaja del que se mueve primero” aplicaría a todos los mercados y le quita fundamento a la libre competencia en sí pues justificaría la aparición de carteles de industrias completas, algo que nadie apoyaría.⁶⁵² En esta línea, complementa Loozen señalando que la libre competencia no puede ser “más verde” porque la acción colectiva entre agentes económicos inherentemente limita el ámbito de intercambio voluntario entre productores y

⁶⁴⁹ Bejček, Josef. (2023) «Sustainability of “Traditional Antitrust” under the Challenge of “Sustainability” and Digitization». *AUC IURIDICA* 69, n.º 2 (7 de junio de 2023): 9-31.

⁶⁵⁰ Veljanovski, Cento. (2021) *Op Cit.*, pp. 7 - 9.

⁶⁵¹ *Ibid.*

⁶⁵² *Ibid.*

consumidores que la estructura regulatoria establece; invocando un argumento democrático es que la legitimación de definir o redefinir este ámbito de intercambio voluntario que ocurre en un mercado es sólo de los poderes estatales permitidos constitucionalmente para aquello, es decir, los legisladores, por lo que proteger la competencia significa permitir este intercambio bajo la estructura regulatoria existente y no impedirlo sin una habilitación clara por parte del legislador.⁶⁵³

Sobre el argumento de la necesidad de cooperación por parte del *green antitrust*, se sostiene que proveer a las empresas en una industria determinada con una oportunidad siquiera para cooperar en establecer estándares medioambientales, e incluso otros ámbitos de cooperación, arriesga una serie actividad anticompetitiva que como mínimo requiere alta vigilancia del derecho de la competencia.⁶⁵⁴ Pero la crítica va más allá de sólo a la sustentabilidad, pues se sostiene que hay amplia evidencia de que cuando la libre competencia promueve objetivos sociales los beneficios esperados fallan en materializarse, pues las firmas aprovechan la oportunidad para incurrir en conductas propias de un cartel.⁶⁵⁵

Si bien en la actualidad la tendencia es hablar en favor de “potenciar la colaboración” al enfrentar riesgos sistemáticos que surgen del cambio climático, inequidad de ingresos o la pandemia, la competencia es un bien público y no un fin en sí mismo, por lo que es preferible un mecanismo regulatorio que permita atender a objetivos sociales de manera más fácil, rápida y efectiva para lograrlos.⁶⁵⁶ La internalización de externalidades medioambientales, ecológicas, y en general cualquier consideración externa a la competencia, preferentemente debe estar en instrumentos fuera de la política de competencia, a través de regulación y establecimiento legislativo de estándares mínimos.⁶⁵⁷ La libre competencia contemporánea es un set de reglas que ha sido cultivada por décadas y perfeccionada por una gran labor jurisprudencial y de toma de decisiones, en gran parte basada en la regla de la razón, que permite crear y continúa creando un ambiente transparente y predecible para la actividad económica de los actores económicos, por ende, el desafío de la sustentabilidad es exógeno,

⁶⁵³ Edith Loozen, EU antitrust in support of the Green Deal. Why better is not good enough, *Journal of Antitrust Enforcement*, 2023; jnad005.

⁶⁵⁴ Veljanovski, Cento. (2021) *Op. Cit.*, p. 4.

⁶⁵⁵ Ibid.

⁶⁵⁶ Bejček, Josef. «Sustainability of “Traditional Antitrust” under the Challenge of “Sustainability” and Digitization». *AUC IURIDICA* 69, n.º 2 (7 de junio de 2023): 9-31. Pp. 26 – 27.

⁶⁵⁷ Ibid.

atenta contra la esencia y la funcionalidad de la libre competencia, y conceptualmente oportunista pues el término tiene muchas aristas más allá de temas medioambientales ya que la sustentabilidad es un término no muy claro en su significado, y que, además, está lejos de ser una cuestión sólo medioambiental, pese a que se trata de describir por algunos como “mejoras de calidad verdes”, “objetivos de carbono-neutralidad” o “en la dirección del green investing”.⁶⁵⁸

Sobre el bien jurídico en concreto, la doctrina del “*Green Antitrust*” pretende migrar de un estándar de bienestar del consumidor y eficiencia a uno que atienda al bienestar o interés público, lo que puede ser legítimo, pero que sin embargo trae efectos perjudiciales, pues el consumidor paga más, el contaminador contamina en mayor cantidad y el daño ambiental no se ve compensado. Esto se explica porque al aplicar un test de bienestar público, como el de la excepción del artículo 101(3) de la Unión Europea, eximiría a los acuerdos anticompetitivos que generen beneficios públicos, a su vez para que una industria acuerde un producto más sustentable debe percibir que aumentará sus ganancias o evitar su caída, sino no tendrían incentivos para cooperar; si se amplía el test para considerar beneficios de terceros será más fácil justificar estos acuerdos. Pero el problema está en que los incentivos de las empresas no son gobernados por estos intereses de terceros, por esta razón la cooperación sólo está en los costos de implementar mayores eficiencias en sustentabilidad, cargando precios supra competitivos, que coincidentemente reflejarán los costos marginales sociales de menores productos sustentables, y que se justifica pues las empresas en una industrias buscarán destinar el mínimo en mejorar la sustentabilidad para alcanzar la máxima ganancia generada por el establecimiento de precios supra competitivos hacia los consumidores.⁶⁵⁹

Por aquellos motivos, entre los propósitos de la libre competencia no están los problemas ambientales y sociales, en el sentido que la libre competencia se especializa como área del derecho bajo el propósito de proteger a la competencia como la mejor garantía de una sociedad libre y bienestar económico.⁶⁶⁰ En concreto el estándar de bienestar del consumidor, la eficiencia en los mercados y la estructura de mercado como asuntos primarios en el análisis

⁶⁵⁸ Ibid.

⁶⁵⁹ Veljanovski, Cento. (2021) Op. Cit., pp. 9 -10.

⁶⁶⁰ Ibid.

de competencia, pues el uso de otros estándares de “interés público” abrirían la puerta a manipular la libre competencia, por lo que, una valoración positiva de la teoría guiada por el precio, un foco en los daños causados a los consumidores, la ventaja en que entrega un marco imparcial y predecible para saber cómo luce un mercado saludable justifican el uso de este estándar.⁶⁶¹

Con todo, la sustentabilidad puede ser alcanzada primariamente a través de políticas y legislación apropiadas de protección ambiental. Por esto, no existiría una contradicción fundamental entre los objetivos de interés público (que incluyen la protección del medioambiente y los objetivos de desarrollo sostenible) y proteger la competencia. Como regla, la competencia también llevará al logro de objetivos del bienestar público. Dentro de la institucionalidad vigente, la competencia juega en favor de la protección medioambiental pues lleva al uso eficiente de los recursos escasos y previene el desperdicio.⁶⁶²

* * * * *

Habiendo realizado dicho análisis desde la literatura regulatoria y de competencia sobre esta tensión, incorporación e implicancias entre la sustentabilidad y la libre competencia, la respuesta a la pregunta planteada inicialmente sin duda que no es determinada solamente por parte de la doctrina existente.

Desde el punto de vista jurídico, la respuesta dependerá del Derecho Internacional y su incorporación en Derecho Doméstico, las obligaciones constitucionales en particular y el ámbito de protección que otorgue este orden a objetivos sustentables, la regulación sectorial o especial que involucre a mercados donde la sustentabilidad juegue un rol fundamental (especialmente sobre recursos naturales), y por supuesto, las disposiciones legales y objetivos del derecho de la competencia en relación a las fuentes anteriores.

⁶⁶¹ O’Sullivan, Andrea. (2018) What Is “Hipster Antitrust? Why the New Antitrust Thinking Isn’t Actually New. Mercatus Center.

⁶⁶² Bejček, Josef. (2023) «Sustainability of “Traditional Antitrust” under the Challenge of “Sustainability” and Digitization». *AUC IURIDICA* 69, n.º 2, 9-31. pp. 26 – 27.

CAPITULO IV: EXPERIENCIA COMPARADA NORMATIVA Y JURISPRUDENCIAL SOBRE LA SUSTENTABILIDAD COMO BIEN JURÍDICO

De acuerdo a lo expuesto en el capítulo II, en la existencia de dos modelos de bien jurídico protegido en la libre competencia, derivando del modelo flexible, y habiendo resuelto la tensión entre sustentabilidad y libre competencia del capítulo III, a continuación expondremos los precedentes más relevantes en cuanto a regulación -inclusión normativa de criterios sustentables- y jurisprudenciales -casos que han incorporado la sustentabilidad como bien jurídico o indirectamente lo han hecho a través de otros bienes. Para hacer esto, se tomarán los casos de las jurisdicciones más relevantes en materia de libre competencia, siendo EE.UU. al nivel de *common law*, Europa desde el derecho continental y Chile representando a Latinoamérica.

4.1. EUROPA: PIONERA EN LOS DEBATES SOBRE SUSTENTABILIDAD Y COMPETENCIA

Gran parte del debate sobre sustentabilidad y competencia, su enfoque normativo y los precedentes ocurren alrededor de la legislación comunitaria, especialmente sobre acuerdos de cooperación entre competidores en miras a promover la sustentabilidad, en una tensión con lo prescrito por la normativa en su artículo 101 del TFUE y la procedencia (o no) de la aplicación de las excepciones que el mismo precepto contempla en su apartado 3. El análisis se vuelve más complejo, al además deber considerar el Pacto Verde Europeo como instrumento que inspira el cambio de paradigma en las políticas públicas de la Unión y el surgimiento del movimiento del “*Green Antitrust*” en Europa.

4.1.2. Marco normativo europeo para la inclusión de la sustentabilidad en la libre competencia

La normativa comunitaria que fundamenta la sustentabilidad como objetivo de la libre competencia, siguiendo la tesis de HOLMES, radica en una interpretación generada a través de una subdivisión legal entre las leyes marco o de principios que señalan los objetivos o

metas de la Unión, junto con las leyes sustantivas propias de la libre competencia.⁶⁶³ Dentro de la primera subdivisión destacan las siguientes normas:

Normas de principios comunitarias:

- Artículo 3(1) del Tratado de la Unión Europea: “La Unión tiene como finalidad promover la paz, sus valores y **el bienestar de sus pueblos**”
- Artículo 3(3) del Tratado de la Unión Europea: “La Unión establecerá un mercado interior. **Obrará en pro del desarrollo sostenible** de Europa basado en un crecimiento económico equilibrado y en la estabilidad de los precios, en una **economía social de mercado altamente competitiva**, tendente al pleno empleo y al progreso social, y en un nivel elevado de protección y mejora de la calidad del medio ambiente. Asimismo, promoverá el progreso científico y técnico”.
- Artículo 3(5) del Tratado de la Unión Europea: “En sus relaciones con el resto del mundo, la Unión afirmará y promoverá sus valores e intereses y contribuirá a la protección de sus ciudadanos. Contribuirá a la paz, la seguridad, **el desarrollo sostenible del planeta**, la solidaridad y el respeto mutuo entre los pueblos, el comercio libre y justo, la erradicación de la pobreza y la protección de los derechos humanos, especialmente los derechos del niño, así como al estricto respeto y al desarrollo del Derecho internacional, en particular el respeto de los principios de la Carta de las Naciones Unidas.”
- Artículo 7 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea: “La Unión velará por la coherencia entre sus diferentes políticas y acciones, **teniendo en cuenta el conjunto de sus objetivos** y observando el principio de atribución de competencias”.
- Artículo 9 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea: “En la definición y ejecución de sus políticas y acciones, la Unión tendrá en cuenta las exigencias relacionadas con la promoción de un nivel de empleo elevado, con la garantía de una

⁶⁶³ Holmes, Simon. (2020) «Climate change, sustainability, and competition law». *Journal of Antitrust Enforcement* 8, n.º 2, pp. 354-405.

protección social adecuada, con la lucha contra la exclusión social y con un nivel elevado de educación, **formación y protección de la salud humana**".

- Artículo 11 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea: **“Las exigencias de la protección del medio ambiente deberán integrarse en la definición y en la realización de las políticas y acciones de la Unión, en particular con objeto de fomentar un desarrollo sostenible”**.
- Artículo 191(2) del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea: Mandata que la política europea en sustentabilidad medioambiental deberá estar basada en el “principio precautorio”, y que principalmente en caso de duda, la protección medioambiental prefiere a los intereses económicos.⁶⁶⁴
- Artículo 37 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: **“Protección del medio ambiente: Las políticas de la Unión integrarán y garantizarán con arreglo al principio de desarrollo sostenible un alto nivel de protección del medio ambiente y la mejora de su calidad”**.
- El *Pacto Verde Europeo* es un paquete de iniciativas políticas cuyo objetivo es situar a la Unión Europea en el camino hacia una transición ecológica reduciendo las emisiones de gases de efecto invernadero a cero, con tal de alcanzar la neutralidad climática de aquí al 2050. Por supuesto la implementación de esta política tiene efectos hacia la libre competencia y su cumplimiento, pues explícitamente señala que todas las acciones de la Unión y sus políticas deben contribuir a este objetivo, por lo que la respuesta desde esta área no puede aislarse de esta obligación y requiere de una coordinación intensa para explotar las sinergias disponibles a lo largo de las diferentes áreas del derecho en la comunidad.

Todo este marco legal contiene reiteradas menciones a la sustentabilidad, el desarrollo sostenible, el bienestar de los pueblos, la compatibilización con las políticas públicas, y el

⁶⁶⁴ Joined Cases T-74/00, 96, Judgment of the Court of 26/11/2002 *Artegodan*, ECLI:EU:T:2002:283, para. 184.

contexto de una economía social de mercado que promueve la competencia activamente como política comunitaria en miras a una neutralidad climática, hace que no sea absurdo pensar o interpretar a priori que la legislación de libre competencia debiese frente al tratamiento de casos, en su rol regulador de la economía, adoptar decisiones basadas en justificaciones de sustentabilidad, independiente de los bienes jurídicos invocados para efectos de la decisión. En otras palabras, parece razonable abrir la puerta a estas consideraciones, incluso si son subsumidas bajo estándares de bienestar del consumidor o eficiencia.

El aterrizaje de estos principios ve su especialidad respecto de la segunda subdivisión destacando la normativa propia del TFUE en materia de libre competencia conformada por:

Normas de libre competencia propiamente tal:

- El artículo 101(1) del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea establece lo siguiente:

“Serán incompatibles con el mercado interior y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior y, en particular, los que consistan en:

- a) fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción;*
- b) limitar o controlar la producción, el mercado, el desarrollo técnico o las inversiones;*
- c) repartirse los mercados o las fuentes de abastecimiento;*
- d) aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva;*
- e) subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos.”⁶⁶⁵*

⁶⁶⁵ Versión consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, Diario Oficial de la Unión Europea, C 326/47, del 26 de octubre de 2012. Artículo 101(1).

- El artículo 101(3) del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea estipula lo siguiente:

“No obstante, las disposiciones del apartado 1 podrán ser declaradas inaplicables a:

— cualquier acuerdo o categoría de acuerdos entre empresas,

— cualquier decisión o categoría de decisiones de asociaciones de empresas,

— cualquier práctica concertada o categoría de prácticas concertadas,

que contribuyan a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, y reserven al mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante, y sin que:

a) impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos;

b) ofrezcan a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate.”⁶⁶⁶

Las disposiciones recién mencionadas tienen dos aristas: (1) prohíben los acuerdos anticompetitivos de manera general, y (3) proveen excepciones a esta máxima de cumplirse cuatro condiciones: i) contribuir a mejorar la producción o distribución de bienes o promover el progreso técnico o económico; ii) permitir a los consumidores una ganancia justa (*fair share*) de aquel beneficio; iii) no imponer restricciones que no sean indispensables al logro de estos objetivos; iv) no otorgar a tales actores la posibilidad de eliminar a la competencia en lo que respecta a la parte sustancial de los productos en cuestión. Este artículo en general aborda las restricciones bilaterales y multilaterales a la competencia que pueden ocurrir entre agentes económicos que son competidores o en diferentes niveles (al no ser competidores), por lo que se requiere cierto nivel de coordinación en su conducta frente al mercado de al menos dos actores.⁶⁶⁷

⁶⁶⁶ Ibid. Artículo 101(3).

⁶⁶⁷ Lorenz, M. (2013). *An Introduction to EU Competition Law*. Cambridge: Cambridge University Press. P. 66.

Es importante clarificar que dentro del artículo 101 y la temática de los objetivos de la libre competencia que abordamos en esta tesis, su interpretación no ha sido acorde al tono literal de las palabras que establecen sus disposiciones, pues el Tribunal de Justicia de la Unión Europea da más peso a los objetivos y bienes jurídicos en juego que persigue la legislación de competencia comunitaria, de esta forma, una aproximación más “teleológica” prevalece en tanto se interpreta abiertamente el articulado en función de los objetivos que se invoquen al caso concreto.⁶⁶⁸

De esta normativa que prohíbe los acuerdos entre competidores emanan dos ideas principales que surgen a partir de la necesidad de incorporar criterios de sustentabilidad: primero, es limitar el ámbito de aplicación de la prohibición general del artículo 101(1) a los acuerdos sustentables, teniendo el beneficio de que remueve la necesidad de demostrar los beneficios medioambientales como eficiencias en la manera que la disposición subsiguiente puede limitar esta demostración debido al entendimiento clásico de la exigencia de compartir beneficios con los consumidores⁶⁶⁹; y segundo, en el marco del artículo 101(3), utilizar el sistema de excepción legal contemplado en la norma para objetivos “no económicos” o de “interés público”, utilización respaldada por vasta literatura con el debate configurado en términos de adoptar una aproximación más amplia de la libre competencia, entre la cual está considerar la protección medioambiental y sustentabilidad.⁶⁷⁰

La prohibición general, si bien indirectamente contribuye al logro de los objetivos del Pacto Verde, fomentando una competencia efectiva que lleve a los agentes económicos a usar sus materias primas eficientemente y al desarrollo de innovación y productos económicos, es problemática en tanto no deja ámbito de aplicación para evaluar o ponderar restricciones a la competencia que puedan tener efectos positivos en otras áreas, como la protección

⁶⁶⁸ Ibid, p. 64.

⁶⁶⁹ Uffer, M. (2023). "Chapter 9 Competition Law: Sustainability Through Competition and Participation". In *Sustainability through Participation?*. Leiden, The Netherlands: Brill | Nijhoff..

⁶⁷⁰ Veáse como ejemplos: Lianos, Ioannis; (2018) ‘Polycentric Competition Law’, 71 *Current Legal Problems*, pp. 161–213. Kingston, S; (2012) *Greening EU Competition Law and Policy*, CUP; Nowag, Julian; (2016) “Environmental Integration in Competition and Free Market Laws. Teorell, Alexandra; (2019) “A Company’s Guide to Environmental Action”, *Mater Thesis*, Lund University. Brook, Or; (2019) ‘Struggling with Article 101(3) TFEU: Diverging Approaches of the Commission, EU Courts and Five Competition Authorities’ 56 *CMLR*, pp. 121–156. Nowag, Julian; (2019) “Competition Law’s Sustainability Gap? Tools for an exemption and Brief Overview”, *Lund University Legal Research Paper Series*. Dolmans, Maurits; (2020) “Sustainable Competition Policy”, *Competition Law and Policy Debate, CLPD*, Vol 5, Issue 4 y Vol 6 Issue 1. De Stefano, Gianni; (2020) “Measurable Environmental Protection as a Necessity for Competition Law”.

medioambiental o el bienestar animal, entre otras, por lo que surge como alternativa la disposición subsiguiente.⁶⁷¹ Por otra parte, la excepción en las condiciones copulativas que requiere, de cumplirse frente a una conducta coordinada, la concertación en concreto fortalecería la competencia en los mercados relevantes invocados induciendo a los agentes preocupados a ofrecer bienes a menor precio y mayor calidad frente a los consumidores, lo que compensaría los efectos adversos que las restricciones a la competencia puedan surtir, aunque prevaleciendo la duda sobre cómo considerar los beneficios sustentables dentro de cada requisito.⁶⁷²

La Comisión Europea recoge esta dualidad sobre la sustentabilidad en su guía para la aplicación del artículo 101 del TFUE sobre acuerdos horizontales de cooperación, con un capítulo especial relativo a los acuerdos entre competidores que persigan este fin.⁶⁷³ De esta forma se explica el ámbito de aplicación de los artículos 101(1) y 101(3) señalando que alzarán preocupaciones cuando signifiquen una restricción en la competencia, por lo que, ejemplos de acuerdos que no impliquen una restricción recaen sobre variables que no afectan negativamente el precio, cantidad, calidad, elección o innovación⁶⁷⁴. Se estipulan además principios generales para la aplicación de un control por parte de la Comisión, un análisis detenido sobre los acuerdos sustentables de estandarización⁶⁷⁵ junto a criterios específicos

⁶⁷¹ Cambien, Nathan; (2022) Article 101 TFEU and the European Green Deal: from effective competition to sustainable competition? Young Universities for the Future of Europe (YUFE) Law Conference Proceedings No. 01/2022, pp. 4 – 6.

⁶⁷² Ibid. Pp. 6 – 7.

⁶⁷³ Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 81 del Tratado CE / artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal. [2023]. Pp. 148 – 166.

⁶⁷⁴ Ibid. Los tipos de acuerdos que a priori no implican riesgos a la competencia son: acuerdos que apuntan a asegurar el cumplimiento de requerimientos específicos o prohibiciones vinculantes por tratados internacionales, acuerdos o convenciones, estén o no implementadas en la ley nacional y que no estén completamente implementadas o en vigencia en el estado signatario; acuerdos no relacionados a la actividad económica de las empresas sino que sólo a su conducta corporativa interna, más que nada porque apuntan a temas de reputación o buenas prácticas; acuerdos para generar una base de datos con información general de proveedores que tienen cadenas de producción no sustentables, uso no sustentable de procesos productivos, o suministro no sustentable de materias primas, o información sobre distribuidores que en un mercado operan de manera no sustentable, pero mientras no prohíban u obliguen a las partes la compra con dichos proveedores o venta a aquellos distribuidores; y acuerdos relativos a la organización de la industria en campañas de concientización, o campañas que aumenten la conciencia en los consumidores sobre el impacto ambiental u otros efectos negativos de su consumo, siempre que no se sobre exacerbe la publicidad conjunta hacia productos específicos.

⁶⁷⁵ Ibid. Los acuerdos sustentables de estandarización son una subcategoría de acuerdos que, con tal de contribuir al desarrollo sostenible, se hacen entre competidores esperando reducir progresivamente, retirar o reemplazar productos (plásticos, combustibles fósiles, etc) y procesos no sustentables por otros que sí lo sean,

para que no produzcan riesgos a la competencia dentro de la prohibición general de acuerdos⁶⁷⁶, la visión de estos acuerdos desde el régimen de excepción del 101(3) considerando los posibles beneficios en eficiencias⁶⁷⁷, su indispensabilidad⁶⁷⁸, el traspaso de estos beneficios a los consumidores⁶⁷⁹ y la no eliminación de competencia⁶⁸⁰.

Desde la figura de la posición de dominio, el artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea establece que:

“Será incompatible con el mercado interior y quedará prohibida, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado interior o en una parte sustancial del mismo.

Tales prácticas abusivas podrán consistir, particularmente, en:

lo cual se refleja en una armonización de empaquetados para hacer una gestión de residuos más eficiente, compra de materias primas homogeneizadas que han sido hechas sustentablemente, o acordar ciertos estándares relativos a otros objetivos no-económicos.

⁶⁷⁶ Ibid. Para que no produzcan riesgos a la competencia se deben cumplir copulativamente seis requisitos: i) procedencia transparente del acuerdo, para que todos los competidores interesados puedan participar en la selección del estándar sustentable; ii) que no imponga en los agentes que no participen de dicho acuerdo alguna obligación directa o indirecta de suscribir a aquel estándar; iii) que para asegurar su cumplimiento, pueden ser establecidas cláusulas vinculantes en los participantes, pero deben permitir que igualmente sean libres de aplicar un estándar mayor en sustentabilidad; iv) los participantes no deben intercambiar información comercialmente sensible que no sea objetivamente necesaria y proporcional para el desarrollo, la implementación, adopción o modificación del estándar; v) un acceso efectivo y no discriminatorio a los resultados del proceso de fijación de estándares, también permitiendo la incorporación de futuros participantes; vi) el estándar fijado no debe significar un alza significativa en el precio o una reducción en la calidad de los productos involucrados, o la participación de mercado de quienes participen no debe exceder del 20% en cualquier mercado relevante afectado por dicho estándar.

⁶⁷⁷ Ibid. Pp. 154 – 155. Eficiencias que pueden ser generadas por acuerdos en sustentabilidad incluyen la menor contaminación en la producción o tecnologías, mejoras en las condiciones de producción y distribución, mayor resiliencia en infraestructura, mejor calidad en los productos, reducción en las interrupciones en la cadena de suministro, acortar los tiempos para innovar con productos sustentables, permitir a los consumidores realizar decisiones informadas de compra y comparación de productos, y contribuir a la resiliencia del mercado interno. Dichas eficiencias deben ser demostradas, objetivas, concretas y verificables.

⁶⁷⁸ Ibid. Que se demuestre por las partes que dicho acuerdo, junto a las restricciones a la competencia, son razonablemente necesarios para los beneficios sustentables que se pretenden se materialicen, y que no existan otros medios económicos practicables o menos restrictivos para lograr esos beneficios. Esto en clave de sustentabilidad significa que los agentes evalúen por sí mismos cómo lograr beneficios sustentables, y en la medida que los consumidores valoren esos beneficios, el mercado premiará con buenas decisiones o sancionará con malas, pues si existe demanda por productos sustentables los acuerdos de cooperación en general no son indispensables para lograr estos beneficios.

⁶⁷⁹ Ibid. Lo que puede contemplar beneficios derivados del valor individual en el uso del producto por parte del consumidor, del valor individual indirecto en el consumo, o beneficios colectivos.

⁶⁸⁰ Ibid. Es decir que se asegure que exista un grado de competencia residual en los mercados relevantes afectados, a pesar del alcance que puedan tener los beneficios propuestos.

- a) imponer directa o indirectamente precios de compra, de venta u otras condiciones de transacción no equitativas;*
- b) limitar la producción, el mercado o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores;*
- c) aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva;*
- d) subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos.”*

Esta disposición restringe ciertas conductas abusivas de tipo explotativa o exclusoria por parte de agentes económicos que tienen una posición dominante en un mercado relevante determinado. Si bien estos actores dominantes son libres de realizar diversas actividades económicas en igualdad de condiciones que sus competidores, tienen una “responsabilidad especial” de no disminuir la competencia en el mercado del cual son partícipes. Para que concurra la aplicación de este artículo se deben conseguir las siguientes condiciones: i) una posición dominante en un mercado relevante por parte de uno o más agentes económicos; ii) la posición debe ocurrir en el mercado interno o en una parte sustancial de este; iii) se abuse de esta posición dominante; iv) y un efecto actual o potencial en el comercio entre los Estados Miembros.⁶⁸¹

Una gran diferencia entre el artículo 101 antes mencionado y el comentado recién es que este último no contiene una posibilidad de excepción, por lo que una firma dominante que es acusada de una conducta abusiva debe demostrar una justificación objetiva para esta o elaborando una defensa fundada en razones de eficiencia.⁶⁸²

Para efectos de su relación con la sustentabilidad, en general se ha soslayado la arista de una conducta poco sustentable y una posición dominante, ya que la conducta no sustentable en general tiene impactos negativos en la sustentabilidad y al mismo tiempo sobre los parámetros de competencia, el proceso competitivo y últimamente el bienestar del

⁶⁸¹ Lorenz, M. (2013). *An Introduction to EU Competition Law*. Cambridge: Cambridge University Press. P. 189.

⁶⁸² Van der Vijver, Tjarda; (2012) 'Objective Justification and Article 102 TFEU', 35, *World Competition*, Issue 1, pp. 55-76.

consumidor.⁶⁸³ Desde esta perspectiva el abuso de posición dominante opera desde dos ángulos en relación a la sustentabilidad, como una “espada” en la alegación de esta figura o como un “escudo” en la defensa ante la imputación de esta figura.

Desde la “espada”, si bien no se ha desarrollado mayormente si estos atentados a la competencia son subsumibles bajo los tipos clásicos del abuso, se puede interpretar desde dos perspectivas: la primera, que la conducta no sustentable generalmente afecta las condiciones de un mercado, distorsionando la fijación de precios, o erigiendo barreras de entrada, impidiendo la expansión de sus competidores y restringiendo las posibilidades de innovación, por lo que un demandante o una autoridad de competencia podría probar el abuso de posición dominante meramente basado en la evidencia que entrega una conducta no sustentable y aplicarla bajo las imputaciones clásicas de esta figura⁶⁸⁴; y si no sirve este argumento, la segunda opción es considerar prácticas poco sustentables como una figura en sí misma de la posición de dominio, invocando como fundamento jurídico las disposiciones constitucionales del tratado en los artículos 3 del Tratado de la Unión y 11 del TFUE, lo que en cierta manera constituye una vía más fácil de alegar esta figura ya que el artículo 102 no exige -a diferencia del 101- un perjuicio o efecto en los consumidores⁶⁸⁵.

Desde el “escudo”, una posición de dominancia puede estar relacionada a razones medioambientales con tal de justificar a priori una conducta abusiva, es decir, un incremento en los precios debido a los costos de producción que de lo contrario aumentaría la emisión de gases con efecto invernadero o la contaminación en general. Las interrogantes que surgen son dos: primero, se plantea si dentro esta figura se puede considerar como justificaciones objetivas ciertas defensas medioambientales; y segundo, si estas razones ambientales sirven como defensas basadas en eficiencias⁶⁸⁶. Sobre la primera cuestión planteada, si bien las dudas están en que no existe una definición concreta del concepto de “justificaciones

⁶⁸³ Holmes, Simon. (2020) «Climate change, sustainability, and competition law». *Journal of Antitrust Enforcement* 8, n.º 2 (1 de julio de 2020): 354-405, pp. 384 – 387.

⁶⁸⁴ Iacovides, Marios C; Vrettos, Christos. (2021) ‘Radical For Whom? Unsustainable Business Practices As Abuses Of Dominance’ in Simon Holmes, Dirk Middelschulte and Martijn Snoep (eds), *Competition Law, Climate Change & Environmental Sustainability*, pp. 99–103.

⁶⁸⁵ Holmes, Simon; Meagher, Michelle. (2022) ‘A Sustainable Future: How Can Control of Monopoly Power Play a Part?’, *SSRN Electronic Journal*, pp. 22 – 25.

⁶⁸⁶ Laureti, Carolina (2021/2022) *The interaction between sustainability and competition policy*. Tesi di Laurea in Law and economics (corporate and business law: antitrust and regulation), Luiss Guido Carli, relatore Gianluca Faella, pp. 61 – 62.

objetivas”⁶⁸⁷, estas prácticas podrían ser evaluadas en virtud de un test de proporcionalidad en el sentido que la seguridad del consumidor y su salud podrían ser consideradas justificaciones objetivas para argumentar, aunque la Comisión ha señalado que “no es la tarea de un agente dominante tomar acción por iniciativa propia para excluir productos a los que se refiere, correcta o incorrectamente, como peligrosos o inferiores a su propio producto”⁶⁸⁸⁻⁶⁸⁹. Y sobre lo segundo, en cuanto a defensas basadas en eficiencia, existen similitudes por parte de la Comisión respecto de su acercamiento con el artículo 101(3), estableciendo que una empresa debe mostrar “que sus ganancias en eficiencia contrarrestan cualquiera de los efectos negativos en el bienestar del consumidor y la competencia en los mercados afectados, las eficiencias deben ser o desprenderse del resultado de la conducta, la conducta debe ser necesaria para alcanzar dichas eficiencias y no debe eliminar una efectiva competencia”⁶⁹⁰. Ejemplos de justificaciones objetivas o eficiencias que se podrían alegar ante las imputaciones de conductas radican resumidamente en: ante una imputación de distribución exclusiva o de precios excesivos, es argumentable una defensa en términos de cubrir los costos de las inversiones medioambientales y su financiamiento; para precios predatorios, ventas atadas y descuentos por fidelidad, su explicación estaría en la necesidad de aumento del consumo de productos sustentables; y sobre la discriminación de precios, negativa de venta y contratación exclusiva, estas se explicarían con el fin de competir equiparando la cancha frente a empresas no sustentables en la situación de desventaja regulatoria que se ubican los agentes que pretenden innovar en criterios sustentables.⁶⁹¹

- Reglamento comunitario de concentraciones

La normativa de operaciones de concentración europea no prescribe la forma en que el test de “impedimento significativo de la competencia” debe ser aplicado en este control. El requerimiento genérico es que se mantenga y desarrolle una efectiva competencia en el

⁶⁸⁷ Véase Caso *Post Danmark A/S v. Konkurrenceradet*, supra 92. (“un agente económico debe demostrar [...] que su conducta es objetivamente necesaria”)

⁶⁸⁸ Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 / 102 del Tratado CE / TFUE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes, 2009, OJ C 45/7, c.29.

⁶⁸⁹ Laureti, Carolina. (2021/2022) *Op Cit.*, pp. 61 – 62.

⁶⁹⁰ Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 / 102 del Tratado CE / TFUE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes, 2009, OJ C 45/7, c. 30.

⁶⁹¹ Iacovides, Marios and Mauboussin, Valentin. (2023) *Sustainability Considerations in the Application of Article 102 TFEU: State of the Art and Proposals for a More Sustainable Competition Law*. J. Nowag (ed.), *Research Handbook on Competition Law and Sustainability*; Edward Elgar, Forthcoming, pp. 15 – 19.

mercado común, de acuerdo con los principios de una economía abierta de mercado con libre competencia. Por ende, surge la pregunta de si una fusión que conlleve beneficios en sustentabilidad podría ser bloqueada debido a potenciales riesgos para la competencia.

Dentro del marco normativo, el artículo 2(1)(b) juega un rol clave en la definición del mercado relevante y su evaluación frente al interés de los consumidores y el progreso técnico/económico al señalar que:

“Las concentraciones contempladas en el presente Reglamento se evaluarán con arreglo a los objetivos del presente Reglamento y a las disposiciones que figuran a continuación, a fin de determinar si son compatibles con el mercado común.

En esta evaluación, la Comisión tendrá en cuenta:

b) la posición de mercado de las empresas afectadas, su fortaleza económica y financiera, las posibilidades de elección de proveedores y usuarios, su acceso a las fuentes de suministro o a los mercados, la existencia de barreras legales o de otro tipo para el acceso a dichos mercados, la evolución de la oferta y la demanda de los productos y servicios de que se trate, los intereses de los consumidores intermedios y finales, así como el desarrollo del progreso técnico o económico, siempre que éste sea en beneficio de los consumidores y no constituya un obstáculo para la competencia.”

A través de esta disposición se abre el debate en torno a si entre los “intereses de los consumidores” se puede incluir a los “futuros” consumidores, y si dentro de una consideración por la innovación cuentan objetivos socialmente valorados, como podría ser la sustentabilidad.⁶⁹² Así también están los debates sobre: la definición de mercado relevante y si características sustentables de un producto pueden ser un factor diferenciador que separe dicho mercado del producto o geográfico en dos; las teorías del daño a los consumidores, si gracias a mejoras en sustentabilidad un agente puede tener suficiente poder de mercado para impedir la competencia concentrando a empresas más pequeñas, o generando daños en innovación; y de la comprobación de eficiencias, donde existe la duda de si eficiencias fuera del mercado, como beneficios ambientales, pueden compensar los efectos negativos de una

⁶⁹² Lecchi, Emanuela, Sustainability and EU Merger Control (April 28, 2023). E.C.L.R. 2023, 44(2), 70-80, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4431831> p. 8.

operación en precios y rendimiento, junto a la interrogante relativa a la forma de medición de aquellas eficiencias.⁶⁹³

4.1.3. Posiciones de las agencias de competencia europeas sobre la sustentabilidad dentro de la libre competencia

A nivel comunitario, la Comisión Europea ha dado sus visiones entorno al rol de la política de competencia en apoyar los lineamientos del *Pacto Verde Europeo*. En este sentido, el principal aporte desde la Comisión ha estado en la elaboración de guías relativas a acuerdos sustentables entre competidores contemplando: una actualización de la Directriz sobre la aplicación del artículo 101 para acuerdos de cooperación horizontales que incluye un capítulo de sustentabilidad⁶⁹⁴ y una Directriz para acuerdos de sustentabilidad en agricultura⁶⁹⁵.

En la misma línea de acercarse al debate entre competencia y sustentabilidad, la Comisionada Vestager señaló que: *“Políticas públicas verdes como regulaciones, tributos, e inversiones son claves para el Pacto Verde. Pero con tanto por hacer en el corto plazo, todos nosotros - incluyendo las agencias de competencia- también necesitamos asegurarnos de que hagamos lo que podamos para ayudar”*⁶⁹⁶.

Es en estos esfuerzos por acercar a la política de competencia al Pacto Verde Europeo que la Comisión ha realizado varios procesos de consultas para actualizar sus directivas, junto con recopilar ideas de partes interesadas (compañías, gobiernos, administraciones públicas, agencias de competencia y la sociedad civil) para ver cómo la legislación de competencia puede contribuir a la lucha contra el cambio climático.⁶⁹⁷

⁶⁹³ Lecchi, Emanuela, Sustainability and EU Merger Control (April 28, 2023). E.C.L.R. 2023, 44(2), 70-80, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4431831> p. 8 – 15.

⁶⁹⁴ Communication from the Commission – Guidelines on the applicability of Article 101 of the treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements, C/2023/4752 [2023]

⁶⁹⁵ Communication from the Commission – Commission guidelines on the exclusion from Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union for sustainability agreements of agricultural producers pursuant to Article 210a of Regulation (EU) No 1308/2013, C/2023/8306 [2023].

⁶⁹⁶ Vestager, Margrethe. (2021) ‘Competition policy in support of the Green Deal’, en la 25° Conferencia de Competencia de la IBA.

⁶⁹⁷ Malinauskaite, Jurgita. (2022) Competition Law and Sustainability: EU and National Perspectives, *Journal of European Competition Law & Practice*, Volume 13, Issue 5, July 2022, pp. 336–348.

Mientras la Comisión Europea sigue trabajando para encontrar la mejor manera de abordar este encuentro entre competencia y sustentabilidad a nivel comunitario, avances más significativos se han realizados desde las legislaciones y agencias de competencias locales.

Ahora en específico, las autoridades de competencia a nivel europeo han tenido diferentes aproximaciones a la sustentabilidad, yendo desde una gran proactividad hasta un estado de indecisión. Una recopilación hecha muestra lo siguiente:

Acercamiento positivo	Acercamiento cauteloso	Acercamiento reservado	Acercamiento incertero
Austria	Bélgica	República Checa	Croacia
Francia	Bulgaria	Alemania	Chipre
Grecia	Finlandia		Dinamarca
Hungría	Irlanda		Estonia
España	Polonia		Italia
Países Bajos	Portugal		Latvia
	Romania		Lutiania
	Suecia		Luxemburgo
			Malta
			Slovakia
			Slovenia

Fuente: National Competition Authorities' Approaches to Sustainability.⁶⁹⁸

Frente a esto, queremos destacar dentro de la Unión, en primer lugar las experiencias austriacas, helénicas y holandesas, pues son quienes más han avanzado en objetivos de sustentabilidad y competencia.

Austria es la única jurisdicción que específicamente ha desarrollado la sustentabilidad en su legislación de competencia. Tras una reforma realizada el año 2021, se incluyó una disposición dentro del articulado que consagra una excepción legal equivalente a la de la

⁶⁹⁸ Malinauskaite, Jurgita, y Fatih Buğra Erdem, Faith. (2023) «Competition Law and Sustainability in the EU: Modelling the Perspectives of National Competition Authorities». *JCMS: Journal of Common Market Studies* 61, n.º 5, pp. 1211-1234.

Unión, que concilia el enfoque tradicional económico de libre competencia junto al sustentable, que señala:

*“A los consumidores también se les permite una ganancia justa del beneficio resultante, si el beneficio se deriva de mejoras en la producción o distribución de bienes o promoción del progreso técnico o económico que contribuya significativamente a una economía medioambientalmente sustentable o carbono-neutral”*⁶⁹⁹

Este hito significó que Austria fuese el primer país de la Unión en explícitamente incorporar el tópico de la sustentabilidad en su análisis de competencia. La aplicación del articulado opera de la misma manera explicada para la excepción de la norma comunitaria, se ha preservado el estándar de bienestar del consumidor con tal de dar contenido económico a la evaluación de los acuerdos que caigan en esta disposición, pero se amplía su entendimiento con tal de considerar las *“out-of-the-market efficiencies”* o eficiencias fuera del mercado entre las que cuentan las derivadas de la sustentabilidad medioambiental que incluyen medidas de protección climática (uso de energía renovable y reducción de emisiones de gases de invernadero), uso sustentable y protección del agua (protección del medioambiente de diversos efectos generados por el desperdicio de aguas servidas), transición a una economía circular (bajo la promoción de industrias que reparen o reciclen productos, en vez de aumentar el uso de materiales desechables) y protección y restauración de la biodiversidad y ecosistemas (ir hacia un manejo sustentable de los bosques).⁷⁰⁰ Estas eficiencias, igual que en la legislación comunitaria, deben de todas formas demostrar compensar los riesgos a la competencia que puedan generarse, entregar una ganancia justa a los consumidores (entre las que cuentan las anteriores mencionadas), que sea indispensable y no implique la eliminación de la competencia.⁷⁰¹

La contracara de esta regulación es que impide invocar esta excepción para casos de carteles duros que incurran en la fijación de precios o división de mercado, inclusive si derivado de

⁶⁹⁹ Sección 2 p. 1 KartG (Austrian Cartel Act), reformada por la Kartell- und Wettbewerbsrechts-Änderungsgesetz 2021, BGBl (Austrian Federal Law Gazette), N° 176/2021.

⁷⁰⁰ Kubat, A., Tokić, A. (2024). Sustainability and Competition Law in Austria. In: Këllezi, P., Kobel, P., Kilpatrick, B. (eds) Sustainability Objectives in Competition and Intellectual Property Law. LIDC Contributions on Antitrust Law, Intellectual Property and Unfair Competition. Springer, Cham. https://doi.org/10.1007/978-3-031-44869-0_2 Pp. 27 – 50.

⁷⁰¹ Ibid.

aquellas conductas se obtienen beneficios sustentables. Además, tampoco se consideran explícitamente objetivos de sustentabilidad fuera de la variante climática, por lo que metas de condiciones laborales o bienestar animal, o relacionados a objetivos no-económicos, quedan fuera del análisis de competencia⁷⁰². Y otra problemática desde la revisión posterior de la modificación normativa, está en los estudios empíricos realizados por la autoridad de competencia austriaca que demostraron que la competencia per se garantizaba resultados más sustentables y que se demostraba que estos “carteles sustentables” llevaban a bajas inversiones en sustentabilidad.⁷⁰³

La agencia de competencia holandesa (ACM) fue la primera autoridad en adentrarse en los debates sobre sustentabilidad. En 2014, propuso un cambio radical en la relación precio-centrista de la evaluación de competencia indicando que precios más bajos no siempre conllevan al bienestar del consumidor. Esto surge a partir de varios precedentes que minimizaban el rol que tenían las mejoras en sustentabilidad priorizando la disposición a pagar de los consumidores y sus preferencias frente a dichos beneficios, despertando discusiones en torno a si el sistema de libre competencia era una barrera para conseguir objetivos sustentables. En respuesta, la ACM lanzó un borrador de Guía sobre acuerdos en sustentabilidad en 2020 con una revisión en 2021, donde delimita el alcance de los acuerdos de sustentabilidad, introduciendo nuevas herramientas entre las que se contempla un nuevo test sobre disposición a pagar y un método de cálculo de costo ambiental para evaluar estos acuerdos. En esa misma guía se define la sustentabilidad como una de las prioridades de la ACM con los acuerdos de sustentabilidad sirviendo a los propósitos de “identificar, prevenir, restringir, o mitigar el impacto negativo de las actividades económicas en las personas (incluyendo sus condiciones laborales), animales, el medioambiente, o la naturaleza”⁷⁰⁴.

Similarmente a la ACM, la HCC de Grecia, también ha tomado un rol activo en los debates de sustentabilidad. A través de su *Staff Discussion Paper*, analiza la convergencia de áreas y conflictos entre el desarrollo sustentable y la libre competencia. Este artículo recoge todo el

⁷⁰² Ibid.

⁷⁰³ Ibid.

⁷⁰⁴ ACM; (2021) Guías sobre acuerdos de sustentabilidad: oportunidades dentro del derecho de la competencia. Malinauskaite, Jurgita; Buğra Erdem, Fatih; (2023) «Competition Law and Sustainability in the EU: Modelling the Perspectives of National Competition Authorities». *JCMS: Journal of Common Market Studies* 61, n.º 5, pp. 1211-1234.

trabajo de la doctrina del Green Antitrust, viendo a la sustentabilidad como una ventaja competitiva, postulando integrar las preocupaciones medioambientales como externalidades, e incluso proponiendo una revisión de los bienes jurídicos de la libre competencia basado en una búsqueda de resiliencia sistémica probabilística en vista de la creciente interconectividad entre las esferas sociales, económicas, políticas y ambientales del desarrollo sustentable, y el “efecto cascada” en sus repercusiones⁷⁰⁵.

Fuera de la Unión Europea, pero igualmente en Europa, es notable resaltar la experiencia del Reino Unido. El régimen de competencia inglés en gran parte se asimila al de la Unión Europea, inclusive igualando la excepción legal a la prohibición general de los acuerdos horizontales, sin embargo, dada la salida de la Unión los reguladores y jueces ingleses tienen mayor libertad de divergir de los debates europeos. Consecuencia de aquello es que la agencia de competencia inglesa CMA activamente ha explorado los problemas derivados de la sustentabilidad en sus publicaciones como parte de sus ambiciones en miras a su liderazgo global, siendo tema clave para esta agencia apoyar la transición hacia un crecimiento bajo en carbono, desarrollando mercados sanos y competitivos con productos y servicios sustentables⁷⁰⁶. En esta línea, la agencia señala que continuará priorizando casos que impidan los objetivos de una economía baja en carbón en el Reino Unido⁷⁰⁷.

En particular ha: i) lanzado hojas informativas en acuerdos de sustentabilidad⁷⁰⁸; ii) conducido un estudio de mercado respecto al mercado de los puntos de carga de autos eléctricos, liderando una investigación y aceptando compromisos a largo plazo respecto de acuerdos de exclusividad sobre estos puntos de carga en autopistas⁷⁰⁹; iii) asesorado al gobierno británico en cómo el marco normativo de libre competencia y protección al consumidor facilitan o desincentivan la sustentabilidad y objetivos de carbono cero⁷¹⁰; iv) establecido un grupo especial de trabajo para ampliar el análisis respecto a los desafíos que implica adoptar objetivos sustentables; v) bajo sus facultades en materia de protección del

⁷⁰⁵ HCC. (2020) ‘Competition Law and Sustainability’. Pp. 14 y 15.

⁷⁰⁶ Competition and Markets Authority. (2022) Reporte Annual y Cuenta Pública de 2022 al 2023.

⁷⁰⁷ Ibid, para. 2.51.

⁷⁰⁸ Competition and Markets Authority. (2021) Acuerdos de sustentabilidad: CMA entrega información para los negocios.

⁷⁰⁹ Competition and Markets Authority (CMA). (2020) Estudio del mercado de carga de vehículos eléctricos.

⁷¹⁰ Competition and Markets Authority (CMA). (2022) Recomendación normativa sobre Sustentabilidad Medioambiental

consumidor, ha publicado un “Código de Reclamos Verde” para ayudar a los agentes económicos y consumidores a prevenir acusaciones de “greenwashing”⁷¹¹; vi) y más recientemente, publicado una Guía para Acuerdos Verdes para ayudar a los negocios en cómo pueden colaborar con los objetivos de sustentabilidad medioambiental sin quebrantar la legislación de competencia⁷¹²⁻⁷¹³.

Pese a estos avances, aún están pendientes dos asuntos: incorporar la sustentabilidad en sus otras variantes, pues gran parte de los esfuerzos británicos se han focalizado en materia medioambiental, no indicándose en interés alguno en incorporar temáticas sociales o éticas acordes a los ODS; y ahondar en las consideraciones por objetivos sustentables en la aplicación de casos de competencia o de control de operaciones de concentraciones, ya sea como “escudo” o “espada” en la litigación.⁷¹⁴

4.1.3. Jurisprudencia europea sobre sustentabilidad como bien jurídico en la libre competencia

En un principio la intersección entre competencia y sustentabilidad se había presentado tímidamente en algunos casos, como los ya mencionados más atrás *Exxon/Shell* y *Philips/Osram*⁷¹⁵, pero los precedentes que a continuación se expondrán abordan de manera más específica la temática y entregan diferentes posturas -desde una aceptación de la sustentabilidad hasta su rechazo- en miras a su consagración como bien jurídico.

- *Laundry Detergents*

Previo al caso señalado sucesivamente, es interesante mencionar como antecedente *Laundry Detergents* en 1998, donde en la elaboración de un código de conducta con prácticas respetuosas hacia el medio ambiente se hace un acuerdo entre la Comisión y la industria, el

⁷¹¹ Competition and Markets Authority (CMA). (2021) Código de Reclamos Verde: realización de reclamos medioambientales.

⁷¹² Competition and Markets Authority (CMA). (2023) Guía sobre Acuerdos Verdes.

⁷¹³ Holmes, S., Kar, N., Cunningham, L. (2024). Sustainability and Competition Law in the United Kingdom. In: Këllezhi, P., Kobel, P., Kilpatrick, B. (eds) Sustainability Objectives in Competition and Intellectual Property Law. LIDC Contributions on Antitrust Law, Intellectual Property and Unfair Competition. Springer, Cham. https://doi.org/10.1007/978-3-031-44869-0_12

⁷¹⁴ Ibid.

⁷¹⁵ Supra 436 y 437.

que después se tradujo en una recomendación con el fin de reducir el uso de dosificación de detergentes, envases y el peso de los ingredientes no biodegradables en los productos⁷¹⁶.

La recomendación proveía una serie de objetivos para reducir el uso de cantidad de detergente, empaquetado, y el peso/cantidad de ingredientes difíciles de biodegradar, además de la obligación de informar a los consumidores formas de optimizar el uso de su detergente.

El acuerdo entre la autoridad de competencia y los proveedores a través de la recomendación fue un éxito. El acuerdo era voluntario y el 90% de la industria formó parte, por lo que no se iniciaron acciones en sede de libre competencia, al ser cada actor aún libre para diseñar sus métodos o formas con tal de alcanzar los objetivos pactados.

Sin embargo, los efectos positivos de esta cooperación fueron minados cuando uno de los participantes se aproxima a la Comisión bajo una solicitud de beneficios (delación compensada) en 2008, descubriendo la autoridad un acuerdo entre tres competidores que se verá más en detalle en breves páginas.⁷¹⁷

Fuera de la ruptura de la colaboración guiada al estilo de una autorregulación dirigida, es valioso destacar el rol de la Comisión en la regulación y promoción de estos acuerdos entre competidores, pero aún más que entre los fundamentos de su accionar se encuentre -en etapas prematuras de la discusión sobre sustentabilidad- en su preámbulo que “fortalecer los esfuerzos por productores y consumidores será necesario para lograr un desarrollo sostenible”. A su vez, en esta misma línea, desde una perspectiva climática señala que la reducción de las temperaturas de lavado disminuirá el consumo de energía, y por ende, las emisiones de CO², junto con el menor impacto ambiental de estos objetivos.⁷¹⁸

En suma, podríamos sostener que esta recomendación de la Comisión constituye el primer precedente propiamente tal donde se toma en consideración la sustentabilidad con independencia de otros bienes jurídicos (bienestar del consumidor o eficiencia), desde el desarrollo sostenible, como el bien jurídico a proteger por el acuerdo tutelado en cuestión.

⁷¹⁶ Commission Recommendation 98/480/EC, of 22 July 1998 concerning good environmental practice for household laundry detergents [1998] OJ L215/73

⁷¹⁷ Monti, Giorgio. «Four Options for a Greener Competition Law». *Journal of European Competition Law & Practice* 11, n.º 3-4 (7 de agosto de 2020): 124-32. <https://doi.org/10.1093/jeclap/lpaa007>.

⁷¹⁸ Commission Recommendation 98/480/EC, of 22 July 1998 concerning good environmental practice for household laundry detergents [1998] OJ L215/73

- *CECED*

Jurisprudencialmente el primer precedente donde se aceptaron beneficios sustentables sopesando los riesgos anticompetitivos fue el caso *Washing Machines* o *CECED* de 1999, donde la Comisión analizó un acuerdo entre productores de accesorios domésticos que pretendía reducir progresivamente la producción y consumo potencial de lavadoras que no fueran eficientes energéticamente bajo cierto estándar.

Las lavadoras que consumen menos electricidad son objetivamente más eficientes desde el punto de vista técnico y, a su vez, un menor consumo de energía produce indirectamente una reducción de la contaminación derivada de la generación eléctrica, entonces la idea era que el parque de lavadoras derivado del acuerdo prestara el mismo servicio con una menor contaminación indirecta, que tendrá una mayor eficiencia económica que el que existiría sin el acuerdo.

Se encontró que este acuerdo restringía la competencia previniendo a los manufactureros e importadores competir en todo el rango de categorías energéticas vulnerando el artículo 81 del TFUE que prohíbe todos los acuerdos o prácticas concertadas entre empresas que supongan un control de la producción, lo que además conllevaba precios más altos para los consumidores, prohibido bajo las reglas de competencia europeas. Sin embargo, este acuerdo podía ser individualmente exento en términos de ahorro energético -mirándolo desde los beneficios económicos individuales- y las reducciones en la polución -desde los beneficios colectivos medioambientales.⁷¹⁹

Así, la Comisión señala que: “De conformidad con el artículo 174 del Tratado CE, los daños al medio ambiente han de rectificarse en su origen. La Comunidad persigue el objetivo de una utilización racional de los recursos naturales teniendo en cuenta los costes y beneficios potenciales de las medidas que se adopten en este ámbito. Los acuerdos como el del CECED deben generar unos beneficios económicos superiores a sus costes y ser compatibles con las normas de competencia (10). Aunque la electricidad no es un recurso escaso y las reducciones

⁷¹⁹ Robertson, Viktoria H. S. E. «The World’s First Green Antitrust Provision Shows That Climate Action Is the Newest Antitrust Frontier». *ProMarket* (blog), 10 de marzo de 2022. <https://www.promarket.org/2022/03/10/the-worlds-first-green-antitrust-provision-shows-that-climate-action-is-the-newest-antitrust-frontier/>.

de su consumo no abordan las emisiones en su origen, también habrá que tener en cuenta los costes de la contaminación⁷²⁰.

Es tras esta ponderación entre producción sustentable y competencia que la Comisión decide eximir al acuerdo del artículo 81, fundándose en la contribución del acuerdo al progreso técnico/económico en materia medioambiental, los beneficios que significaba para los consumidores individualmente, el objetivo global para el sector de las lavadoras, las campañas informativas parte del acuerdo, y que finalmente no se eliminaba la competencia pues hay otros factores -tales como precio, imagen de la marca, características técnicas- que influyen más en la decisiones de compra de los consumidores que la eficiencia energética de las lavadoras, y que aun así el acuerdo en este factor no imponía restricciones de iure ni de facto sobre métodos de mejorar la eficiencia energética dejando una diversidad de posibilidades técnicas para poder competir.⁷²¹

Analizando el bien jurídico sobre el cual la Comisión revisa el caso, se conjuga una tutela de la eficiencia como objetivo del acuerdo de las lavadoras potenciado y sugerido en la decisión, junto con una somera ponderación en relación a los beneficios medioambientales que en la producción y llegada a los consumidores tenía el acuerdo. Si bien no se menciona explícitamente que el bien jurídico es la sustentabilidad como tal, al menos debe reconocerse que es un avance en aproximarse al concepto al compatibilizar la competencia con la eficiencia energética, beneficios económicos individuales y beneficios ambientales colectivos.

- *DSD*

En el caso DSD, donde la Comisión definió las condiciones de sistemas de eliminación de residuos de envases con tal de que sean compatibles con la legislación de competencia, certificando que no hay motivos para accionar respecto de las reglas hechas por la compañía y los acuerdos de garantía y servicio, la autoridad establece dos principios de la política de competencia para el sector de disposición de desechos.

⁷²⁰ Comisión Europea, Caso IV.F.1/36.718 – CECEDE [1999] C. 55.

⁷²¹ Comisión Europea, Caso IV.F.1/36.718 – CECEDE [1999]

Primero, se deja claro que sólo puede aceptar acuerdos de largo plazo de exclusividad en favor de los recolectores en los contratos de servicios celebrados por la empresa, cuando la indispensabilidad de dichas esté justificada sobre la base de pruebas económicas convincentes. Segundo, releva la importancia que concede al acceso libre y sin obstáculos a la infraestructura de recogida para los competidores de DSD, pues DSD era la única compañía que ofrecía un sistema de recolección y venta de empaquetamiento de reciclaje a nivel nacional. En este sentido, la Comisión considera para efectos del artículo 81(3) respecto de la mejora en la producción o distribución de bienes, o promoción del progreso económico que, del alcance y extensión de las ventajas disponibles, se verificaba que existían ahorros de costos hechos por estos acuerdos que se transmiten hacia los consumidores, así también con la mejora de la calidad medioambiental.⁷²²

Vale destacar que pese a que tampoco existe mención expresa a la sustentabilidad, existe una sumisión bajo el estándar de bienestar del consumidor de los beneficios medioambientales de un acuerdo sobre gestión de residuos, lo cual da una pincelada en términos de criterios sustentables aplicables frente a un análisis de libre competencia.

Accesoriamente, hay que notar entre este análisis de precedentes, que la Comisión reconoció expresamente el año 2010 que, pese a su enfoque basado en un “*more economic approach*” llevado desde inicios de la década, eran significantes y únicas las atribuciones que esta podía tener sobre la libre competencia que podían ser usadas con apoyo de otras herramientas para alcanzar objetivos tales como el desarrollo sostenible, empleo, y enfrentar crisis financieras.⁷²³

- *La industria de la pesca de camarones*

En abril del 2011, la autoridad de competencia de Países Bajos emite una opinión informal respecto al plan de manejo -*MSC Management Plan 2011-2015*- sobre la industria de pesca

⁷²² Comisión Europea. Asuntos acumulados COMP/34493 – DSD; COMP/37366 Hofmann y DSD; COMP/37299 Edelhoff y DSD; COMP/37291 Rethmann y DSD; COMP/37288 ARGE y cinco otros, y DSD; COMP/37287 AWG y cinco otros, y DSD; COMP/37526 Feldhaus y DSD; COMP/37254 Nehlsen y DSD; COMP/37252 Schönackers y DSD; COMP/37250 Altvater y DSD; COMP/37246 DASS y DSD; COMP/37245 Scheele y DSD; COMP/37244 SAK y DSD; COMP/37243 Fischer y DSD; COMP/37242 Trienekens y DSD; COMP/37267 Interseroh y DSD [2001]

⁷²³ Comisión Europea. (2012) “Informe sobre la política de competencia 2011”. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. SWD(2012) 141 final. Bruselas, pp. 9–17

de camarones.⁷²⁴ A través de este plan los productores querían implementar algunos principios en miras a la obtención de un sello verde para el sector. Si esta etiqueta estaba en la comida marina, significaría que se produjo de forma sustentable porque respeta tres principios: el método de pesca no contribuye a la sobrepesca, tiene un efecto mínimo en el ecosistema y es efectivamente manejado. Así, la ACM emitió su opinión en miras a verificar la compatibilidad de este plan sectorial con las reglas holandesas y comunitarias de competencia, revisando si estas reglas podían tener efectos negativos en la competencia, si eran potencialmente restrictivas de esta o en su defecto ser justificadas bajo la excepción que contempla la misma normativa.⁷²⁵

Sobre las restricciones potenciales a la competencia se señaló que las reglas relacionadas con la reducción de la captura incidental (la captura de especies no relacionadas) y aquellas relacionadas a las inspecciones de sitios de descarga, si bien podían restringir la competencia dado lo dispuesto en el artículo 6 del *Mededingingswet*⁷²⁶ estas mejoras en sustentabilidad probablemente eran suficientemente compensadas bajo la excepción del artículo 101(3) como mejoras en la producción o distribución, o progreso técnico o económico. A su vez, respecto a las reglas que limitan la cantidad de captura de camarón, identificando que el objetivo de esta medida está en la mejora y mantenimiento de la población de camarones del Mar del Norte, se observa que dicha limitante en la captura puede conllevar a una disminución en el abastecimiento de camarón, lo que tendrá efectos en el incremento de los precios y una restricción a la competencia; en este sentido, las reglas de limitación de captura estarían prohibidas bajo los artículos 6(1) de la ley de competencia holandesa y 101(1) del TFUE constituyendo serias restricciones a la competencia, no siendo aplicable la excepción pues estas reglas no son indispensables frente al objetivo de mejorar y mantener la población de camarones del Mar del Norte, no existiendo prueba de lo contrario.⁷²⁷

⁷²⁴ Authority for Consumers & Markets. NMa is positive towards Dutch shrimp-fishing industry's plans to make shrimp-fishing sustainable. <https://www.acm.nl/en/publications/publication/6535/NMa-is-positive-towards-Dutch-shrimp-fishing-industrys-plans-to-make-shrimp-fishing-sustainable>

⁷²⁵ S.R.W. van Hees. A sustainable competition policy for Europe. Masterscriptie in het kader van de Master European Law. Europa Instituut Utrecht. 2012. Pp. 42 – 43.

⁷²⁶ También llamado Dutch Competition Act, en su artículo 6 establece prohibiciones para los acuerdos anticompetitivos en su numeral primero. A su vez, el numeral tercero establece una excepción para los acuerdos, decisiones y prácticas concertadas similar a la establecida en el artículo 101(3) del TFUE.

⁷²⁷ Van Hees, S.R.W (2012) *A sustainable competition policy for Europe*. Masterscriptie in het kader van de Master European Law. Europa Instituut Utrecht. 2012. Pp. 42 – 43.

Pese a este análisis que reconoce el valor de la sustentabilidad en el sector de pesca de camarón con un enfoque derivado esencialmente de consideraciones de eficiencia económica, no existe mención a los beneficios medioambientales de los efectos de estas medidas.⁷²⁸ Además, resulta curioso el enfoque de indispensabilidad en la aplicación de la excepción a la prohibición en materia de carteles, que resalta el elemento de eficiencia económica mencionada, pero que aun así, no incluye dentro de aquellas las que pudiesen venir de beneficios sustentables. En suma, existe de todas maneras en este precedente un tímido acercamiento a la sustentabilidad, no mencionándola en su integralidad, sino que solamente como una mejora técnica/económica, prevaleciendo el estándar de eficiencia.

- *Consumer Detergents*

En este caso, la implementación de iniciativas medioambientales sobre detergentes, específicamente sobre la reducción de dosis y peso de los detergentes en polvo de gran potencia de baja espuma y de sus envases (también llamada “iniciativa AISE”), llevó a un cartel colusorio que coordinaba alzas de precios en miras a la estabilización de sus posiciones en el mercado con tal de restringir la competencia, aprovechando la iniciativa sustentable como una ventaja competitiva respecto de las demás competidoras. Si bien la iniciativa no contemplaba ni requería discusiones sobre los precios, los acuerdos sectoriales y debates llevados a cabo con ocasión de la iniciativa llevaron a las empresas involucradas a incurrir en prácticas anticompetitivas.⁷²⁹

En este sentido, mientras las recomendaciones hechas por la iniciativa AISE involucraban buenas prácticas ambientales con un carácter voluntario, ayudando a los consumidores a reducir su uso de detergentes y de lavadoras de manera más eficiente, de todas formas estos tres grandes actores de la industria decidieron concertar un acuerdo paralelo diseñado a lograr esta “estabilización del mercado”, *inter alia*, asegurando que las reducciones en el precio (a través de reducciones en el empaquetado) no se traspasaran como beneficios a los consumidores.⁷³⁰

⁷²⁸ Ibid.

⁷²⁹ Comisión Europea. Caso COMP/39579 - Consumer Detergents [2011] 2528 final.

⁷³⁰ Malinauskaite, Jurgita; Buğra Erdem, Fatih «Competition Law and Sustainability in the EU: Modelling the Perspectives of National Competition Authorities». *JCMS: Journal of Common Market Studies* 61, n.º 5 (2023), pp. 1211-1234.

Según lo expuesto, este caso es prueba de la cautela que requiere la implementación de acuerdos entre competidores frente a lograr mayores eficiencias sustentables. Si bien el argumento esgrimido para acordar la iniciativa AISE recae en temas de eficiencia frente a los consumidores, su propósito fue pervertido al violar el principio básico de competencia al restringirla en miras a la estabilización del poder de mercado de los actores coludidos. Sobre los bienes jurídicos, más que nada aquí la reflexión está en la precaución frente a la eficiencia a rajatabla, incluso bajo la excusa medioambiental, pues de todas formas debe prevalecer sobre todo el escenario más competitivo, el que se corrompió debido a la desviación del fin del acuerdo inicial.

- *Cierre de plantas de carbón*

Siguiendo en la narrativa de la cautela al observar la competencia, frente a un acuerdo para cerrar cinco plantas de carbón coordinadamente con tal de reducir los niveles de daño ambiental y su compatibilidad con el marco normativo de competencia, la ACM holandesa rechaza estos cierres pues deduce una disminución en el suministro total de energía elevando los precios de las tarifas de la electricidad, pudiendo por consiguiente subsumir el acuerdo bajo la sección 6 de la ley de competencia de Holanda y el artículo 101 del TFUE.⁷³¹

A mayor abundamiento, en este análisis costo-beneficios, comparando el alza de precio eventual con los beneficios medioambientales tomando el cuenta los precios sombra, se reveló que el acuerdo significaba un retroceso para los consumidores al imponer precios sustancialmente más altos que el valor estimado de los efectos positivos ambientales, por lo que no se reunían los requisitos para encasillar el acuerdo bajo el régimen de excepción del artículo 6(3) de la ley de competencia holandesa y 101(3) del TFUE.⁷³²

Sin embargo, pese al rechazo, la agencia aceptó que los beneficios medioambientales podían ser considerados, aunque bajo la limitación de la expectativa en torno al alza de precios que los sobrepese. Así también, señala que es de la opinión de que estos mismos beneficios deben ser el resultado de hacer el suministro de energía más sustentable, es decir, una producción

⁷³¹ ACM (2013) “Análisis de la Autoridad para los Consumidores y Mercados del proyecto de acuerdo para cerrar plantas energéticas de carbón de los años 80’ como parte del SER Energieakkoord”

⁷³² Ibid.

más sustentable finalmente promueve el bienestar también.⁷³³ En general, si bien existen referencias hacia alcanzar un objetivo de sustentabilidad, esta se subsume bajo una condicionante a satisfacer primariamente radicada en el bienestar del consumidor y el impacto final que tendrá en el precio a pagar por este, lo que de cierta manera es una ponderación adecuada teniendo en frente una industria regulada de servicios básicos -la electricidad-, donde a diferencia de otros bienes o servicios sujetos a la oferta y demanda del mercado, estos son indispensables para la cotidianidad de los consumidores, no están sujetos al mismo rango de libertad de elección que la mayoría de lo que ofrece el mercado, y su precio está determinado por un proceso de tarificación más un aparato institucional supervisor.

- *The Chicken of Tomorrow*

Continuando en Holanda, el 2015 se presenta el infame caso de *The Chicken of Tomorrow* en el marco de un acuerdo entre supermercados, granjeros y procesadores de carne de pollo que establecía estándares de bienestar animal (crecimiento más lento, mayor espacio en los corrales, ritmos naturales de comportamiento en el día y la noche, entre otras) sobre el mínimo legal con tal de generar una producción de “pollos del mañana o del futuro”, reemplazando a los pollos regulares, que fuera vendida exclusivamente por los supermercados hacia el 2020.⁷³⁴ La autoridad de competencia (la ACM) determinó cuantificando los beneficios de estas mejoras (basándose en encuestas a consumidores) y encontrando que estos beneficios implicaban mayores costos (1.45 céntimos de euro por kilo) que la combinación de lo que los consumidores estaban dispuestos a pagar (68 céntimos de euro por kilo) y los efectos ambientales positivos (14 céntimos de euro por kilo) (un total de 82 céntimos de euro), concluyendo que las potenciales ventajas de un mayor bienestar animal no compensaban la reducción del bienestar del consumidor y las potenciales alzas de precio, representando una restricción a la competencia en el mercado relevante de la carne de pollo

⁷³³ Malinauskaite, Jurgita, y Fatih Buğra Erdem. «Competition Law and Sustainability in the EU: Modelling the Perspectives of National Competition Authorities». *JCMS: Journal of Common Market Studies* 61, n.º 5 (2023): 1211-34. <https://doi.org/10.1111/jcms.13458>.

⁷³⁴ ACM. (2015) Análisis de la Autoridad para los Consumidores y Mercados de los acuerdos de sustentabilidad sobre los “pollos del mañana”. ACM/DM/2014/206028.

subsumible bajo el artículo 6 de la ley de competencia holandesa y artículo 101 del TFUE, por lo que la iniciativa fue abandonada.⁷³⁵

La fundamentación específica está en que como resultado de los acuerdos los consumidores del 2020 se les quitaría la posibilidad de comprar pollo producido regularmente en los supermercados del país, restringiendo su libertad de elección; a nivel comunitario, los acuerdos impiden la participación en el mercado de la carne de pollo de Holanda de la carne importada de Países Bajos que no cumpla con los criterios establecidos, en circunstancias que los supermercados holandeses que participan tienen localidades a lo largo de Países Bajos, lo que significa que idealmente el acuerdo debería cubrir el país completo. El acuerdo tampoco califica bajo la excepción de la norma local y comunitaria pues: pese a reconocer los beneficios en bienestar animal, medioambiental y en salud pública, estos no tienen un valor de mercado necesariamente que exista, por consiguiente, se pueden traducir en costos hacia los consumidores que -desde un análisis de disposición de pago- estos solamente están dispuestos a pagar en una pequeña cantidad; no se generaban beneficios netos a los consumidores; existía la oportunidad de que los supermercados (o las cadenas) se diferenciaron de sus competidores según la clase de producción de pollo y si era más o menos sustentable, que en las dinámicas de dicho mercado de diferenciación de producto, no hacía necesario o proporcional el acuerdo; satisfaciéndose sólo el requisito de la competencia residual, la cual habría respecto de los diferentes tipos de carne de pollo producidas de acuerdo al más alto estándar de bienestar animal, y competencia por precio.⁷³⁶

La aproximación tomada por la agencia de competencia si bien se enmarca en la tutela del bienestar del consumidor, esta tiene un entendimiento más amplio que se basa en las preferencias de los consumidores reconociendo una posible inclusión de modos de producción amigables con el medioambiente y los animales. Aun así, esta visión tiene una limitante al considerar que las ganancias en sustentabilidad no son automáticamente contables como bienestar salvo que sea percibida por los consumidores como una “creación

⁷³⁵ Holmes, Simon. (2020) Climate change, sustainability, and competition law, *Journal of Antitrust Enforcement*, Volume 8, Issue 2, July 2020, pp. 354–405.

⁷³⁶ ACM (2014) “ACM’s Analysis of the Sustainability Arrangements Concerning the ‘Chicken of Tomorrow’”.

de valor agregado”, lo cual se prueba a través de su disposición a pagar.⁷³⁷ Complementando esta mirada, el documento a la ACM sobre “Visión entre Competencia y Sustentabilidad” señala que:

*“Muchos consumidores están dispuestos a pagar más por productos más sustentables porque valoran la concretización de las ideas detrás de esos productos. Cuando se determinan beneficios, cualitativamente las mejores que creen valor a través de la introducción de nuevos o mejorados productos debe tomarse en consideración. Cuando los acuerdos simultáneamente llevan a una reducción de suministro -por ejemplo, tomando productos pocos amigables animalmente- es necesario demostrar que el (nuevo) suministro realmente constituye una mejora en términos de calidad, o que al menos así es percibido por sus consumidores. Esto último puede ser demostrado por la disposición de una porción sustancial de consumidores a pagar más por estos productos”*⁷³⁸.

Tras esta visión, críticos de la decisión señalaron que condicionar la sustentabilidad a la creación de valor bajo un estándar de bienestar del consumidor es inapropiado ya que no permite integrar de manera adecuada objetivos medioambientales en todas las áreas del ejercicio de la libre competencia, es decir, si el valor del pollo puede ser determinado sólo en términos del valor monetario de mercado, los participantes son incapaces de hablar significativamente sobre el “valor intrínseco” de los animales de una granja.⁷³⁹

En suma, el establecimiento de un test de disposición a pagar como un concepto decisivo para crear evidencia para subsumir el bienestar animal dentro de una forma de valor para el consumidor es un argumento en función del bienestar del consumidor,⁷⁴⁰ y de igual manera, es la valorización de beneficios sustentables como creación de valor frente a los consumidores.

- *Trucks*

⁷³⁷ M Bos, Jacqueline; van den Belt, Henk; Feindt, Peter H. (2018) Animal welfare, consumer welfare, and competition law: The Dutch debate on the Chicken of Tomorrow, *Animal Frontiers*, Volume 8, Issue 1, January 2018, pp. 20–26.

⁷³⁸ ACM. (2014) Vision document on competition and sustainability.

⁷³⁹ Veanse Gerbrandy, A. (2013). Duurzaamheidsbelangen in het mededingingsrecht. *Nederlands tijdschrift voor Europees recht* 9: pp. 326 – 332.; Daskalova, V; (2015) *Op. Cit.*, pp. 133–162; Regan, T. (1985) The case for animal rights. In: Singer, P., editor. Defense of animals. New York (NY): Harper and Row.

⁷⁴⁰ M Bos, Jacqueline; van den Belt, Henk; Feindt, Peter H. (2018) *Ob. Cit.*

La Comisión Europea encontró que un grupo de marcas de camiones rompieron las reglas de competencia europeas. Estos fabricantes de camiones se coludieron por 14 años en el precio bruto de los camiones de entre 6 y más de 16 toneladas (“camiones medianos” y “camiones pesados”), la oportunidad para introducir nuevas tecnologías sobre emisiones, y el traspaso de los costos a los consumidores del cumplimiento de normas de emisiones exigidas por las normas EURO III a IV en estándar medioambiental. De esta manera, estos actores participaron directamente en la discusión sobre los precios, los incrementos de precios y la introducción de nuevas normas de emisiones hasta 2004⁷⁴¹.

Las nuevas tecnologías de emisión, la coordinación en tiempo y traspaso de costos de emisión bajo los nuevos estándares, finalmente retrasaron desde la manufactura la introducción de innovación y tecnología sobre los motores, que en un escenario competitivo hubiese resultado en emisiones más bajas de gases contaminantes.

Si bien existen conexiones en este caso entre el cumplimiento de la normativa de emisiones europea y la competencia, en general no se abordaron los aspectos de daño medioambiental ocasionados a raíz de este cartel. De todas formas, la decisión pone de relevancia la premisa de que la protección de un mercado competitivo (o de la competencia) fomenta el desarrollo de tecnologías eficientes bajas en emisiones de carbono, que si bien concuerdan con los objetivos de la comunidad y van en la línea de la integración climática en la competencia⁷⁴², no fueron abordadas en este caso desde una revisión profunda de sustentabilidad.

- *Dow/DuPont*

El control de operaciones de concentración puede jugar un rol importante en el desarrollo sustentable. Este caso en particular demuestra que, en miras a alcanzar objetivos de sustentabilidad, las partes a fusionarse pueden tener incentivos a desacelerar o discontinuar líneas de I+D, y alternativamente abandonar sus prácticas o tecnologías sustentables y adoptar el modelo de la otra parte que puede ser menos costoso, pero más contaminante, lo

⁷⁴¹ Comisión Europea. Caso AT.39824 – Trucks (2017) 6467 final.

⁷⁴² Comisión Europea. (2016) «Antitrust: Commission fines truck producers for cartel». Nota de prensa. https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/el/IP_16_2582.

que demuestra la necesidad de un control minucioso por parte de la agencia de competencia y la aplicación de remedios de ser imperioso.⁷⁴³

En 2017, llega a la Comisión Europea una fusión entre dos compañías líderes dentro de la industria química Dow y DuPont, dos de cinco actores a nivel global con actividades en I+D cubriendo toda la cadena de producción en la protección de cosechas y la innovación de su ciclo de vida desde su descubrimiento molecular hasta la distribución del producto.⁷⁴⁴

Los pesticidas se categorizan en herbicidas, insecticidas y fungicidas, y su función es proteger a una cosecha de organismos biológicos (plagas) que pueden afectar negativamente su normal desarrollo, ya sea atacándolas o compitiendo con esta por sus recursos. Como los pesticidas tienen propiedades que pueden poner en peligro la salud humana o animal, en la Unión Europea la aprobación de sustancias y la autorización de fórmulas fitosanitarias tienen regulación especial. Bajo este escenario, la industria de protección de cosechas ha tendido a concentrarse, teniendo en los 60' aproximadamente cuarenta actores llegando hasta unos cuantos, en esta década, siendo al tiempo de la fusión sólo 5 actores.⁷⁴⁵

Teniendo estos antecedentes es que la Comisión encuentra que la fusión representaba una reducción significativa de la competencia en cuanto a la innovación en I+D, en precio y elección en múltiples mercados para los pesticidas y petroquímicos existentes, cuyo avance continuo es esencial para mejorar la salud humana y la protección medioambiental, además de ser una variable competitiva entre competidores de la industria de control de plagas.⁷⁴⁶

Posterior a la investigación, la Comisión encontró evidencia que apuntaba a que la intención de la entidad fusionada era reducir el traslape en sus líneas de I+D. La Comisión también consideró que el hecho de que existieran sólo cinco actores a nivel global que estaban comprometidos en esfuerzos de I+D a tal nivel de comprensión y que las altas barreras de

⁷⁴³ APEC. Competition Policy and Sustainable Development. APEC Competition Policy and Law Group. Bangkok, Thailand. 9 November 2022. Post-Workshop Report. P. 10.

⁷⁴⁴ Comisión Europea, Caso COMP/M.7932, Dow/DuPont C(2017), c. 1955.

⁷⁴⁵ Comisión Europea, Caso COMP/M.7932, Dow/DuPont C(2017), c. 222 y 237-8.

⁷⁴⁶ Comisión Europea. (2017) «Mergers: Commission Clears Dow/DuPont Merger», Nota de Prensa, Brussels. https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_17_772.

entrada de la industria resultarían en una pérdida a largo plazo de competidores activos en el área de innovación.⁷⁴⁷

Finalmente, la Comisión aprueba la fusión con una gama de remedios sobre sectores principales de los negocios de pesticidas de DuPont, incluyendo su organización global en I+D.

Revisando en concreto la operación, para efectos del tema que nos convoca, la Comisión enfatizó la relación entre sustentabilidad e innovación en el sector agroquímico, destacando que el desarrollo de nuevos productos de protección de cosechas o variedad de plantas contribuyen significativamente a una mayor seguridad alimentaria, resiliencia en el sistema alimentario, y reducción de la contaminación.⁷⁴⁸

Entonces, en virtud de este análisis el análisis de competencia no vio la afectación de dicha fusión sólo en la variable de precio, pero también en la competencia por innovación, y a través de este tipo de competencia indirectamente incorporando un amplio rango de efectos sustentables en la evaluación de la fusión.⁷⁴⁹

De todas formas, los hechos del caso entregaban mayores posibilidades para identificar daños a la sustentabilidad objetivos e incluso demostrables desde el bienestar del consumidor, ejercitando un contrafactual donde la Comisión examina cómo la concentración podía alterar factores que eran determinantes para el estado de la competencia comparando las condiciones que resultarían de la fusión en contraste con aquellas que hubiesen prevalecido sin una operación.⁷⁵⁰ Entre las prácticas que pudo haber realizado la Comisión para considerar los beneficios o costos medioambientales frente a los consumidores está usar la información existente para muestrear a los consumidores en sus preferencias con y sin fusión, considerar conductas o comportamientos de los consumidores (por ejemplo, su disposición de pago por los nuevos productos que se deriven de la fusión), un análisis conjunto (preguntando a los consumidores una clasificación de alternativas deseables de la fusión), estimar gastos

⁷⁴⁷ Ibid.

⁷⁴⁸ Comisión Europea. Caso COMP/M.7932 - Dow/DuPont C(2017), c. 1975 – 1980.

⁷⁴⁹ Deutscher, Elias; Stavros Makris, Stavros. (2023) Sustainability concerns in EU merger control: from output-maximising to polycentric innovation competition, *Journal of Antitrust Enforcement*, Volume 11, Issue 3, November 2023, pp. 350–399, p. 353.

⁷⁵⁰ Ibid. 374 – 375.

necesarios para evaluar el daño ambiental causado por la fusión como reducciones al bienestar del consumidor, o involucrando valor futuro (por ejemplo, desde el valor que los consumidores asignan a un producto a sabiendas que las futuras generaciones pueden gozar de un activo ambiental) a ciertos recursos ambientales contabilizándolos como una mejora al futuro de los consumidores.⁷⁵¹

- *Bayer/Monsanto*

Dentro de la misma industria que el caso anterior, y la saga de operaciones de concentración que experimentó la industria pesticida desde el 2017, se suma la fusión Bayer/Monsanto⁷⁵².

Bayer era una compañía alemana activa en el negocio de las farmacéuticas, salud de consumidores, agricultura, y salud animal. Monsanto era una compañía americana que producía semillas para hectáreas de cultivos, frutas, y vegetales, también produciendo biotecnología sobre plantas y productos pesticidas. Bayer era la compañía líder en protección de cosechas mientras que Monsanto era la compañía líder en producción de semillas, por lo que la investigación de la Comisión por esta fusión se concentró en gran parte sobre los traslapes entre la producción de semillas vegetales y de plantación en hectáreas, y rasgos de semillas tanto modificados genéticamente como no modificados.

Las preocupaciones de la Comisión principalmente se relacionaron con la reducción de precio y competencia en innovación en un número significativo de mercados donde las actividades de las partes se traslapaban: más notoriamente en el desarrollo de semillas y rasgos de semillas y herbicidas. Además, la operación fortalecería la posición dominante de Monsanto en ciertos mercados donde Bayer era un importante competidor. Por ende, con tal de atender estos problemas, las partes realizaron una desinversión de los negocios y activos de Bayer en los traslapes generados en los mercados de protección de cosechas, semillas, y rasgos; además también se desinvirtió en su organización a nivel global de I+D para semillas y rasgos, junto con un proyecto para desarrollar un producto que iba a competir con el glifosato de Monsanto y sus correspondientes semillas tolerantes a dicho herbicida. Todos

⁷⁵¹ Ibid.

⁷⁵² Comisión Europea, Caso No COMP/M.8084, Bayer/Monsanto C(2018).

estos activos se vendieron finalmente a un tercero cuyas actividades estaban limitadas a un rango en que no generara preocupaciones competitivas.⁷⁵³

A diferencia del caso anterior, aquí la Comisión explícitamente rechazó evaluar la fusión en base a objetivos sustentables, clarificando que su análisis se enfocaría exclusivamente en los efectos hacia la competencia de la transacción.⁷⁵⁴ A pesar de esta negativa, reconoció que existe una conexión entre la innovación y la sustentabilidad en el sector agroquímico aseverando que más innovación es siempre buena, pero sin desafiar la dirección de estos esfuerzos en innovación; en particular sobre el impacto de esta innovación en fusiones, es que por si sola podría abordar los asuntos relevantes a la competencia desde la sustentabilidad, por lo que bajo esta base, la Comisión presta atención en su revisión para asegurar que posterior a la transacción se preserve la innovación en el sector agroindustrial clave para productos más efectivos, sanos, seguros y más amigables con el medioambiente.⁷⁵⁵

- *Novelis/Aleris*

Continuando en el terreno de las fusiones, la sustentabilidad también se puede manifestar como parte de la definición del mercado del producto y la proposición de remedios.

En este caso, con respecto a la fusión entre dos proveedores de láminas de aluminio de carrocería para automóviles, la Comisión Europea sostuvo que el uso de materiales menos pesados, como el aluminio, permite a las manufactureras automotrices producir vehículos que sean más eficientes en combustibles y reduzcan emisiones, aunque, de todas formas, los consumidores industriales deben permitírseles obtener láminas de aluminio a precios competitivos.⁷⁵⁶

Desde la definición de mercado relevante, existen indicaciones de que razones medioambientales jugaron un rol en la Comisión para definir el mercado relevante al separar el mercado del producto para las piezas de aluminio para autos. Dicha característica se refleja

⁷⁵³ Coublucq, Daniel; Kovo, David; Valletti, Tommaso M. (2022) Innovation Concerns in European Merger Control: The Agrochemical Saga (DOW/DuPont and Bayer/Monsanto) Forthcoming In: Antitrust Economics at a Time of Upheaval By J. Kwoka, T. Valletti and L. White (Editors).

⁷⁵⁴ Comisión Europea, Caso No COMP/M.8084 Bayer/Monsanto, párr. 3020. https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases1/202150/M_8084_8063752_13335_9.pdf

⁷⁵⁵ Comisión Europea, Caso No COMP/M.8084 Bayer/Monsanto (n 16) paras 3011–12.

⁷⁵⁶ Comisión Europea, M. 9706, Novelis/Aleris, 2019, párra. 82.

en la separación hecha entre el aluminio para piezas de automóvil y productos meramente de acero para automóviles, la que se fundamenta en gran parte por la regulación que involucra a ambos productos en materia de emisiones de CO² más que en sus precios, pues un fabricante típicamente escoge aluminio por la reducción en el peso de los automóviles y que se traduce en último término en un cumplimiento más eficaz de las regulaciones sobre emisión de CO², y a mayor abundamiento, que la principal variante entre los consumidores fabricantes para elegir entre estos dos productos está dada por la regulación de emisiones.⁷⁵⁷

Desde los remedios propuestos, las partes se comprometieron a desinvertir en el negocio de láminas de aluminio de *Aleris*, incluyendo la propiedad intelectual, licencias, permisos y autorizaciones.⁷⁵⁸ Indirectamente, esta desinversión abordaba las preocupaciones en torno a la reducción en posibilidad de elección y aumento de precios sobre las piezas de aluminio, que son necesarias para construir autos más ligeros y que al mismo tiempo tengan menores emisiones de dióxido de carbono⁷⁵⁹.

- *Aurubis/Metallo*

Aún dentro del área de las fusiones, para efectos de incorporar criterios sustentables también es una opción preservar la competencia a través de la clásica variable precio pudiendo tener efectos en el poder de compra por parte de los consumidores.

En este caso, la Comisión Europea investigó si el aumento de poder de compra por parte de la fusión entre dos de los más grandes compradores y refinerías de desechos de cobre en Europa podría reducir los incentivos de los recicladores para recolectar y clasificar. En específico pese a una rebaja de precios para el desecho de cobre como consecuencia de la fusión, esto se traduciría en costos más altos para la manufactura industrial la cual sería al

⁷⁵⁷ Ibid, párr. 138 – 140.

⁷⁵⁸ Ibid, párr. 1042 - 1043.

⁷⁵⁹ OECD (2021), Environmental considerations in competition enforcement, OECD Competition Committee Discussion Paper.

menos parcialmente entregada en la cadena vertical, por lo que eventualmente afectaría negativamente al consumidor final.⁷⁶⁰

La Comisión finalmente señala que una buena industria de reciclaje de cobre, a la que ambas compañías pertenecían, es clave para satisfacer las necesidades futuras de la industria europea y para limitar su impacto en el medioambiente⁷⁶¹, por lo que reconoce en parte que existe un impacto hacia la sustentabilidad en este caso. No obstante, la Comisión evaluó las eficiencias en innovación verde con relación a la revalorización por producto viendo la recuperación adicional de metales y beneficios medioambientales bajo el argumento de las partes de que dicha fusión podría tener efectos positivos a través de transferencias de tecnología dentro de la entidad fusionada. Tras este análisis la fusión se autorizó, aunque no por aquellas eficiencias mencionadas puesto que no se consideraron específicas a la transacción, oportunas y verificables.⁷⁶²

- *Car Emissions*

La Comisión Europea investigó y sancionó a Daimler, BMW y al grupo Volkswagen (Volkswagen, Audi y Porsche) por verificarse la existencia de una colusión en miras a prevenir o retrasar el desarrollo y entrada al mercado de una tecnología avanzada de limpieza por óxido de nitrógeno.

La investigación se centró en el desarrollo de tecnología específica para vehículos catalíticos que se usa tradicionalmente para tratar las vastas emisiones de autos que usan combustible Diesel antes de que sean lanzadas desde el auto hacia el medioambiente, llamado también sistema SCR. Para este propósito, se inyecta una disolución de urea – o también llamado *AdBlue* – que al entrar en contacto con los gases combustibles reduce dramáticamente los niveles de contaminación previos a su aplicación.⁷⁶³

La colusión ocurrió a través de juntas regulares entre los años 2009 y 2014 para desarrollar en conjunto los sistemas SCR para autos en base a Diesel con tal de cumplir las regulaciones

⁷⁶⁰ Comisión Europea, Caso COMP/M.9409 – Aurubis/Metallo Group Holding, 2020, párr 392 – 395 y 404; CMS Law, “Joint Observations and Suggestions by CMS Competition & EU Grupo and CMS Consumer Products Sector Group: Competition Policy supporting the Green Deal”, 20 november 2020, pp. 10 – 11.

⁷⁶¹ Comisión Europea, Nota de prensa, M.9409, Aurubis/Metallo Group Holding, 2019

⁷⁶² Comisión Europea, Caso COMP/M.9409 – Aurubis/Metallo Group Holding, 2020, párr 844.

⁷⁶³ Comisión Europea, Caso AT.40178 - Car Emissions (2021) 4955 final. párr. 47 – 49.

comunitarias de emisiones. Sin embargo, estas reuniones fueron más allá de los límites permitidos, y se acordó coludirse para estandarizar el tamaño de los recipientes con AdBlue, sus rangos, promedio de consumo e intercambio de información sensible⁷⁶⁴.

Por estas razones, la Comisión determinó que este acuerdo infringía el artículo 101(1) del TFUE al ser una forma de limitación del desarrollo técnico de acuerdo con la letra b) de dicha disposición. Adicionalmente, se determinó que dicho acuerdo no cumplía con los requisitos para optar a la excepción del artículo 101(3), puesto a que era dudoso la manera en la cual acordar capacidad de recipientes de AdBlue o rangos de recarga junto con intercambios poco anónimos de información sobre consumo promedio de nuevos modelos de autos a Diesel con sistemas SCT eran idóneos para generar -como se alegó por parte de las denunciadas- infraestructura amigable para el AdBlue y comerciabilidad de la tecnología SCR. En definitiva, la Comisión no encontró que la conducta hubiese sido indispensable para dichos objetivos⁷⁶⁵.

Interesantemente, esta es la primera colusión en Europa donde un impedimento en el desarrollo técnico califica como cartel duro, aplicándose regla per se, no entrando en el análisis de los efectos hacia la competencia, pero también fue la primera vez donde se vio en pugna la legislación de competencia con el Pacto Verde Europeo en este caso desde la innovación como objetivo parte de este instrumento normativo y la competencia como medio para lograr dicha innovación⁷⁶⁶. En este sentido, la Comisionada Vestager señaló que: “En el mundo actual, contaminar menos es una importante característica de cualquier auto. Y en este cartel se apuntaba a restringir la competencia en este parámetro clave para la competencia. (...) La competencia y la innovación (...) son también esenciales para que Europa logre sus ambiciosos objetivos dentro del Pacto Verde”⁷⁶⁷.

4.2. EE. UU.: EL PREDOMINIO DEL MODELO CLÁSICO

⁷⁶⁴ OECD (2021), Environmental considerations in competition enforcement, OECD Competition Committee Discussion Paper, p. 23.

⁷⁶⁵ Malinauskaite, Jurgita. (2022) Competition Law and Sustainability: EU and National Perspectives, *Journal of European Competition Law & Practice*, Volume 13, Issue 5, July 2022, Pages 336–348; p. 342.

⁷⁶⁶ Ibid.

⁷⁶⁷ Comisión Europea. (2021) “Antitrust: Commission Fines Car Manufacturers e875 Million for Restricting Competition in Emission Cleaning for New Diesel Passenger Cars”. Nota de prensa.

En EE. UU., el panorama dista de los complejos debates realizados en Europa y el resto del mundo. En general existe entre poco y nada de progreso en la cuna del antitrust debido a dos factores: primero, no ha sido un tema de interés por las autoridades americanas como se hubiera esperado, no obstante el cambio de la presidencia de Trump a Biden y la influencia de los neo-brandesianos aportó en vitalizar y llenar de nuevo contenido la libre competencia las temáticas tratadas se han enfocado más en mercados digitales que en cambio climático; y segundo, el escepticismo que aún existe por parte de un sector de la sociedad americana sobre la existencia del cambio climático, lo que ha ocasionado que incluso gubernamentalmente se procesen por infracciones a la normativa antitrust a empresas que en cualquier manera intenten trabajar juntas sobre el cambio climático o la sustentabilidad.⁷⁶⁸

Debido a que su concepción sobre los bienes jurídicos de la libre competencia responde a un modelo clásico que atiende especialmente al bienestar del consumidor y la eficiencia, es impensable concebir una aceptación por un bien sustentable, salvo que sea ajustándose dentro de dichos parámetros.

Desde un punto de vista normativo, el sistema norteamericano de libre competencia -la *Sherman Act*-, en comparación al europeo, no contiene excepción legal o “concepto de textura abierta” para incluir actividades que propendan a la sustentabilidad, y en general la colaboración, alerta al antitrust incluso cuando sus objetivos son consistentes con las prioridades científicas y de política pública.⁷⁶⁹ A esto se suma que, debido a su tradición jurídica dentro del *common law*, gran parte de la construcción jurídica en la libre competencia está sustentada en precedentes, entre los que hasta la fecha, no han ahondado demasiado en el debate de sustentabilidad.

Desde el actuar administrativo de los órganos persecutores sobre libre competencia, ocurren ciertos acontecimientos que se enmarcan en el paradigma de “escudo y espada” que caracterizan a la sustentabilidad dentro del análisis de competencia.

⁷⁶⁸ Sustainability Spotlights. (2023) “Ep. 11: Sustainability in Competition Law with Prof. Simon Holmes”. A Podcast by the McGill Journey of Sustainable Development Law; in McGill Journal of Sustainable Development Law. Spotify.

⁷⁶⁹ (2023) “Antitrust and Sustainability: EU, UK and US Take Divergent Enforcement Approaches”. Insights, Skadden, Arps, Slate, Meagher & Flom LLP.

Desde una perspectiva de “escudo”, el principal tópico de debate está en una tendencia en EE. UU. de integrar dentro de sus políticas corporativas las consideraciones ESG’s con tal de considerar problemáticas ambientales, sociales o de gobierno corporativo en una evaluación de inversiones, lo cual al final del día contribuye a la sustentabilidad y a la baja de emisiones de carbono al invertir en compañías que promuevan la responsabilidad social corporativa frente a sus actividades. Para efectos de la competencia, existen críticas de que esta red de colaboración sería una clase de boicot colectivo anticompetitivo frente a inversionistas independientes, posibles intercambios de información sensible entre competidores en el marco de dichas prácticas y el uso de estas políticas como justificación frente a las autoridades para compensar ciertos daños anticompetitivos de una conducta u operación (*greenwashing*).

Pese al éxito de esta iniciativa, un hito impactante ocurrió a fines del 2022 cuando fiscales generales estatales y miembros del Congreso del Partido Republicano contactan a grandes bancos, gestores de activos y compañías de seguros participando de alianzas Net-Zero, alegando que estas iniciativas eran restrictivas al ingreso de capitales y minaba a sectores con servicios carbono dependientes, vulnerando las leyes de competencia. En particular, participantes de servicios financieros y proveedores de seguros fueron criticados por sus supuestos compromisos bajo estas alianzas industriales para: eliminar de forma independiente proyectos de combustibles fósiles, integrar criterios de riesgo relacionados con el proceso de descarbonización determinados según marcos de gestión de riesgos independientes, e implementar directrices para las actividades más intensivas en carbono de sus carteras, incluidos los compromisos de las aseguradoras para apoyar a clientes de vehículos de motor en sus transiciones a opciones eléctricas u otros transportes con bajas o nulas emisiones. En la otra vereda, desde el Partido Demócrata han rechazado estos esfuerzos, argumentando que la colaboración es importante para abordar los riesgos financieros y de mercado relacionados con el clima.⁷⁷⁰

Esta carta posteriormente en ese mismo tiempo desencadenó en una nueva carta por parte de cinco senadores del Partido Republicano hacia docenas de despachos de abogados incumbiendo sus prácticas ESG’s, particularmente en su relación con la sustentabilidad

⁷⁷⁰ Ibid.

medioambiental. En esa carta se señalaba expresamente que “*no hay excepción ESG a las normas antitrust*” y que los estudios debían avisar a sus clientes de “*los riesgos en los que incurren al participar de carteles climáticos y otras desacertadas políticas ESG*”; así sostuvieron que “*el Congreso aumentará el uso de sus facultades para fiscalizar las violaciones a la institucionalidad de la normativa antitrust cometidas en el nombre de las ESG, y reportar estas violaciones a la FTC y el Departamento de Justicia*”.⁷⁷¹

Desde la perspectiva de la “*espada*”, es que Khan como Comisionada de la FTC ha señalado que desde el análisis de competencia ocurre que compañías concurren a la autoridad a sabiendas que una fusión o conducta es problemática pero que para subsanarla proponen ciertos remedios o compromisos ESG para compensarlos, aunque en esa línea la respuesta ha sido clara, no se puede salvar una conducta u operación ilegal de esa manera porque están regidos bajo la literalidad de la ley.⁷⁷²

Ni la División de Antitrust del Departamento de Justicia (desde el área criminal) ni la FTC (en la fiscalización) ha señalado que se acercará desde su *enforcement* de manera diferente o hará algo diferente que aplicar la ley tal cual existe, pese a los méritos que puedan tener objetivos en materia de sustentabilidad.⁷⁷³

Sin embargo, la preocupación por la sustentabilidad también responde a parámetros políticos. Prueba de aquello es que, en agosto del 2019, Honda, BMW, Ford y Volkswagen celebran un acuerdo con el estado de California comprometiéndose a reducir emisiones, lo cual iba precisamente en contra de los lineamientos políticos de la Administración Trump adoptados en 2018, pero que antes había sido aceptado por la Administración Obama en 2012.⁷⁷⁴ En fin, dado el escepticismo en torno al calentamiento global y la crisis climática por parte del gobierno de la época, el Departamento de Justicia inició esta investigación contra las automotoras por razones políticas. Se les representó a los cuatro acordantes los riesgos que enfrentaban en trabajar en miras un objetivo de sustentabilidad a nivel industrial y que

⁷⁷¹ Reichel, Carsten; Troutman, William L.; Giles, Ian; Romero Ramer, Samuel; Domen, Vic; Chang, Abraham; (2023) «“Climate Cartel” or Sustainability?». Norton Rose Fulbright, United States.

⁷⁷² Legal Dive. (2023) «ESG Promises Won’t Help Win Antitrust Approval, Khan Says».

⁷⁷³ Reichel, Carsten; Troutman, William L.; Giles, Ian; Romero Ramer, Samuel; Domen, Vic; Chang, Abraham; (2023) «“Climate Cartel” or Sustainability?». Norton Rose Fulbright, United States.

⁷⁷⁴ Shama, Elijah. (2019) «Ford, BMW, Honda, and Volkswagen Agree to California Emissions Framework». CNBC.

conllevarían a una vulneración de normativa federal antitrust. La teoría del caso era que el acuerdo entre las automotoras restringiría potencialmente la competencia limitando los tipos de vehículos que las compañías de autos ofrecían a los consumidores, lo que el Departamento de Justicia defendió con posterioridad al inicio de la investigación, pese a las acusaciones de motivaciones políticas detrás de la persecución del caso. Finalmente terminó por cerrarse a principios del 2020 sin encontrar evidencia alguna de colusión.

A diferencia del periodo Trump, Biden ha tomado un acercamiento mucho más potenciador y vanguardista (en la medida de lo posible) de la competencia, incluso elevándola a nivel gubernamental. Gran parte de estos méritos están en la influencia neo-brandesiana dentro de cargos clave dentro de la institucionalidad de libre competencia. Aún en ese panorama a nivel federal, la FTC tiene sus prioridades en la litigación frente a las *big-tech*, mercados de redes sociales y *e-commerce*, por lo que la preocupación climática está lejos de ser una prioridad⁷⁷⁵.

Pese al panorama administrativo, ciertos precedentes nos ayudan a tener una idea de cuál es el acercamiento americano frente a la discusión de sustentabilidad y competencia.

La máxima suprema en EE. UU. dentro de la libre competencia es que esta no admite justificaciones relativas a intereses público o buenas causas, por lo que una conducta sería considerada ilegal a pesar de esta clase de motivos, por lo que en comparación a Europa existe una divergencia abismal respecto del pensamiento sobre una intersección entre sustentabilidad y libre competencia. A nivel federal, y como se vio en la discusión sobre los objetivos de la libre competencia americana⁷⁷⁶, la legislación americana deja bastante claro que objetivos de política pública o interés público tienen nulo impacto en la legalidad de una violación de la normativa de libre competencia, y la Corte Suprema así lo ha afirmado:

“Las justificaciones sociales ofrecidas por los demandados en la restricción del comercio así no la han hecho menos ilegal”.⁷⁷⁷

Así también, los acuerdos anticompetitivos entre competidores son generalmente ilícitos incluso cuando sean por una causa virtuosa. Este principio ha prevalecido desde el año 1941

⁷⁷⁵ Webb, Dominic. (2023) «US Antitrust Chilling Effect yet to Spread to Corporates, Survey Suggests». Content. *Responsible Investor* (blog).

⁷⁷⁶ Supra Capítulos 2.1.1 y 2.1.5.

⁷⁷⁷ FTC v. Superior Court Trial Lawyers Ass'n, 493 U.S. 411 (1990)

en *Fashion Originators' Guild of America v. FTC*, donde la Corte Suprema determinó la ilegalidad per se de un acuerdo horizontal entre diseñadores de moda independientes para boicotear a distribuidores que vendían copias piratas de sus diseños.⁷⁷⁸

4.3. CHILE: ACUERDOS DE COLABORACIÓN, ALGUNOS AVANCES REGULATORIOS Y LA LEY REP

A continuación realizaremos la recopilación hecha desde Chile, en representación de Latinoamérica, abordando el marco para los acuerdos de colaboración en nuestro país, ciertos avances en regulación sectorial y, la materialización más emblemática del encuentro entre sustentabilidad y competencia, la Ley REP.

4.3.1. La institucionalidad de libre competencia chilena, su recepción sobre los acuerdos entre competidores “verdes” o de sustentabilidad y la carencia de un bien jurídico sustentable.

Desde una óptica de incorporar el desarrollo sustentable como bien jurídico en la libre competencia, existen dos asuntos a principales a evaluar: (1) El análisis respecto a los acuerdos entre competidores de colaboración “verdes”; y (2) La admisibilidad por la institucionalidad de libre competencia por bienes jurídicos propiamente tales de interés público.

Sobre el primer tópico, el artículo 3 letra a) del DL 211 considera que restringen o entorpecen la libre competencia lo siguiente:

“a) Los acuerdos o prácticas concertadas que involucren a competidores entre sí, y que consistan en fijar precios de venta o de compra, limitar la producción, asignarse zonas o cuotas de mercado o afectar el resultado de procesos de licitación, así como los acuerdos o prácticas concertadas que, confiriéndoles poder de mercado a los competidores, consistan en determinar condiciones de comercialización o excluir a actuales o potenciales competidores.”

De dicha forma, el articulado describe prohibiciones específicas bajo las que aplica la regla per se sobre acuerdos entre competidores, es decir, fijación de precios de venta o de compra,

⁷⁷⁸ *Fashion Originators' Guild of America v. FTC*, 312 U.S. 457 (1941)

limitación de producción, asignación de cuotas de mercado y afectar el resultado de procesos de licitación son ilícitos en virtud de la legislación. El resto del articulado referido a la determinación de condiciones de comercialización y exclusión de actuales o potenciales competidores queda regido bajo el análisis de la regla de la razón, siempre que se compruebe que la práctica otorga poder de mercado a los competidores.⁷⁷⁹ Pese al criterio diferente que caracteriza la evaluación de estas prácticas, se comparte la pérdida de independencia en la toma de decisiones de los agentes económicos⁷⁸⁰, lo que en gran parte, ha servido como justificación para evitar abrir la ventana frente a una necesidad de colaboración en diferentes materias, entre las cuales están los acuerdos sustentables.

En específico, la normativa de competencia general no contempla aspectos en torno a temas de sustentabilidad o para los acuerdos de colaboración “verdes”. Tampoco estamos ante un sistema, como el europeo, que pueda hacer una evaluación de eficiencias -por regla de la razón- en torno a acuerdos horizontales, puesto que el artículo 3 letra a), según se ha interpretado por la jurisprudencia tiene naturaleza *per se*; y menos aún existe una excepción legal fundada en “progreso económico”.

La principal materialización de la sustentabilidad en temas de competencia es a través de los acuerdos de colaboración “verde” o entre competidores. En esa misma línea, en Chile no hay un procedimiento para someter los acuerdos de colaboración en materias sustentables a la revisión de la FNE. Pese a esto, algunas alternativas posibles desde un análisis *lege lata* podrían ser:

1. Presentar una consulta ante el TDLC: si bien se hace en el marco de un procedimiento no contencioso, el que no implica sanciones, donde todo quien tenga interés legítimo puede aportar antecedentes, con un tribunal que puede establecer medidas o condiciones y con decisión vinculante, se presentan problemas en torno a la demora de una decisión y extensión del proceso lo que conlleve llevar el procedimiento a tribunales que no resuelvan de acuerdo a criterios de libre competencia o sustentables⁷⁸¹, sino que bajo

⁷⁷⁹ Toro, Luis Eduardo; Viertel, Macarena; Ureta, Guillermo. (2020) “Los acuerdos lícitos entre competidores y su (falta de) regulación bajo el ordenamiento jurídico chileno”, Investigaciones CeCo, p. 3.

⁷⁸⁰ Ibid. P. 4.

⁷⁸¹ Facuse, Vanessa; Nehme, Nicole; Cerda, Maikol; García, Guillermo. (2022) Conversatorio “Sustentabilidad en la Libre Competencia”. Congreso de Derecho y Economía, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

otros bienes jurídicos incluso clásicos haciendo inútil el proceso con tal de marcar precedente.

2. Adoptar proactivamente medidas de prevención para contar con una defensa en caso de que sea cuestionado por la FNE o terceros interesados, por ejemplo, protocolos de intercambios de información, *clean teams*, murallas éticas o cortafuegos⁷⁸², permitiendo ingresar el acuerdo vía litigación, pero evitando sanción alguna pues en ningún momento se puso en riesgo la competencia incumpléndose los requisitos para el tipo genérico; aunque una contra crítica radica en que, al menos en Chile, un acuerdo o práctica entre competidores podría alegar bajo regla per se por lo que sería ilícito y sancionable.
3. Alcanzar un acuerdo extrajudicial con el que la FNE ponga término a una investigación administrativa y sometido a la aprobación del TDLC, pero tiene el problema de que la Fiscalía tuvo que haber comenzado una investigación.⁷⁸³

Hay que ir a la naturaleza de lo que caracteriza un acuerdo de colaboración “verde” que es el problema de la interpretación de un acuerdo entre competidores bajo la regla per se. Para solucionar este inconveniente, es que existe jurisprudencia que señala que estos mecanismos de colaboración se analizan bajo regla de la razón:

*“(…) este tipo de acuerdos se analiza bajo la regla de la razón, cuyo objetivo es examinar la naturaleza del acuerdo, las circunstancias del mercado imperantes, lo que se traduce en hacer una ponderación de los riesgos anticompetitivos y las ganancias en eficiencias asociados al acuerdo de colaboración de que se trate”*⁷⁸⁴

Aún más, la Corte Suprema advierte que la evaluación de los acuerdos de colaboración horizontales involucra una ponderación de riesgos y eficiencias señalando que:

“[E]l quid del asunto radica en determinar si la operación presenta beneficios concretos y específicos que aconsejen su aprobación, cuestión que implica establecer si, efectivamente, la operación coordinada entre los competidores acarrea eficiencias tan significativas que neutralizan cualquier tipo de riesgos, pues sólo de esta forma se establecerá que el acuerdo

⁷⁸² Ibid.

⁷⁸³ Ibid.

⁷⁸⁴ TDLC, Resolución N° 54/2018, c. 15; TDLC, Resolución N°76/2022, c. 4; TDLC, Sentencia N° 175/2020, c. 71.

*es, como lo señalaron las partes, pro competitivo, pues esta situación es la que permute soslayar la regla prevista en el artículo 3º, inciso segundo letra a) del Decreto Ley N°211”*⁷⁸⁵

Lo positivo de la evaluación bajo regla de la razón de estos acuerdos es que abre la posibilidad para el sentenciador de entrar a consideraciones sobre interés público o basados en bienes jurídicos no-económicos. A pesar de este escenario teórico, la misma jurisprudencia relevante tanto por parte del tribunal de competencia como del máximo tribunal sitúa en gran parte el estándar usado para los acuerdos entre competidores entre el bienestar social y el del consumidor⁷⁸⁶, es decir, estándares que de alguna manera responden a bienes económicos, por lo que es incierto qué rango de inclusión pueden tener estos acuerdos dentro de objetivos de interés público.

Desde una visión de *lege ferenda*, surgen otras propuestas para solucionar este déficit regulatorio e incentivar la realización de estos acuerdos pro-competitivos de colaboración verde: regulando expresamente estos acuerdos mediante un sistema de excepción legal⁷⁸⁷ o un control de colaboraciones entre competidores⁷⁸⁸, la dictación de una guía por parte de la FNE que realice una interpretación de la normativa vigente y de cómo puede acoger estos acuerdos⁷⁸⁹, o derogar la regla per se para los acuerdos entre competidores promoviendo una evaluación desde la regla de la razón.

⁷⁸⁵ Corte Suprema, sentencia de 23 de mayo de 2019, Rol N°31.502-2018, c. 18; Corte Suprema, sentencia de 14 de agosto de 2020, Rol N°15.005-2019, c. 27.

⁷⁸⁶ TDLC, Resolución N° 54/2018, c. 221 (proceso competitivo); TDLC, Resolución N°76/2022, c. 75 (bienestar social); TDLC, Sentencia N° 175/2020, c. 135 (bienestar social y de los consumidores); Corte Suprema, sentencia de 23 de mayo de 2019, Rol N°31.502-2018, c. 11 (“Que, conforme a lo expuesto, resulta que el derecho de la competencia tiene como objetivo primordial neutralizar posiciones de poder de mercado de los agentes económicos y, en tal sentido, forma parte de la constitución económica de un orden basado en que la libertad es un medio a través del cual se consolida el bienestar de la nación. (...) desde otra perspectiva limita el ejercicio de tal derecho [el derecho a desarrollar cualquier actividad económica] de particulares que esgrimiendo su propia libertad (...) afectan los intereses de los consumidores, lo que en último término se traduce en una afectación del bienestar de la generalidad de los miembros de la Nación”); Corte Suprema, sentencia de 14 de agosto de 2020, Rol N°15.005-2019, c. 5 y 9 (“(...) el bien jurídico protegido es el interés de la comunidad de que se produzcan más y mejores bienes y se presten más y mejores servicios a precios más convenientes”/“el bien jurídico tutelado por la ley [es] en definitiva el logro del mayor bienestar posible del consumidor y de todas las personas”)

⁷⁸⁷ Ejemplos en el derecho comparado están en el ya expuesto artículo 101(3) del TFUE, la Ley de Competencia canadiense en su artículo 90.1, la “Ley Alemana contra las Restricciones a la Competencia” en su capítulo 1 sección 2 y la “Ley de Comercio” de Nueva Zelanda con un sistema de excepciones a las prácticas restrictivas del comercio.

⁷⁸⁸ Ybar, Mario. “Hoja de ruta para la libre competencia en Chile: Una propuesta” CentroCompetencia, Universidad Adolfo Ibáñez, p. 27.

⁷⁸⁹ Toro, Luis Eduardo; Viertel, Macarena; Ureta, Guillermo. (2020) Op. cit, p. 8.

Sobre el segundo tópico, ahondado más a grandes rasgos en lo desarrollado en el Capítulo II, vale señalar que para efectos de incorporar a la sustentabilidad propiamente tal como bien jurídico en el análisis de competencia chileno, un precedente positivo que demuestra la buena disposición de la autoridad de competencia chilena en esta materia está en la Declaración Pública hecha por la FNE en el contexto de la crisis sanitaria producida por el COVID-19 para que competidores colaboren entre sí. La agencia de competencia declaró que:

“[...] a diferencia de los carteles, los acuerdos de colaboración entre competidores en algunos casos pueden ser lícitos conforme al DL 211.

Para determinar la licitud de un acuerdo de colaboración entre competidores, debe realizarse un ejercicio de balance o ponderación de sus efectos, eficiencias y riesgos. Si un acuerdo de colaboración entre competidores genera eficiencias, éstas son mayores a sus riesgos anticompetitivos, se adoptan mecanismos para restringir al máximo la interacción entre los competidores y no existe un mecanismo menos lesivo de la competencia para alcanzar dichas eficiencias que su celebración, siendo por tanto necesario, un acuerdo de colaboración entre competidores sería lícito conforme al DL 211.

Según el DL 211, ni la FNE ni ninguna otra autoridad tienen atribuciones para revisar y/o autorizar, en forma obligatoria y antes de su perfeccionamiento, los acuerdos de colaboración entre competidores. Por esta razón, es indispensable que ellos sean analizados, evaluados y diseñados con precaución [...]”⁷⁹⁰

El ente persecutor entonces permitiría o abogaría un análisis bajo regla de la razón sobre estos acuerdos. Lo que además sería justificable por una circunstancia catastrófica -la pandemia-, la cual también como argumento podría extrapolarse a la sustentabilidad, pues gran parte de su fundamento está en la crisis climática planetaria y la necesidad de velar por la preservación del medioambiente frente a las futuras generaciones.

Otra forma en que la FNE ha demostrado su apertura a objetivos de carácter no-económico están en la reciente preocupación por la competencia dentro de los mercados laborales persiguiendo bienes de política pública, en este caso el empleo. En este sentido, el Fiscal Nacional Económico Jorge Grunberg señaló que la libre competencia no solo puede jugar un

⁷⁹⁰ FNE, Declaración Pública de 3 de abril de 2020.

rol clave para maximizar el bienestar de los consumidores en el acceso a bienes y servicios, sino que también puede favorecer a trabajadores -actuales o potenciales- para acceder a salarios y condiciones laborales competitivas.⁷⁹¹

Con todo lo mencionado, el precedente más cercano a incursionar en el debate entre sustentabilidad y libre competencia estuvo cuando filiales de embotelladoras de Coca Cola y CCU decidieron conjuntamente notificar a la FNE un *joint venture* destinado a implementar conjuntamente una planta de plástico PET reciclado.⁷⁹² Aunque la FNE se negó a conocer este asunto bajo su procedimiento de operaciones de concentración en razón a que lo caracterizó como un acuerdo entre competidores que debía regirse bajo el régimen ordinario de libre competencia, pudiendo ser investigado y llevado ante el tribunal, por lo que finalmente se desistió del negocio, sumado a la aparición posterior de regulación ad-hoc.⁷⁹³

4.3.2. Recepción de la sustentabilidad y la libre competencia desde la regulación sectorial.

Desde otra arista, en materia regulatoria, hay algunas luces sobre la incorporación de la sustentabilidad y su encuentro con la libre competencia en diversas áreas. Lo que tienen en común la regulación presentada es que en virtud de la regulación sectorial establecen un régimen especial de acuerdos, de los cuales se pueden inferir un grado de sustentabilidad ya sea en virtud de la misma voluntad del legislador o de los objetivos de la industria en particular.

En materia acuícola, la Ley General de Pesca y Acuicultura (LGPA) en su artículo 1°, literales B y C, señala que el objetivo de la ley es la conservación y el uso sustentable de los recursos hidrobiológicos, con un énfasis en el principio precautorio que implica considerar la preservación del medio ambiente acuático, evitar la sobreexplotación y aplicar un enfoque sistémico para la conservación de los recursos. Posteriormente la Ley N°20.434 realizó una serie de modificaciones con tal de asegurar la sustentabilidad de la actividad acuícola,

⁷⁹¹ «CeCo | Día de la competencia FNE 2023: Mercados laborales», 20 de diciembre de 2023. <https://centrocompetencia.com/dia-de-la-competencia-fne-2023-mercados-laborales/>.

⁷⁹² Ybar, Mario. «Hoja de ruta para la libre competencia en Chile: Una propuesta | CeCo», 9 de marzo de 2022. <https://centrocompetencia.com/dialogo-hoja-de-ruta-para-la-libre-competencia-en-chile-una-propuesta/>.

⁷⁹³ Resolución de archivo FNE Rol F249-2020, 25 de febrero 2021, https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2021/03/arch_F249_2020.pdf

referidas a la calidad de los derechos del concesionario, nuevas potestades de regulación ambiental y sanitaria, y nuevas infracciones.⁷⁹⁴ Las concesiones acuícolas establecidas en los artículos 67, 67 bis y 69 de la LGPA permiten a los titulares el desarrollo de sus actividades, siempre que este sea armónico y sustentable con otras desarrolladas en el área de la respectiva concesión.⁷⁹⁵

Dentro de este marco regulatorio, es curioso tratar temas de pesca en el Derecho de la Competencia, aunque existen precedentes en este sentido. El TDLC se refiere en torno a las consideraciones sobre sustentabilidad constatando la situación de tragedia de los comunes que afecta al recurso, la posición de un pescador de aumentar la captura de peces e incurrir en el fenómeno de la “Carrera Olímpica”⁷⁹⁶ señalando que:

“En un primer acercamiento al tema, se podría pensar que con sólo limitar la cantidad extraída por el total de los agentes dedicados a esta actividad se podría evitar esta “tragedia” (...) Desafortunadamente, en términos de eficiencia económica, e incluso de la sustentabilidad de la cuota de pesca definida, la fijación de una cuota global no será suficiente.” (Párrafo 37)⁷⁹⁷

“Ello representa una ineficiencia productiva, al requerir sobre-inversiones en capital y al concentrar los esfuerzos de pesca en muy breves plazos. Ambos efectos generan aumentos en el costo total de la pesca, junto con la consiguiente subutilización de la capacidad productiva en el resto del año”. (Párrafo 38)⁷⁹⁸

Así, se concluye que si bien el análisis realizado se funda en razones de mantención y cuidado de los recursos naturales para evitar una tragedia de los comunes, se vislumbra en virtud del marco legal que caracteriza a la regulación una consideración por la sustentabilidad del recurso que se desprende de la herramienta de la eficiencia económica, en el contexto de un

⁷⁹⁴ Subsecretaría de Pesca, Minuta “Ajustes a la normativa Sanitaria”, (s/f), p. 1, § 3.

⁷⁹⁵ Agüero, Francisco; Costa, Ezio. Análisis desde el Derecho de la Competencia respecto de las agrupaciones de concesiones acuícolas. Informe en Derecho. Centro de Regulación y Competencia, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Pp. 9 – 15.

⁷⁹⁶ Ibid. P. 32 – 34.

⁷⁹⁷ TDLC, Proposición N°12 “Sobre Régimen de Acceso a los Recursos Pesqueros”, Rol ERN 12-10, 27 de enero de 2011, § 37.

⁷⁹⁸ Ibid. § 38.

escenario que a priori podría conformar una restricción de la competencia atendida la necesidad de colaboración de los agentes económicos.

En el área agrícola, la Ley General de Cooperativas que regula las cooperativas agrícolas y campesinas puede ser considerada como un caso de una excepción implícita a la aplicación de la libre competencia. El objetivo de estas cooperativas está en procurar un mejor rendimiento de dichas actividades y en general del desarrollo social, económico y cultural de sus asociados, pues las cooperativas pueden aumentar la eficiencia productiva de los mercados agrícolas al bajar los costos de producción por medio de una compra conjunta de materia prima, uso común de instalaciones y transporte, y eliminar intermediarios de la cadena de producción y valor por la comunicación directa respecto de los bienes.⁷⁹⁹ Este fundamento puede recogerse como una hipótesis de regulación especial que avanza en mira al desarrollo sostenible de los recursos agrícolas.

Pese a no existir una mención explícita en la ley del tipo de acuerdos realizables o entre qué campesinos u otras cooperativas están exentas de la aplicación de la ley de competencia, la participación de los campesinos como asociados en una cooperativa con el fin de producir y agrupar productos agrícolas bajo una sola guía es inherente a la naturaleza de estas asociaciones. A mayor abundamiento, el artículo 14 de la ley permite a estas cooperativas la introducción de cláusulas de no competencia donde a un asociado se le impide entrar dentro del rango de las mismas actividades realizadas por la cooperativa en cierta zona. Aunque lo anterior no quiere decir que las cooperativas estén totalmente exentas de la normativa de competencia, pues esta “excepción” aplica más que nada para ciertas conductas colusorias, pero no para conductas unilaterales.⁸⁰⁰

Para efectos del análisis de competencia se puede concluir que los objetivos de dicha regulación se alinean dentro de los bienes clásicos que protege la legislación de competencia chilena definidos en términos de protección de la libre competencia, eficiencia en los mercados y bienestar social. El logro de una mayor productividad en las diferentes etapas de la cadena productiva con tal de lograr precios más bajos últimamente representa una mejora

⁷⁹⁹ Gutierrez Rodríguez, J. D. (2012). Competition Law Goals in Agricultural Markets: A Latin American Perspective. En *The goals of competition law* (1 ed., pp. 450-475). Edward Elgar Publishing Ltd.

⁸⁰⁰ R Jungmann D and ME Cruz T, Informe sobre la industria pisquera en relación a la demanda de Comasa contra Capel, diciembre 2009.

en el bienestar de los consumidores, sin perjuicio de que los objetivos de promover la libre competencia y la eficiencia en los mercados pueden ser desplazados (total o parcialmente) por otros estándares calificados en otros bienes tanto económicos como no-económicos.⁸⁰¹

En el mercado de las compras públicas, en el marco de la reciente promulgación de la Ley 21.634 de la reforma que moderniza el sistema público de compras se establece un nuevo capítulo de Innovación y Sustentabilidad en las compras públicas, un Comité de Innovación y Sustentabilidad, de la mano con el Diálogo Competitivo como un procedimiento establecido de diálogo con proveedores para determinar los medios más idóneos para la satisfacción de una necesidad pública, entre varias relacionadas. Así en el artículo 2 bis establece entre los principios que rigen la contratación pública están los de competencia y sustentabilidad, los que se reiteran en sus artículos 6, 7 letra d), 12, 30 letras i) y j), y el nuevo Capítulo VIII.

Si bien esta reforma innova en compatibilizar criterios sustentables con la libre competencia, la sustentabilidad se identifica no de una inclusión previa hecha por la ley, sino que curiosamente de las tendencias identificadas por el Estudio de Mercado de Compras Públicas elaborado por la Fiscalía Nacional Económica denotando que en la década del 2010 los esfuerzos en torno a las compras públicas se han enfocado en torno a la probidad, la inclusión y la sustentabilidad⁸⁰². Reflejo de aquello son las Directivas hechas por la Dirección ChileCompra, que abarcan una variedad de temas entre los cuales instrucciones para realizar contrataciones sustentables en el mercado público chileno⁸⁰³. Evidenciar este hábito sirvió en último término para incorporarlo legislativamente a través de la reforma, junto con el principio propiamente tal de competencia.

⁸⁰¹ Gutierrez Rodríguez, J. D. (2012). Competition Law Goals in Agricultural Markets: A Latin American Perspective. En *The goals of competition law* (1 ed., pp. 450-475). Edward Elgar Publishing Ltd.

⁸⁰² Fiscalía Nacional Económica. Estudio de Mercado sobre Compras Públicas (EM05-2019), División Estudios de Mercado. Santiago, noviembre de 2020. P. 39.

⁸⁰³ Ibid. Véanse las Directivas de la Dirección ChileCompra N°4 «Estándares de Transparencia», N°11 «Instrucciones para la prevención de la colusión entre oferentes», N°13 «Instrucciones para realizar Contrataciones Sustentables en el mercado público chileno», N°17 «Instrucciones para realizar contrataciones públicas inclusivas y que promuevan la igualdad de oportunidades en el mercado público», N°20 «Enfoque de género en materia de compras públicas», N°25 «Recomendaciones para la contratación de bienes y servicios incorporando criterios ambientales y de eficiencia energética» y N°26 «Recomendaciones para una mayor eficiencia en la contratación de bienes y servicios».

En el mercado financiero también existe un ámbito nuevo en el cual se regula una eventual colisión entre las normas de libre competencia y una adaptación a los temas de sustentabilidad desde los gobiernos corporativos. En el marco de la COP 26, la Comisión para el Mercado Financiero emite la Norma de Carácter General N°461 que incorpora temáticas de sostenibilidad y gobierno corporativo en la Memoria Anual de entidades bancarias, de seguros, emisores de valores de oferta pública, administradoras generales de fondos y bolsas de valores. Esto se enmarca en las prácticas y metas ESG que adoptan estas entidades al ofertar instrumentos en el mercado de valores.

De esta manera establece obligación dentro del marco de gobernanza de gobierno corporativo de divulgar cómo la entidad integra un enfoque sostenible en sus negocios, en términos ambientales (especialmente sobre cambio climático), sociales y de derechos humanos, junto a deber detectar y gestionar eventuales conductas que pudieran afectar a la libre competencia y la competencia leal en los mercados⁸⁰⁴; además detallar las políticas de gestión de riesgos operacionales, financieros, laborales, ambientales (físicos o referidos al cambio climático) junto a los riesgos en materia de libre competencia; el deber de informar si una entidad cuenta con procedimientos destinados a prevenir y detectar incumplimientos regulatorios que puedan afectar a la libre competencia, informando el número de sanciones ejecutoriadas y el monto en pesos que representan.

Más allá de la innovación a nivel normativo, en su naturaleza, este mecanismo de colaboración dirigido por la autoridad puede plantear ciertos roces en su implementación con la legislación de competencia, pues esta última puede transformarse en una traba para intercambiar experiencias y buenas prácticas entre empresas, especialmente por la clase de información asociada cuyo carácter puede revestir de esencial, sensible o delicada por parte de la autoridad de competencia, lo que puede encender las alarmas.⁸⁰⁵

Con una tenue perspectiva de competencia de manera implícita, encontramos la Ley N°21.505 de electromovilidad busca fomentar la participación de energías renovables en la

⁸⁰⁴ Comisión para el Mercado Financiero. Norma de Carácter General N°461, 12 de noviembre de 2021.

⁸⁰⁵ Acción Empresas, Centro de Gobierno Corporativo y Sociedad Universidad de los Andes. “ESG en Chile: perspectivas, avances, el rol de los directorios y los retos de su implementación”. Julio 2023. P. 52. <https://accionempresas.cl/content/uploads/esg-en-chile-2023.pdf>

matriz eléctrica mediante la promoción de las tecnologías de almacenamiento;⁸⁰⁶ de esta manera, esta ley tiene el incentivo de eximir del pago del permiso de circulación a los vehículos eléctricos durante dos años, considerando una rebaja transitoria durante los ocho años posteriores⁸⁰⁷, que de cierta forma pretende fomentar la competencia de los autos eléctricos con los clásicos a combustible relajando las barreras regulatorias para el primer tipo de autos, pero de todas maneras preservando la competencia en el mercado automovilístico. Así también, la Ley 21.100 que prohíbe la entrega de bolsas plásticas de comercio en todo Chile, si bien es una regulación que avanza en temas de sustentabilidad, de forma tácita crea con cargo hacia los consumidores la necesidad de adquirir en el mercado de bolsas de un solo uso dicho producto, cuando dicha externalidad podría ser internalizada por los agentes de dicho mercado.⁸⁰⁸

Finalmente, una fuente que integra varias de las regulaciones particular vistas, es el Acuerdo Marco Avanzado entre Chile y la Unión Europea que establece un capítulo 26 sobre comercio y desarrollo sustentable que en su artículo 26.1 dentro de los objetivos reconocidos entre las partes está la tridimensionalidad del desarrollo sustentable. En el artículo 26.3.1, se establece el reconocimiento del manejo responsable de la cadena de suministros a través de conductas de negocios responsables o bajo prácticas corporativas socialmente responsables y el rol del comercio en perseguir estos objetivos. Asimismo, se reconoce por las partes la importancia de promover el comercio de bienes que contribuya a mejorar condiciones sociales y prácticas medioambientales, tales como bienes y servicios que medioambientalmente contribuyan a un manejo de recursos eficiente, reducción de emisiones de carbono en la economía, bienes cuya producción no se vincule a deforestación, u otros bienes que estén sujetos a un mecanismo o esquema voluntario de sustentabilidad. Y vinculado con la regulación, la sección 2 del capítulo ahonda en el comercio en industrias reguladas como la forestal, pesca y acuicultura, incorporando criterios de cambio climático.

⁸⁰⁶ «Acuerdos de Cooperación Verde | CeCo», 21 de diciembre de 2022. <https://centrocompetencia.com/acuerdos-de-cooperacion-verde-la-mejor-forma-de-llegar-a-un-desarrollo-sostenible/>.

⁸⁰⁷ Ibid.

⁸⁰⁸ Montero, Catalina; Portales, Florencia; “Análisis de leyes que fomentan el reciclaje en Chile y su impacto en materia de libre competencia”. Latinoamérica, Actualidad Jurídica Uría Menéndez, ISSN: 1578-956X, 53-2019. Pp. 158-160.

4.3.3. La Ley de Responsabilidad Extendida del Productor: el bien jurídico dentro del encuentro más evidente entre sustentabilidad y libre competencia.

La consagración más importante de la compatibilidad entre libre competencia y medioambiente relacionado con sustentabilidad está en la Ley N°20.920 de Responsabilidad Extendida del Productor (Ley REP) que consagra la creación de sistemas de gestión de residuos (SGC) donde los sistemas colectivos deberán contar con un informe del TDLC en miras a evitar riesgos a la competencia en la regulación de los Estatutos y los contenidos de las Bases de Licitación. Así, los productores deben cumplir con ciertas cuotas de reciclajes los cuales pueden hacerse a través de acuerdos entre empresas productoras. El tribunal en los informes aprobará o no las propuestas hechas por los productores dependiendo de la identificación que se haga de los mercados relevantes, los riesgos a la competencia que detecte, las medidas de mitigación que exija, entre otras. Hasta la actualidad, se han solicitado siete sistemas han solicitado informes de los cuales dos están siendo aplicados y el resto sigue en proceso de consulta con informes preliminares.⁸⁰⁹

Entre los criterios que debe revisar el TDLC frente al diseño de los Estatutos y las Bases está que se ajuste a la normativa de libre competencia, asegurando el acceso abierto, la participación equitativa y el respeto a los principios generales de libre competencia. Además, se debe tener en mente que también existe el régimen de control de operaciones de concentración, y los SGC podrían potencialmente calificar, dependiendo de sus características particulares, como operaciones de concentración. Por aquello, al menos se debería considerar realizar una consulta a la FNE conforme al Instructivo sobre Pre-Notificaciones de Operaciones de Concentración para efectos de confirmar o descartar esta hipótesis.⁸¹⁰

Si bien, a priori existe un vínculo aparente entre libre competencia y sustentabilidad, en cuanto a si existe una consagración de la sustentabilidad como bien jurídico en la Ley REP

⁸⁰⁹ Informes TDLC Roles NC-492-2021, NC-504-2021, NC-506-2022, NC-507-2022, NC-510-2022, NC-513-2022, NC-516-2022.

⁸¹⁰ Catalina González Verdugo y Cristóbal Lema Abarca, “Ley Rep y Libre Competencia: De la teoría a la práctica - Primera Parte”, Investigaciones CeCo (octubre, 2022), <http://www.centrocompetencia.com/category/investigaciones>; Montero, Catalina; Portales, Florencia; “Análisis de leyes que fomentan el reciclaje en Chile y su impacto en materia de libre competencia”. Latinoamérica, Actualidad Jurídica Uría Menéndez, ISSN: 1578-956X, 53-2019. Pp. 158-160.

para efectos de competencia, se pueden desprender ciertas conclusiones de: (1) su discusión legislativa, (2) lo prescrito por la ley y (3) los informes emanados de las solicitudes de los sistemas de gestión.

En cuanto al primer tópico, la Ley REP en su artículo primero, señala que su objeto es disminuir la generación de residuos y fomentar su reutilización, reciclaje y otro tipo de valoración con el fin de proteger la salud de las personas y el medioambiente. A priori no se explicita la sustentabilidad dentro del marco de protección de la ley, sin embargo, al revisar la historia legislativa se da una discusión en torno a los principios delineados por la ley y una aparente diferencia entre el principio de gradualismo -que quedó en el texto final- y el de desarrollo sustentable -desechado en la tramitación-. El proyecto original presentado por el Ejecutivo fundamentaba en el mensaje parte del proyecto en la aprobación de la Política de Gestión Integral de Residuos Sólidos por parte del Consejo Directivo de la Comisión Nacional del Medio Ambiente al indicar que esta política pública tenía entre sus objetivos “asegurar un desarrollo sustentable y eficiente del sector”.⁸¹¹ Así mismo muchos actores de la sociedad civil que se desempeñan en el proceso de gestión de residuos agregan el incentivo del proyecto a la producción sustentable⁸¹² y la eliminación sustentable de estos pasivos ambientales⁸¹³.

Ahora, el aterrizaje de estas ideas en la redacción de la ley tuvo sus críticas pues el Vicepresidente de la Asociación de Empresas y Profesionales para el Medio Ambiente (AEPA) criticó la no inclusión del principio de sustentabilidad ambiental y sostuvo que lo ideal sería incluir los principios que se establecen en la Directiva 2008/98/CE del Parlamento Europeo sobre residuos que señala la consideración por los principios generales de precaución y sostenibilidad en el ámbito de la protección ambiental.⁸¹⁴ Tras aquello, el Ejecutivo se hizo cargo de estas observaciones y propuso consagrar el principio de “manejo ambientalmente racional de los residuos”, una nomenclatura moderna del principio de

⁸¹¹ Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, “Historia de la Ley N°20.920: establece marco para la gestión de residuos, la responsabilidad extendida del productor y fomento al reciclaje”. Primer Trámite Constitucional: Cámara de Diputados, pp. 38-39.

⁸¹² Ibid. P. 57.

⁸¹³ Ibid. P. 62.

⁸¹⁴ Directiva 2008/98/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008, sobre los residuos y por la que se derogan determinadas Directivas.

sustentabilidad ambiental recogida de la Convención de Basilea.⁸¹⁵ De todas formas, los diputados Chávez y Vallespín intentaron reponer el término “sustentable” en la redacción del proyecto, el cual por razones de consistencia con el proyecto completo fue rechazado⁸¹⁶, pero que al final se interpreta como un símil de racional.

En la discusión en sala la diputada Molina señala que todos debemos tener un compromiso con la sustentabilidad, pues el manejo de residuos y su disposición final generan altos costos ambientales, sociales y también un elevado costo económico⁸¹⁷; el diputado Vallespín señala que el proyecto constituirá una muy buena noticia para el país y quienes quieren que el desarrollo sustentable o la sustentabilidad del desarrollo sea una variable fundamental en el comportamiento de los actores productivos y de los ciudadanos.⁸¹⁸ En esta misma línea, el diputado Chávez dice que el proyecto nos pone en sintonía con los países que, de una u otra manera, han hecho del desarrollo sustentable una prioridad en su actuar.⁸¹⁹ El diputado Melo destacó la inclusión del principio de sustentabilidad ambiental.⁸²⁰

En el Senado, se intentó nuevamente incluir explícitamente a la sustentabilidad, y para subsanar aquello se realizaron indicaciones por parte de los Senadores Girardi y Lagos respecto de: el artículo primero, para que indicara que la ley REP regulase la gestión “sustentable” de los residuos; la inclusión del principio de desarrollo sustentable en reemplazo del de gradualidad; la eliminación de residuos de manera ambientalmente racional y “sustentable”; todas las que fueron rechazadas.⁸²¹

Tras estos reveses, de todos modos, al volver a la Cámara de Diputados al momento de la aprobación del proyecto en la discusión en sala, muchos legisladores destacaron el paso -si bien insuficiente- que significaba este proyecto en miras a lograr un desarrollo sustentable.⁸²²

⁸¹⁵ Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, “Historia de la Ley N°20.920: establece marco para la gestión de residuos, la responsabilidad extendida del productor y fomento al reciclaje”. Primer Trámite Constitucional: Cámara de Diputados. P. 81.

⁸¹⁶ Ibid. P. 107.

⁸¹⁷ Ibid. P. 162.

⁸¹⁸ Ibid, p. 163.

⁸¹⁹ Ibid.

⁸²⁰ Ibid. P. 168.

⁸²¹ Ibid. P. 69, 74, 90, 92, 103, 112 y 113.

⁸²² Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, “Historia de la Ley N°20.920: establece marco para la gestión de residuos, la responsabilidad extendida del productor y fomento al reciclaje”. Tercer Trámite Constitucional: Cámara de Diputados. Pp. 6 (diputado Vallespín), 10 (diputado Leopoldo Pérez), 22 (diputado Arriagada) y 31 (diputado De Mussy).

En síntesis, si bien existen menciones en la historia legislativa que aluden a la sustentabilidad propiamente tal, e incluso intenciones de incluirla como principio en la ley, estos intentos no fueron exitosos en su tenor literal; no obstante esto no resta que una homologación con el término “racional” -para abarcar una parte de lo que comprende el concepto de sustentabilidad- junto a las diversas declaraciones de los legisladores que aluden al desarrollo sustentable no puedan constituir una justificación plausible para considerar como bien jurídico protegido de la ley REP a la sustentabilidad, o si no en su defecto, alguna de las aristas económicas, medioambientales o sociales que contempla el concepto.

Sobre lo segundo, la ley es bastante sucinta sobre su preocupación por la competencia, delineando más que nada principios generales y aspectos procedimentales. Así, el artículo 2 estipula entre sus principios en la letra e) el principio de libre competencia respecto de los sistemas de gestión y la operación de los gestores; la restricción sobre la aplicación de estos en miras a evitar distorsiones en el mercado o afectaciones a la libre competencia; sobre la constitución de la persona jurídica en los estatutos estos deben garantizar la participación equitativa de los productores, el acceso a la información y el respeto a la libre competencia; el informe por parte del TDLC para los sistemas de gestión sobre el cumplimiento de las Bases de Licitación concorde a la libre competencia y este mismo informe como requisito para autorizar dicho sistema.

Adicional a estas menciones, es menester considerar aspectos tangenciales de la ley que pudiesen eventualmente tener influencia en el análisis de competencia. De esta forma, destaca la definición de “manejo ambientalmente racional”, que según el debate legislativo actúa como símil del concepto de sustentabilidad, pero respecto de su arista medioambiental y social (o sanitaria para estos efectos), el cual permea como un eventual instrumento de prevención de generación de residuos o valorización, obligación de los gestores de residuos, de los importadores y exportadores.

Entonces, para el efecto del análisis de competencia sobre los estatutos de los sistemas y las bases de licitación, se debiese considerar que ambos elementos se ajusten o lleven al bienestar, eficiencias, mayor competitividad, protección de la competencia, etcétera, con el objetivo de que al operativizar dicho sistema se preserve un manejo ambientalmente racional o sustentable de residuos.

Sobre lo tercero, la aproximación práctica en relación a los bienes jurídicos invocados en cada informe, en el Informe 26 estos se explicitan por parte del tribunal al referirse a los riesgos asociados al funcionamiento del sistema y a las reglas y procedimientos para la incorporación de asociados en los estatutos y los acuerdos de colaboración conjunta entre productores. Sobre el primer punto, se dice que al interior de los SCG podrían generarse instancias que faciliten los riesgos de coordinación a través de diversa posibilidad de prácticas las que pueden causar efectos negativos en la producción, precios u otras variables relevantes como la calidad de productos, que al final del día, reduce el bienestar social y afecta la libre competencia⁸²³; y sobre el segundo aspecto, señala que los acuerdos referidos pueden afectar los niveles de competencia en los mercados donde estos participan al facilitar la coordinación entre los actores y que para efectos del caso consultado en el informe podrían existir riesgos de traspaso de información entre socios que participen de los mismos mercados aguas arriba, facilitando la materialización de prácticas colusorias que afectan a los consumidores⁸²⁴, interpretable como una preocupación sobre los acuerdos entre competidores desde un estándar de bienestar del consumidor.

El Informe 27 solamente se fundamenta en el bienestar social.⁸²⁵

El Informe 28 aplican también bienestar social y afectación a la libre competencia⁸²⁶, bienestar del consumidor en los riesgos de traspaso de información⁸²⁷ y proceso competitivo sobre el requisito de experiencia de las Bases de Licitación⁸²⁸. La FNE continúa en la tónica del bienestar del consumidor respecto de la eficiencia asignativa en los impactos en la estructura de costos de los generadores de residuos por la implementación de la Ley REP y el alza de precios correspondiente.⁸²⁹

En el Informe 29 el tribunal se refiere a los riesgos de traspasos de información y la facilitación de prácticas colusorias como una afectación a los consumidores de los mercados⁸³⁰; sobre los derechos políticos de los socios y su instrumentalización para

⁸²³ TDLC, Rol NC 492-21, Informe 26/2022, párrafo 34.

⁸²⁴ Ibid, párrafo 149.

⁸²⁵ TDLC, Rol NC 510-22, Informe 27/2022, párrafo 23.

⁸²⁶ TDLC, Rol NC 507-22, Informe 28/2022, párrafo 28.

⁸²⁷ Ibid, párrafo 139.

⁸²⁸ Ibid, párrafo 153.

⁸²⁹ Ibid, párrafo 123.

⁸³⁰ TDLC, Rol NC 504-21, Informe 29/2022, párrafo 102.

desvirtuar el sistema, se justifica el resguardo del tribunal en esta materia para no afectar el proceso competitivo⁸³¹, y también agrupando bajo este mismo estándar la evaluación sobre el mecanismo de adjudicación de licitación en dos etapas⁸³². Por otra parte, la Fiscalía sobre la naturaleza jurídica de los sistemas de gestión colectivos al identificarlos como un acuerdo de colaboración entre competidores señala que, si estos no tienen resguardos, un daño puede producirse en múltiples mercados e industrias, así como afectar a los consumidores finales.⁸³³

El Informe 30 curiosamente el tribunal omite consideración alguna por el bienestar social, y se enfoca en su gran mayoría en una tutela por el proceso competitivo, reflejada en la evaluación sobre los derechos políticos de los socios en los Estatutos⁸³⁴, el desempeño de los mecanismos de adjudicación⁸³⁵, y los reparos sobre la cláusula de las Bases de Licitación sobre corrección o aclaración de la oferta cuya arbitrariedad puede distorsionar el proceso competitivo de la licitación⁸³⁶; una mínima parte vela por las afectaciones al interés de los consumidores.⁸³⁷ La Fiscalía repite lo señalado en el informe anteriormente dicho.⁸³⁸

En el Informe 31 se repite la misma consigna realizada en el Informe 26. El tribunal sobre los riesgos de los estatutos reitera que podrían darse instancias que faciliten riesgos de coordinación que pueden causar efectos negativos en el bienestar social.⁸³⁹ La FNE señala necesario que se cuente con resguardos sobre los riesgos anticompetitivos identificados para evitar daños en distintos mercados e industrias, así como afectar a los consumidores finales.⁸⁴⁰

El Informe 32 se repiten las preocupaciones por parte del Tribunal sobre el bienestar social y la libre competencia⁸⁴¹, y el bienestar del consumidor⁸⁴². Mientras la FNE, persiste en su estándar de bienestar del consumidor, en este caso respecto del incremento de costos de

⁸³¹ Ibid, párrafo 63.

⁸³² Ibid, párrafo 146.

⁸³³ Ibid, párrafo 6.1.

⁸³⁴ TDLC, Rol 506-22, Informe 30/2022 , párrafo 65.

⁸³⁵ Ibid, párrafo 165.

⁸³⁶ Ibid, párrafo 215.

⁸³⁷ Ibid, párrafo 118.

⁸³⁸ Ibid, párrafo 6.1.

⁸³⁹ TDLC, Rol 513-22, Informe 31/2023, párrafo 28.

⁸⁴⁰ Ibid, párrafo 4.20.

⁸⁴¹ TDLC, Rol NC 516-22, Informe 32/2023, párrafo 25.

⁸⁴² Ibid, párrafo 6.36.

producción que implica la implementación de la Ley REP y su traspaso a los consumidores en el precio a pagar.⁸⁴³

En suma, las aproximaciones invocadas denotan que inclusive en temas de sustentabilidad, el tribunal de competencia sigue aplicando una visión desde estándares basados en la economía del bienestar, siendo para estos efectos el bienestar del consumidor junto al bienestar social. Además, a este cocktail se incorpora un criterio más moderno basado en la protección del proceso competitivo respecto de las Bases de Licitación en particular.

Entonces como síntesis general de tanto la ley en sí como de su aplicación en la libre competencia, si bien de la historia legislativa más de la redacción de la ley se puede extraer un tímido objetivo de comenzar en una ruta de sustentabilidad, esto no se concreta en los informes emitidos por el TDLC que tienden a prevalecer en su razonamiento desde una línea de bienes jurídicos económicos, con la excepción de la protección de la competencia, pero al fin y al cabo un estándar no enfocado en la política pública de sustentabilidad que pretendía ser la ley REP.

Desde una perspectiva crítica, la exclusión de objetivos no-económicos del análisis de competencia para efectos de la Ley REP es problemática frente al análisis de los diversos mercados relevantes involucrados en los sistemas de gestión de residuos. Dicha problematización tampoco pretende excluir a los objetivos económicos de su debido lugar en el análisis de competencia, el punto es que para aprovechar mejor las facultades en materia de competencia entregadas por la Ley REP sería beneficioso la incorporación a la evaluación de los sistemas de gestión de criterios sustentables, en línea con lo señalado por algunos legisladores en la historia de esta ley.

⁸⁴³ Ibid, párrafo 6.35.

CONCLUSIONES

Tras la revisión de los aspectos esenciales del concepto de bien jurídico, su inserción en la libre competencia y la sustentabilidad es posible concluir lo siguiente.

La teoría del bien jurídico es funcional al diseño institucional comparado en donde se inserta el Derecho de la Competencia. En este sentido, a diferencia de otras ramas del derecho, adquiere mucha más importancia la suscripción o determinación de un bien jurídico frente a la configuración de un ilícito anticompetitivo. La razón de aquello recae en la liquidez que caracteriza la definición de los objetivos de la libre competencia, en el sentido de que, al ubicarnos dentro de un objetivo a tutelar permeamos al resto del análisis de competencia con dicha noción o enfoque, del cual en gran parte dependerá el resultado de una pretensión o un litigio. No es baladí la elección de este estándar, pues finalmente determina la “cancha” jurídica y económica sobre la cual una interpretación, teoría, decisión administrativa, o decisión judicial estará motivada enviando a la vez un mensaje a la institucionalidad económica y todos sus actores sobre el enfoque de la política de competencia.

La discusión de bien jurídico protegido en libre competencia ha evolucionado a tal nivel en materia comparada que es posible admitir objetivos de interés público, pero siempre bajo una concordancia con las características del caso en concreto en función a la estructura de mercado, las fallas de mercado que se presentan, las variables competitivas en juego, y en general, criterios que ponderen un análisis de costo-beneficio respecto los elementos que conforman un mercado y el interés al que se quiere atender. Por ende, si bien existe admisibilidad para acoger criterios de política pública, esto no significa desechar por completo las pautas económicas que caracterizan al modelo clásico de la economía del bienestar, sino que el objetivo y el desafío de la política de competencia está en ver la forma de conciliar ambos mundos de objetivos frente a un caso determinado.

Sin duda que la crisis climática plantea desafíos de adaptación tanto a nivel social como a nivel jurídico. La sustentabilidad, en su matriz conceptual, se presenta como el concepto definitivo y último en miras a compatibilizar las múltiples necesidades que el planeta requiere, lo que se comprueba a través de su tridimensionalidad. Si bien a nivel internacional el desarrollo de la sustentabilidad registra avances, la recepción y bajada de estos

instrumentos en la práctica regulatoria y jurisprudencial sigue siendo una tarea pendiente en diversas áreas. Frente a la carencia de iniciativa a nivel local ante los problemas regulatorios que ocasiona el fenómeno climático es que surge el litigio climático como una forma de canalizar estas tareas pendientes y entregar soluciones de corto a mediano plazo. Puede ser discutible la pertinencia de este medio para lograr fines más allá de los propuestos por la litigación común, pero con certeza ayuda poner en la contingencia las fallas de las que adolece tanto la regulación como la práctica jurisdiccional.

Desde la política de competencia sigue siendo un tema nuevo y aún por explorar, la recepción de esta invitación internacional a la sustentabilidad y la materialización de este nuevo criterio de análisis en las figuras clásicas que caracterizan el desarrollo mundial del derecho de la competencia.

Desde un punto de vista regulatorio, la relación entre competencia y sustentabilidad pasa por fallas de mercado contemporáneas que inhiben a los agentes económicos de incursionar en el camino de la sustentabilidad, pese a que existan buenas intenciones. Fallas tales como la indisposición a pagar costos sociales o ambientales por parte de los consumidores, sesgos de comportamiento que preservan las prácticas de consumo habituales, asimetrías de información sobre costos futuros o productos poco sustentables, problemas de coordinación, la “desventaja del que se mueve primero” y externalidades negativas, son parte del repertorio que ponen en una situación competitiva de detrimento a las iniciativas sustentables. A lo que hay que relevar el rol del cambio climático como falla que afecta a los mercados que externalizan emisiones de gases de invernadero (que son la gran mayoría).

Es en este contexto que la competencia tiene un rol que tomar, al ser el regulador por default de las relaciones realizadas en torno a una economía de libre mercado. Aterrizar la corrección de estas fallas desde la política de competencia no es una idea fácil, pues a veces incluso con las mejores intenciones se llega a resultados perjudiciales. Es discutida la forma en que se debe incorporar la sustentabilidad de la libre competencia, entre los tres acercamientos vistos existen buenas razones tanto jurídicas como económicas sobre la necesidad o no de este encuentro y de ciertos sacrificios o “*trade-offs*” que conlleva una política más verde. Estos *trade-offs* se reflejan en posturas que proponen: un mayor sacrificio de competencia en beneficio de un nuevo entendimiento de esta disciplina integrando la sustentabilidad como

objetivo de la política de competencia aplicando reformas a la normativa y un rol supervisor de las agencias de competencia; aceptar un espacio para la sustentabilidad, pero dentro de la misma normativa vigente aprovechando la discrecionalidad de las agencias de competencia y la práctica jurisprudencial, bajo la máxima de que la competencia resulta en mayor sustentabilidad; y defender un enfoque clásico de la política de competencia donde el mismo mercado propende a la sustentabilidad desde el bienestar del consumidor.

Normativamente, la respuesta es más compleja pues como se pudo ver en la experiencia comparada de los tres polos expuestos, existen mayores o menores avances dependiendo del grado de avance legislativo y regulatorio en materias de sustentabilidad. Así, en una realidad comunitaria como en la Unión Europea, avanzar en objetivos sustentables en la libre competencia es más llevadero y aceptable por un contexto normativo y administrativo que acepta incursionar en este planteamiento, tanto por el fomento del Tratado de la Unión, el Tratado de Funcionamiento, la Carta de Derechos y el Pacto Verde, como por la disposición de las agencias locales a buscar nuevos criterios -legales o técnicos- para el análisis de una conducta u operación.

En el plano contrario, EE. UU. se ha retraído en su capacidad de *enforcement* y de vanguardia, no existiendo siquiera intención de ahondar en temas de sustentabilidad por una selección de prioridades hacia los mercados digitales y por consideraciones políticas que nublan la discusión sobre la búsqueda de nuevos objetivos de la legislación de competencia.

Y entremedio, Chile, que si bien a nivel regulatorio ha avanzado en promover iniciativas sustentables por regulación ad-hoc para necesidades puntuales dicho análisis no ha permeado a las autoridades de competencia, existiendo un panorama de incerteza jurídica frente a la posibilidad de establecer acuerdos de cooperación entre competidores, dada la evaluación de acuerdos por regla per se que la jurisprudencia respalda (pese a los tímidos guiños para lo contrario), y el predominio de la aplicación de las leyes de competencia en la tutela de la eficiencia y el bienestar del consumidor, que aún frente a iniciativas sustentables con control de competencia – es decir, Ley REP- falla en incorporar a la sustentabilidad como parte de las prioridades frente a una preocupación ambiental.

Respondiendo sucintamente a la pregunta formulada en esta tesis. Doctrinariamente la sustentabilidad puede ser un bien jurídico protegido en tanto se puede desprender de una

visión desde un modelo flexible (que admite objetivos no-económicos) instrumentalizando estándares económicos modelo clásico como el bienestar del consumidor o la eficiencia para el análisis de criterios sustentables desde una perspectiva económica. En ningún caso su incorporación como bien jurídico debería significar un sacrificio de competencia, pues la ponderación para salvaguardar la competencia podría realizarse al estilo Austriaco, es decir, prohibiciones generales y absolutas que operen bajo regla per se (incluso al existir beneficios en sustentabilidad), y análisis bajo la regla de la razón a través de un régimen de excepción fundado en la revisión de eficiencias económicas y medioambientales.

La incorporación de la sustentabilidad como bien jurídico en la práctica dependerá de varios factores: si se admiten objetivos de interés público del modelo flexible (o no) en la libre competencia pues dentro de ellos está la sustentabilidad; del coraje para crear precedentes invocando a la sustentabilidad como bien jurídico argumentando razones de eficiencia; del análisis jurídico/económico que se haga en el caso; la interpretación y uso de fuentes normativas y su suficiencia para construir una teoría del caso favorable a la sustentabilidad (en la mira de lo que Holmes postula integrando varias disposiciones comunitarias); de la jurisdicción ante la que se esté pues algunas pueden suscribir más al modelo clásico (como EE.UU.) u otras al modelo flexible (las de derecho continental en general); el marco normativo de libre competencia propiamente tal y si se contemplan (o no) excepciones que permitan evaluar los beneficios sustentables como un beneficio a la competencia; y la labor de *enforcement* que ejerzan las agencias de competencias, porque dependiendo de su grado de independencia es que se les permitirá incursionar en estos tópicos (sacando lecciones del infortunio político de la experiencia norteamericana).

Llevando la discusión a nivel local con tal de comenzar a incluir a la sustentabilidad en el análisis de libre competencia general (excluyendo la regulación sectorial que pueda existir, aún si tiene control de competencia [Ley REP]) sería ideal una modificación normativa para incluir correctamente a los acuerdos de colaboración entre competidores. Una buena alternativa sería adoptar el modelo europeo del artículo 101(3) del TFUE, pero reemplazando el concepto de “progreso económico” por “desarrollo sostenible”, en concordancia con el marco jurídico internacional que fundamenta el concepto de sostenibilidad y la semejanza en el entendimiento del objetivo de la política de competencia chilena con la comunitaria en su

base dentro del interés público (comparando la doctrina de la Corte Suprema chilena y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea). En subsidio, la alternativa está en elaborar un procedimiento ad-hoc no contencioso para acuerdos entre competidores, pero que evite las complicaciones de persecución y gasto de recursos de los actuales vigentes. Habiendo realizado aquella modificación, la interpretación de la regla per se quedaría restringida a los casos de carteles duros y se aplicaría el análisis de regla de la razón para evaluar estos acuerdos, de manera similar a como en la actualidad se hace sobre operaciones de concentración.

ANEXO I: TABLA DE NORMATIVA CITADA

Norma (cita)	Referencia
Fuentes internacionales	
Convención sobre el Derecho del Mar	Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar. Secretaría General de las Naciones Unidas. 10 de diciembre de 1982, UN Doc. A/CONF.62/122; 21 ILM 1245.
Convención sobre la protección del patrimonio mundial, cultural y natural	Convención sobre la protección del patrimonio mundial, cultural y natural. La Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, 17° reunión, París, 17 de octubre al 21 de noviembre de 1972. UNESCO
Declaración de Estocolmo de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano	Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano. Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, Estocolmo, 5 a 16 de junio de 1972. Naciones Unidas. UN Doc. A/C. 48/14 (1972), 11 ILM 1461 (1972)
Declaración de Nueva Delhi acerca de los Principios del Derecho Internacional relativos al Desarrollo Sostenible	Anexo de la carta de fecha 6 de agosto de 2002 dirigida al Secretario general de las Naciones Unidas por el Representante Permanente de Bangladesh ante las Naciones Unidas y el Encargado de Negocios interino de la Misión Permanente de los Países Bajos ante las Naciones Unidas. Asociación de Derecho Internacional, 70° Conferencia en Nueva Delhi (India) del 2 al 6 de abril de 2002, Resolución 3/2002. UN Doc. A/57/329, Asamblea de las Naciones Unidas, 2002. Disponibile en: https://digitallibrary.un.org/record/475817?ln=es
Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo	Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo. Asamblea General de las Naciones Unidas. Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Rio de Janeiro, del 3 a 14 de junio de 1992. A/CONF.151/26 (vol. I). Disponibile en: https://www.un.org/en/development/desa/population/migration/generalasembly/docs/globalcompact/A_CONF.151_26_Vol.I_Declaration.pdf

<p>Declaración sobre los principios de Derecho Internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas</p>	<p>Declaración sobre los principios de Derecho Internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas. Asamblea General de las Naciones Unidas. A/RES/2625(XXV). 1970.</p>
<p>Programa para la Implementación de la Agenda 21</p>	<p>Programa para la ulterior ejecución del Programa 21. Asamblea General de las Naciones Unidas. Resolución aprobada por la Asamblea General, A/RES/S-19/2, del 27 de junio de 1997. Disponibile en: https://digitallibrary.un.org/record/244113?ln=es#record-files-collapse-header</p>
<p>Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible (Objetivos para el Desarrollo Sostenible)</p>	<p>Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible. Asamblea General de las Naciones Unidas. Resolución aprobada por la Asamblea General el 25 de septiembre de 2015. A/RES/70/1. Disponibile en: https://documents.un.org/doc/undoc/gen/n15/291/93/pdf/n1529193.pdf?token=zDdZ0CGhsg7ckUXSKR&fe=true</p>
<p>Tratado Antártico</p>	<p>Tratado Antártico. Gobierno Federal de los Estados Unidos. 1 de diciembre de 1959. 402 UNTS 71.</p>
<p>Tratado sobre los principios que deben regir las actividades de los Estados en la exploración y utilización del espacio ultraterrestre, incluso la Luna y otros cuerpos</p>	<p>Tratado sobre los principios que deben regir las actividades de los Estados en la exploración y utilización del espacio ultraterrestre, incluso la Luna y otros cuerpos celestes (Tratado sobre el Espacio Ultraterrestre). Asamblea General de las Naciones Unidas. 27 de enero de 1967.</p>

celestes (Tratado sobre el Espacio Ultraterrestre)	
Tratado de la Luna	Acuerdo que gobierna las actividades de los Estados en la Luna y otros cuerpos celestes. Secretaría General de las Naciones Unidas. 5 de diciembre de 1979. Nueva York.
Fuentes locales	
Alemania	
<i>Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen – GWB (Ley contra las Restricciones a la Competencia)</i>	Ley contra las Restricciones a la Competencia. Alemania. Ley de competencia, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen – GWB. Federal Ministry of Justice, Federal Office of Justice. 2013.
Austria	
<i>KartG/Kartellgesetz (Ley Austria Anticarteles)</i>	Austria. Legislación federal contra carteles y otras restricciones a la competencia, 2005. Versión completa, hasta la última reforma de 10 de septiembre de 2021. Disponible en: https://www.bwb.gv.at/fileadmin/user_upload/PDFs/Cartel_Act_2005_Sep_2021_english.pdf
Canadá	
<i>Competition Act (Ley de competencia canadiense)</i>	Canadá. Ley de Competencia, R.S.C., 1985, c. C-34. Disponible en: https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/c-34/fulltext.html#:~:text=1.1%20The%20purpose%20of%20this,competition%20in%20Canada%2C%20in%20order
Chile	
Decreto Ley 211 (DL 211)	DFL 1. Chile. Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del decreto ley n°211, de 1973. Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción; Subsecretaria de Economía, Fomento y Reconstrucción. Santiago, Chile. 2005.

Ley 21.100	Ley 21.100. Chile. Prohíbe la entrega de bolsas plásticas de comercio en todo el territorio nacional. Ministerio del Medio Ambiente. Santiago, Chile. 2018.
Ley 21.505	Ley 21.505. Chile. Promueve el almacenamiento de energía eléctrica y la electromovilidad. Ministerio de Energía. Santiago, Chile. 2022.
Ley 21.634	Ley 21.634. Chile. Moderniza la Ley N°19.886 y otras leyes, para mejorar la calidad del gasto público, aumentar los estándares de probidad y transparencia e introducir principios de economía circular en las compras del Estado. Ministerio de Hacienda. Santiago, Chile. 2023.
Ley de Responsabilidad Extendida del Productor (Ley REP)	Ley 20.920. Chile. Establece marco para la gestión de residuos, la responsabilidad extendida del productor y el fomento al reciclaje. Ministerio del Medio Ambiente. Santiago, Chile. 2016.
Ley General de Cooperativas	DFL 5. Chile. Fija texto refundido, concordado y sistematizado de la Ley General de Cooperativas. Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, Subsecretaría de Economía, Fomento y Reconstrucción. Santiago, Chile. 2004.
Ley General de Pesca y Acuicultura	Decreto 430. Chile. Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N°18.892, de 1989 y sus modificaciones (con modificación hecha por Ley N°20.434), Ley General de Pesca y Acuicultura. Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción. Santiago, Chile. 1992.
Ley General de Servicios Eléctricos	DFL 4/20018. Chile. Fija texto refundido, coordinado y sistematizado del decreto con fuerza de ley n°1, de minería, de 1982, Ley General de Servicios Eléctricos, en materia de energía eléctrica. Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción; Subsecretaría de Economía, Fomento y Reconstrucción. Santiago, Chile. 2007.
Tratado de Libre Comercio con EE.UU.	Decreto 312. Chile-Estados Unidos. Promulga el Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos de América, sus anexos y las notas intercambiadas entre ambos gobiernos relativas a dicho tratado. Ministerio de Relaciones Exteriores. 2003.
Norma de Carácter General N°461	Norma de Carácter General N°461. Chile. Modifica la estructura y contenido de la memoria anual de los emisores de valores y modifica y

	deroga normas que indica. Comisión para el Mercado Financiero. Santiago, Chile. 2021.
Acuerdo Marco Avanzado entre Chile y la Unión Europea	Acuerdo Marco Avanzado entre Chile y la Unión Europea. Chile-UE. Subsecretaría de Relaciones Económicas Internacionales. Acuerdo en Negociación. Santiago, Chile. 2024. Disponibile en: https://www.subrei.gob.cl/acuerdos-comerciales/modernizacion-ue-chile/textos-del-acuerdo
Instructivo sobre Pre-Notificaciones de Operaciones de Concentración	Instructivo sobre Pre-Notificaciones de Operaciones de Concentración. Chile. Fiscalía Nacional Económica. Santiago, Chile. Disponibile en: https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2021/05/20210416.-Instructivo-Pre-Notificacion-rev-CI-30.04.pdf
China	
Ley Anti-Monopolio	Ley Anti-Monopolio. China. Promulgada por la Orden N°68 de 30 de agosto de 2007 del Presidente de la República Popular de China. WIPO Lex. Disponibile en: https://www.wipo.int/wipolex/es/legislation/details/6543
Corea del Sur	
<i>MRFTA</i>	Ley de regulación antimonopolios y del comercio justo. Corea del Sur. Regulación antimonopolio y del comercio justo, del 29 de marzo de 2016. Fair Trade Commission. Disponibile en: https://www.ftc.go.kr/eng/cop/bbs/selectBoardList.do?key=2835&bbsId=BBSMSTR_000000003631&bbsTyCode=BBST11
Estados Unidos	
Sherman Act	Sherman Antitrust Act. Estados Unidos. Ley antimonopolios de Estados Unidos. 1890. 15 U.S.C. §§ 1-38.
Orden Ejecutiva para la Promoción de la Competencia en la Economía Americana	Estados Unidos. Orden Ejecutiva para la promoción de la Competencia en la Economía Americana. La Casa Blanca, sala de reuniones, acciones presidenciales, 9 de julio de 2021. Disponible en: https://www.whitehouse.gov/briefing-room/presidential-actions/2021/07/09/executive-order-on-promoting-competition-in-the-american-economy/

Guía sobre Fusiones	<p>Estados Unidos. Guías sobre Fusiones. U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission.</p> <p>Versiones de 1968, 1982, 1992, 1997, 2010 y 2023</p> <p>Disponibles en: https://www.justice.gov/archives/atr/1968-merger-guidelines</p> <p>https://www.justice.gov/archives/atr/1982-merger-guidelines</p> <p>https://www.justice.gov/archives/atr/1992-merger-guidelines</p> <p>https://www.justice.gov/archives/atr/1997-merger-guidelines#:~:text=The%20unifying%20theme%20of%20the.a%20significant%20period%20of%20time</p> <p>https://www.justice.gov/atr/horizontal-merger-guidelines-08192010</p> <p>https://www.ftc.gov/system/files/ftc_gov/pdf/2023_merger_guidelines_final_12.18.2023.pdf</p>
India	
La ley de competencia	<p>La ley de competencia. India. La ley de competencia (enmienda), 2012. Ministerio de asuntos corporativos. PRS Legislative Research.</p> <p>Disponible en: https://prsindia.org/billtrack/the-competition-amendment-bill-2012#:~:text=The%20Competition%20Act%20prohibits%20any.any%20other%20intellectual%20property%20rights.</p>
Indonesia	
Ley de la prohibición de las prácticas monopolísticas y prácticas de negocios injustas.	<p>Ley de la prohibición de las prácticas monopolísticas y prácticas de negocios injustas. El Presidente de la República de Indonesia. Ley de la República de Indonesia, ley número 5 de 1999, respecto a la prohibición de prácticas monopolísticas y las prácticas de negocios injustas.</p> <p>Commission for the Supervision of Business Competition of the Republic of Indonesia.</p> <p>Disponible en: https://www.asean-competition.org/file/pdf_file/law_5_year_1999_.pdf</p>
Japón	
La ley antimonopolio	<p>La ley antimonopolio. Japón. La ley contra la prohibición de la monopolización privada y la mantención del comercio justo, Ley n°34 del 14 de abril de 1947. Japan Fair Trade Commission.</p>

	<p>Disponible en:</p> <p>https://www.jftc.go.jp/en/legislation_gls/amended_ama09/index.html</p>
Namibia	
Ley de competencia 2	<p>Ley de competencia 2. Namibia. Ley de competencia 2, ley n°2 del 2003. <i>Namibian Competition Commission</i>.</p> <p>Disponible en:</p> <p>https://www.nacc.com.na/technical_overview/competition_act_rules.php#:~:text=Competition%20Act%20of%202003,to%20provide%20for%20incidental%20matters.</p>
Nueva Zelanda	
<i>The Commerce Act</i> (La ley de comercio)	<p>La ley de comercio. Nueva Zelanda. The Commerce Act 1986. New Zeland Legislation. Disponible en:</p> <p>https://www.legislation.govt.nz/act/public/1986/0005/latest/DLM87623.html</p>
Países Bajos	
<i>Mededingingswet</i> (Ley de competencia holandesa)	<p><i>Mededingingswet</i> (Ley de competencia holandesa). Países Bajos. Ley de Competencia. Banco de legislación. 2021.</p> <p>Disponible en: https://wetten.overheid.nl/BWBR0008691/2023-01-01</p>
Guía sobre acuerdos en sustentabilidad	<p>Guía sobre acuerdos de sustentabilidad. Países Bajos. Guías sobre acuerdos de sustentabilidad: oportunidades dentro del derecho de la competencia. Autoridad para los Consumidores y el Mercado (ACM)</p>
Reino Unido	
Ley de Empresas	<p>Ley de Empresas. Reino Unido. Ley de empresas de 2002. <i>legislation.gov.uk</i>.</p> <p>Disponible en: https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2002/40/contents</p>
Guía sobre Acuerdos Verdes	<p>Guía sobre Acuerdos Verdes. Reino Unido. Guía sobre acuerdos verdes: guía sobre la aplicación de la prohibición del Capítulo I de la ley de competencia de 1998 para acuerdos medioambientalmente sustentables. <i>Competition & Markets Authority</i>. CMA 185, del 12 de octubre de 2023.</p>
Rusia	
Ley sobre Protección de la Competencia	<p>Ley sobre Protección de la Competencia. Federación de Rusia. Ley Federal N°135-FZ, de 26 de julio de 2006. WIPO Lex.</p> <p>Disponible en: https://www.wipo.int/wipolex/es/legislation/details/15808</p>

Sudáfrica	
Ley de competencia	Ley de competencia. República de Sudáfrica. Ley de competencia, ley 89 de 1998, del 20 de octubre de 1998. Competition Commission. Disponible en: https://www.compcom.co.za/wp-content/uploads/2021/03/Competition-Act-A6.pdf
Taiwan	
Ley de comercio justo	Ley del comercio justo. Taiwan. Ley del comercio justo, con enmienda promulgada el 23 de noviembre del 2011. Laws & Regulations Database of The Republic of China (Taiwan). Disponible en: https://law.moj.gov.tw/ENG/LawClass/LawAll.aspx?pcode=J0150002
Unión Europea	
Tratado de la Unión Europea (TUE)	Unión Europea. Versión consolidada del Tratado de la Unión Europea, Diario Oficial de la Unión Europea, C 326/26, 26 de octubre de 2012.
Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)	Unión Europea. Versión consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, Diario Oficial de la Unión Europea, C 326/47, del 26 de octubre de 2012.
Reglamento comunitario de concentraciones	Unión Europea. Reglamento (CE) n°139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas, Diario Oficial de la Unión Europea, L 24/29, del 29 de enero de 2004.
Pacto Verde Europeo	Unión Europea. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: El Pacto Verde Europeo. COM/2019/640 final. Bruselas, 11 de diciembre del 2019.
Directiva sobre los residuos y por la que se derogan determinadas Directivas	Unión Europea. Directiva 2008/08/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los residuos y por la que se derogan determinadas Directivas, L 312/3, de 19 de noviembre de 2008.
Directrices de la Comisión sobre la exclusión del artículo	Unión Europea. Comunicación de la Comisión – Directrices de la Comisión sobre la exclusión del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea para los acuerdos de sostenibilidad

<p>101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea para los acuerdos de sostenibilidad de los productores agrícolas de conformidad con el artículo 210 bis del Reglamento (UE) n°1308/2013.</p>	<p>de los productores agrícolas de conformidad con el artículo 210 bis del Reglamento (UE) n°1308/2013. Diario Oficial de la Unión Europea, C/2023/1446, 8 de diciembre de 2023.</p>
<p>Directrices sobre la evaluación de las concentraciones horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas</p>	<p>Unión Europea. Directrices sobre la evaluación de las concentraciones horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas, 2004/C 31/03, Diario Oficial de la Unión Europea, C 31/5, del 5 de febrero de 2004.</p>
<p>Directrices para la evaluación de las concentraciones no horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas</p>	<p>Unión Europea. Directrices para la evaluación de las concentraciones no horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas, 2008/C 265/07, Diario Oficial de la Unión Europea, C 265/6, del 18 de octubre de 2008.</p>
<p>Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del</p>	<p>Unión Europea. Comunicación de la Comisión: Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 / artículo 101 del Tratado, 2004/C 101/97, del 27 de abril de 2004.</p>

<p>Tratado / Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea</p>	
<p>Directrices relativas a la aplicación del artículo 81 del Tratado CE a los acuerdos de transferencia de tecnología / Directrices relativas a la aplicación del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de transferencia de tecnología</p>	<p>Unión Europea. Comunicación de la Comisión: Directrices relativas a la aplicación del artículo 81 del Tratado CE/ artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de transferencia de tecnología</p> <p>Versiones 2004/C 101/02, del 27 de abril de 2004; y 2012/C 89/03.</p>
<p>Directrices relativas a las restricciones verticales</p>	<p>Unión Europea. Comunicación de la Comisión: Directrices relativas a las restricciones verticales.</p> <p>Versiones 2000/C 291/1, del 13 de octubre del 2000; 2010/C 130/1, del 19 de mayo del 2010; 2022/C 248/01, del 30 de junio del 2022.</p>
<p>Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 81 del Tratado CE a los acuerdos de cooperación</p>	<p>Unión Europea. Comunicación de la Comisión: Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 81 del Tratado CE a los acuerdos de cooperación horizontal</p> <p>Versiones 2001/C 3/02, del 6 de enero del 2001; 2011/C 11/1, del 14 de febrero de 2011; 2023/C 259/01.</p>

horizontal / Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101	
Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 / 102 del Tratado CE / TFUE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes	Unión Europea. Comunicación de la Comisión: Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 / 101 del Tratado CE / TFUE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes, 2009/C 45/02, del 24 de febrero de 2009.
Recomendación de la Comisión sobre definición de microempresas, pequeñas y medianas empresas	Unión Europea. Recomendación de la Comisión: sobre la definición de microempresas, pequeñas y medianas empresas, L 124/36, 2003/361/CE, de 6 de mayo de 2003.
Comunicación <i>de minimis</i>	Unión Europea. Comunicación de la Comisión: Comunicación relativa a los acuerdos de menor importancia que no restringen la competencia de forma sensible en el sentido del artículo 101, apartado 1, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Comunicación <i>de minimis</i> . 2014/C 291/01.
Reglamento sobre el control de las operaciones de concentración entre las empresas (Derogado)	Unión Europea. Reglamento (CEE) n°4064/89 del Consejo sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas, de 21 de diciembre de 1989. Diario oficial de las Comunidades Europeas, n°L 395/1.

ANEXO II: TABLA DE JURISPRUDENCIA CITADA

Nombre del caso/Abreviatura (cita)	Estándar/Bien destacado	Referencia
Alemania		
<i>Facebook</i> (Alemania)	Privacidad de datos personales	<p>Bundeskartellamt (Oficina Federal de Carteles) B6-22/16, Facebook, 2019</p> <p>Disponible en: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/DE/Entscheidungen/Missbrauchsaufsicht/2019/B6-22-16.pdf?__blob=publicationFile&v=2</p> <p>Tribunal Federal de Justicia Alemán KVR 69/19 – Resolución del 23 de junio de 2020</p> <p>Disponible en: https://www.bundesgerichtshof.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2020/2020080.html</p>
Chile		
Caso Fósforos	Libertad económica	<p>Tribunal de Defensa de la Libre Competencia Requerimiento de la FNE contra Cia. Chilena de Fósforos S.A. Rol C-165-08; Sentencia n° 90/2009</p> <p>Disponible en: https://www.tdlc.cl/wp-content/uploads/sentencias/Sentencia_90_2009.pdf</p>
Caso James Hardie	Libertad económica	<p>Tribunal de Defensa de la Libre Competencia Demanda de Producción Química y Electrónica Quimel S.A., en contra de James Hardie Fibrocementos Ltda. Rol C-42-04; Sentencia n°39/2006</p> <p>Disponible en: https://www.tdlc.cl/wp-content/uploads/sentencias/Sentencia_39_2006.pdf</p>
FNE F216-2019	Empresa en crisis	Fiscalía Nacional Económica

		<p>Adquisición de activos de Inmobiliaria y Administradora CGL Limitada por parte de compañía de Petróleos de Chile COPEC S.A.</p> <p>Rol FNE F216-2019</p> <p>Disponible en: https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2020/06/inap2_F216_2019.pdf</p>
FNE N°1978/11	Delicada situación financiera	<p>Fiscalía Nacional Económica</p> <p>Operación de Concentración Johnson S.A. y Cencosud</p> <p>Rol N°178-11 FNE (A)</p> <p>Disponible en: https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2018/10/informe_1978-11.pdf</p>
Informe 26/2022	Bienestar social Libre competencia Bienestar del consumidor	<p>Tribunal de Defensa de la Libre Competencia</p> <p>Solicitud de informe de Agrosuper S.A. y otras respecto de las bases de licitación para la contratación del manejo de residuos con terceros, y de las reglas y procedimientos para la incorporación de miembros y funcionamiento del SIGENEM</p> <p>Rol NC-492-21; Informe n°26/2022</p> <p>Disponible en: https://www.tdlc.cl/wp-content/uploads/2022/08/Informe_NC_492.pdf</p>
Informe 27/2022	Bienestar social	<p>Tribunal de Defensa de la Libre Competencia</p> <p>Solicitud de informe de RIGK CHILE SpA respecto de las reglas y procedimientos para la incorporación de nuevos asociados y para el funcionamiento de PROREP</p> <p>Rol NC-510-22; Informe n°27/2022</p> <p>Disponible en: https://www.tdlc.cl/wp-content/uploads/2022/09/Informe_N%C2%B027.pdf</p>
Informe 28/2022	Bienestar social Libre competencia Bienestar del consumidor	<p>Tribunal de Defensa de la Libre Competencia</p> <p>Solicitud de Informe de BredenMaster SpA y otros sobre bases de licitación para contratación de manejo de residuos y de las reglas y procedimientos para la incorporación de nuevos asociados y para el funcionamiento del GRANSIC</p> <p>Rol NC-507-22; Informe n°28/2022</p>

		Disponible en: https://www.tdlc.cl/wp-content/uploads/2022/10/Informe_N%C2%B0_28.pdf
Informe 29/2022	Bienestar del consumidor Proceso competitivo	Tribunal de Defensa de la Libre Competencia Solicitud de informe de Automotores Gildemeister SpA y otros respecto de las bases de licitación para la recolección y valorización de neumáticos usados y de las reglas y procedimientos para la incorporación de miembros y funcionamiento del SGN Rol NC-504-21; Informe n°29/2022 Disponible en: https://www.tdlc.cl/wp-content/uploads/2022/12/Informe_N%C2%B029.pdf
Informe 30/2022	Proceso competitivo Bienestar del consumidor	Tribunal de Defensa de la Libre Competencia Solicitud de Informe de Antonio Castillo S.A. y otros respecto de las bases de licitación para la contratación de manejo de residuos y de las reglas y procedimientos para incorporación de nuevos asociados y para el funcionamiento del SGCNFU Rol NC-506-22; Informe n°30/2022 Disponible en: https://www.tdlc.cl/wp-content/uploads/2022/12/Informe_N%C2%B030.pdf
Informe 31/2023	Bienestar social Libre competencia Bienestar del consumidor	Tribunal de Defensa de la Libre Competencia Solicitud de informe de ADAMA Chile S.A. y otros respecto de las bases de licitación para la contratación de manejo de residuos con terceros, y de las reglas y procedimientos para la incorporación de miembros y funcionamiento del SIG CampoLimpio Rol NC-513-22; Informe n°31/2023 Disponible en: https://www.tdlc.cl/wp-content/uploads/2023/03/Informe-31-2023.pdf
32/2023	Bienestar social Libre competencia Bienestar del consumidor	Tribunal de Defensa de la Libre Competencia Solicitud de Ford Motor Company Chile SpA y otros respecto de las bases de licitación para la contratación de manejo de residuos y de las reglas y procedimientos para la

		<p>incorporación de nuevos asociados y para el funcionamiento del SIGA</p> <p>Rol NC-516-22; Informe n°32/2023</p> <p>Disponible en: https://www.tdlc.cl/wp-content/uploads/2023/12/Informe_32-2.pdf</p>
Proposición 12/2011	Eficiencia	<p>Tribunal de Defensa de la Libre Competencia</p> <p>Artículo 18 n°4 DL 211 sobre régimen de acceso a los recursos pesqueros</p> <p>Rol ERN-12-10; Proposición n°12/2011</p> <p>Disponible en: https://www.tdlc.cl/wp-content/uploads/Recomendacion_Normativa/Proposicion_12_2011.pdf</p>
Resolución 90/81	Bienestar del consumidor	<p>Comisión Resolutiva</p> <p>Resolución n°90/81</p>
Resolución 368/92	Bienestar general Libertad económica	<p>Comisión Resolutiva</p> <p>Resolución n°368/92</p>
Resolución 20/2007	Pluralismo y diversidad	<p>Tribunal de Defensa de la Libre Competencia</p> <p>Consulta de GLR Chile Ltda. sobre Compra de la Totalidad de las Acciones de Iberoamerican Radio Chile S.A.</p> <p>Rol NC-173-06; Resolución n°20/2007</p> <p>Disponible en: https://www.tdlc.cl/wp-content/uploads/resoluciones/Resolucion_20_2007.pdf</p>
Resolución 24/2008	Bienestar del consumidor Bienestar general Eficiencia	<p>Tribunal de Defensa de la Libre Competencia</p> <p>Consulta sobre Fusión de D&S y Falabella</p> <p>Rol NC-199-07; Resolución n°24/2008</p> <p>Disponible en: https://www.tdlc.cl/wp-content/uploads/resoluciones/Resolucion_24_2008.pdf</p>
Resolución 37/2011	Eficiencia Excedente del consumidor	<p>Tribunal de Defensa de la Libre Competencia</p> <p>Consulta de Conadecus sobre operación de concentración LAN Airlines S.A. y TAM Linhan Aéreas S.A.</p> <p>Rol NC-388-11; Resolución n°37/2011</p>

		<p>Disponible en: https://www.tdlc.cl/sentencias/resolucion-n-37-2011-consulta-de-conadecus-sobre-operacion-de-concentracion-lan-airlines-s-a-y-tam-linhas-aereas-s-a/</p>
Resolución 39/2012	Eficiencia	<p>Tribunal de Defensa de la Libre Competencia Consulta de Organización Terpel Chile, relativa a la adquisición por parte de Quiñenco S.A. de los activos de las sociedades petroleros Trasadinos S.A. y Operaciones y Servicios Terpel Limitada. Rol NC-399-11; Resolución n°39/2012 Disponible en: https://www.tdlc.cl/wp-content/uploads/resoluciones/Resolucion_39_2012.pdf</p>
Resolución 43/2012	Eficiencia Bienestar del consumidor	<p>Tribunal de Defensa de la Libre Competencia Consulta de SMU S.A. sobre fusión entre SMU S.A. y Supermercados del Sur S.A. Rol NC-397-11; Resolución n°43/2012 Disponible en: https://www.tdlc.cl/wp-content/uploads/resoluciones/Resolucion_43_2012.pdf</p>
Resolución 54/2018	Eficiencia Proceso competitivo	<p>Tribunal de Defensa de la Libre Competencia Consulta de la Asociación Chilena de Empresas de Turismo A.G. sobre operación de concentración LATAM Airlines Group, American Airlines Inc. y otras. Rol NC-434-14; Resolución n°54/2018 Disponible en: https://www.tdlc.cl/wp-content/uploads/resoluciones/Resoluci%C3%B3n_54_2018.pdf</p>
Resolución 76/2022	Bienestar social	<p>Tribunal de Defensa de la Libre Competencia Consulta de Exacta Digital Media Research SpA sobre el acuerdo de contratación conjunta de servicios de medición de audiencia y de censo de contenido televisivo Rol NC-497-21; Resolución n°76/2022 Disponible en: https://www.tdlc.cl/wp-content/uploads/2023/01/Resolucion_76_2022.pdf</p>

Resolución de archivo FNE Rol F249-2020		Fiscalía Nacional Económica Intención de constituir un nuevo agente económico entre Envases CMF S.A. y Envases Plásticos (Plasco) S.A. Resolución de archivo FNE Rol F249-2020 Disponible en: https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2021/03/arch_F249_2020.pdf
Sentencia 11/2004	Libre competencia	Tribunal de Defensa de la Libre Competencia Denuncia del Sr. Jorge Middleton Hoschhauser y otros en contra del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones Rol C-29-04; Sentencia n°11/2004 Disponible en: https://www.tdlc.cl/wp-content/uploads/sentencias/Sentencia_11_2004.pdf
Sentencia 19/2005	Libre competencia	Tribunal de Defensa de la Libre Competencia Avocación en Recurso de Reclamación de Megamercados Líder de La Serena contra el Dictamen N°6 de la Comisión Preventiva IV Región Rol C-24-04; Sentencia n°19/2005 Disponible en: https://www.tdlc.cl/wp-content/uploads/sentencias/Sentencia_19_2005.pdf
Sentencia 45/2006	Bienestar general Eficiencia	Tribunal de Defensa de la Libre Competencia Demanda de Voissnet S.A. y requerimiento de la FNE contra CTC Rol C-60-05; Sentencia n°45/2006 Disponible en: https://www.tdlc.cl/wp-content/uploads/sentencias/Sentencia_45_2006.pdf
Sentencia 60/2007	Libre competencia	Tribunal de Defensa de la Libre Competencia Demanda de Bayer HealthCare LLC contra Maver Ltda. Rol C-110-06; Sentencia n°60/2007 Disponible en: https://www.tdlc.cl/wp-content/uploads/sentencias/Sentencia_60_2007.pdf
Sentencia 65/2008	Bienestar del consumidor Eficiencia Bienestar social	Tribunal de Defensa de la Libre Competencia Requerimiento de la FNE contra D&S S.A. y Cencosud S.A. Rol C-101-06; Sentencia n°65/2008

		Disponible en: https://www.tdlc.cl/wp-content/uploads/sentencias/Sentencia_60_2007.pdf
Sentencia 77/2008	Bienestar general Eficiencia	Tribunal de Defensa de la Libre Competencia Requerimiento de la FNE contra la Ilustre Municipalidad de Curicó Rol C-137-07; Sentencia n°77/2008 Disponible en: https://www.tdlc.cl/wp-content/uploads/sentencias/Sentencia_77_2008.pdf
Sentencia 82/2009	Bienestar general Eficiencia	Tribunal de Defensa de la Libre Competencia Requerimiento de la FNE contra la Asociación Gremial de Buses Interbus y otros Rol C-140-07; Sentencia n°82/2009 Disponible en: https://www.tdlc.cl/wp-content/uploads/sentencias/Sentencia_82_2009.pdf
Sentencia 87/2009	Proceso competitivo	Tribunal de Defensa de la Libre Competencia Demanda del Sr. Gustavo Hasbún Selume contra Copec S.A. y otros Rol C-157-08; Sentencia n°87/2009 Disponible en: https://www.tdlc.cl/wp-content/uploads/sentencias/Sentencia_87_2009.pdf
Sentencia 88/2009	Bienestar general Eficiencia	Tribunal de Defensa de la Libre Competencia Demanda de OPS Ingeniería Ltda. y Otros contra Telefónica Móviles de Chile S.A. C-126-07; Sentencia n°88/2009 Disponible en: https://www.tdlc.cl/wp-content/uploads/sentencias/Sentencia_88_2009.pdf
Sentencia 92/2009	Bienestar general Eficiencia	Tribunal de Defensa de la Libre Competencia Requerimiento de la FNE contra la Ilustre Municipalidad de Antofagasta Rol C-172-08; Sentencia n°92/2009 Disponible en: https://www.tdlc.cl/wp-content/uploads/sentencias/Sentencia_92_2009.pdf
Sentencia 94/2010	Proceso competitivo	Tribunal de Defensa de la Libre Competencia

		<p>Requerimiento de la FNE contra Transportes Central Ltda. y otros</p> <p>Rol C-149-07; Sentencia n°94/2010</p> <p>Disponible en: https://www.tdlc.cl/wp-content/uploads/sentencias/Sentencia_94_%202010.pdf</p>
Sentencia 102/2010	Proceso competitivo	<p>Tribunal de Defensa de la Libre Competencia</p> <p>Requerimiento de la FNE contra Asociación Gremial de Dueños de Mini Buses Agmital</p> <p>Rol C-191-09; Sentencia n°102/2010</p> <p>Disponible en: https://www.tdlc.cl/wp-content/uploads/sentencias/Sentencia_102_2010.pdf</p>
Sentencia 105/2010	Oportunidad para competir Proceso competitivo	<p>Tribunal de Defensa de la Libre Competencia</p> <p>Demanda de NETLANDCHILE S.A. contra el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones</p> <p>Rol C-179-08; Sentencia n°105/2010</p> <p>Disponible en: https://www.tdlc.cl/wp-content/uploads/sentencias/Sentencia_105_2010.pdf</p>
Sentencia (Corte Suprema) 2680/2010	Bienestar general de los miembros de la sociedad	<p>Corte Suprema de Chile</p> <p>Demanda de Fundación Chile Ciudadano y otros contra VTR B.A. Chile S.A</p> <p>Rol C-2680-2010</p> <p>Disponible en: https://www.tdlc.cl/wp-content/uploads/sentencias/Sentencia_98_2010_Corte%20Suprema.pdf</p>
Sentencia (Corte Suprema) 2578/2012	Principios de un régimen sancionatorio Orden Público Económico	<p>Corte Suprema de Chile</p> <p>Requerimiento de la FNE contra Farmacias Ahumada y otros</p> <p>Rol C-2578-2012</p> <p>Disponible en: https://www.tdlc.cl/wp-content/uploads/sentencias/Sentencia_119_Corte_Suprema.pdf</p>
Sentencia (Corte	Interés público	<p>Corte Suprema de Chile</p> <p>Demanda Naviera Valdivia Ltda. y otros con Fisco y otros.</p> <p>Rol 4470-2012</p>

Suprema) 4470/2012		Disponible en: https://www.tdlc.cl/wp-content/uploads/sentencias/Sentencia_121_Corte_Suprema.pdf
Sentencia 132/2013	Bienestar general Eficiencia	Tribunal de Defensa de la Libre Competencia Demanda de Sonda S.A contra Servicio de Registro Civil e Identificación Rol C-242-12; Sentencia n°132/2013 Disponible en: https://www.tdlc.cl/sentencias/sentencia-n-132-2013-demanda-de-sonda-s-a-contra-servicio-de-registro-civil-e-identificacion/
Sentencia (Corte Suprema) 346/2013	Interés público	Corte Suprema de Chile Consulta SMU S.A. sobre fusión entre SMU S.A. y Supermercados del Sur S.A. Rol N°346/2013 – voto en contra el ministro Muñoz
Sentencia (Corte Suprema) 6264/2013	Bienestar general de los miembros de la sociedad	Corte Suprema de Chile Demanda de Beatriz Lea Zuberan Comercializadora E.I.R.L. contra One Smart Smar Number Chile S.A. Rol C-6264-2013 Disponible en: https://www.tdlc.cl/wp-content/uploads/sentencias/Sentencia_130_Corte_Suprema.pdf
Sentencia (Corte Suprema) 21536/2014	Bienestar general de los miembros de la sociedad	Corte Suprema de Chile Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica contra Caster y otros Rol C-21536-2014 Disponible en: https://www.tdlc.cl/wp-content/uploads/sentencias/Sentencia_137_Corte_Suprema.pdf
Sentencia (Corte Suprema) 5609/2015	Bienestar general de los miembros de la sociedad	Corte Suprema de Chile Requerimiento de la FNE contra la Asociación Gremial de Ginecólogos Obstetras de la Provincia de Ñuble y otros Rol C-5609-2015

		Disponible en: https://www.tdlc.cl/wp-content/uploads/sentencias/Sentencia_145_Corte_Suprema.pdf
Sentencia (Corte Suprema) 11363/2015	Bienestar de los consumidores Eficiencia	Corte Suprema de Chile Demanda de Conadecus contra Telefónica Mviles Chile S.A. y otros Rol C-11363-2015 Disponible en: https://www.tdlc.cl/wp-content/uploads/sentencias/Sentencia_146_Corte_Suprema.pdf
Sentencia (Corte Suprema) 97712/2016	Bienestar general de los miembros de la sociedad	Corte Suprema de Chile Demanda de Arketipo Lightin Co. S.A. en contra de FLTechnology Chile Limitada. Rol C-97-712-2016 Disponible en: https://www.tdlc.cl/wp-content/uploads/sentencias/Sentencia_155_Corte_Suprema.pdf
Sentencia 160/2017	Proceso competitivo Interés público	Tribunal de Defensa de la Libre Competencia Requerimiento de la FNE contra CMPC Tissue S.A. y otra Rol C-299-15; Sentencia n°160/2017 Disponible en: https://www.tdlc.cl/wp-content/uploads/sentencias/Sentencia_160_2017_.pdf
Sentencia (Corte Suprema) 15389/2017	Orden Público Económico	Corte Suprema de Chile Demanda Netline Mobile S.A. contra Entel PCS Telecomunicaciones S.A y otros Rol C-15389-2017; Voto en contra ministro Muñoz Disponible en: https://www.tdlc.cl/wp-content/uploads/sentencias/Sentencia_156_Corte-Suprema.pdf
Sentencia (Corte Suprema) 41801/2017	Orden Público Económico	Corte Suprema de Chile Demanda de Telestar Movil S.A. contra Entel PCS Telecomunicaciones S.A. y otros Rol C-41801-2017; Voto en contra ministro Muñoz

		Disponible en: https://www.tdlc.cl/wp-content/uploads/sentencias/Sentencia_158_Corte-Suprema.pdf
Sentencia (Corte Suprema) 44266/2017	Orden Público Económico	Corte Suprema de Chile Demanda de Conadecus contra Cencosud S.A. Rol C-44266-2017 Disponible en: https://www.tdlc.cl/wp-content/uploads/2020/03/Resolucion-Corte-Suprema-causa-C-315-2016.pdf
Sentencia 163/2018	Interés público	Tribunal de Defensa de la Libre Competencia Demanda de Alimentos Bio Bio Ltda. y otros. Contra Alimentos y Frutos S.A. y otros. Rol C-305-16; Sentencia n°163/2018 Disponible en: https://www.tdlc.cl/wp-content/uploads/sentencias/Sentencia_163_2018.pdf
Sentencia 165/2018	Proceso competitivo	Tribunal de Defensa de la Libre Competencia Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica en contra de Fresenius y otros Rol C-312-16; Sentencia n°165/2018 Disponible en: https://www.tdlc.cl/wp-content/uploads/sentencias/Sentencia_165_2018.pdf
Sentencia 166/2018	Bienestar general Eficiencia	Tribunal de Defensa de la Libre Competencia Recurso de Revisión Especial de Ideal S.A. y otro en contra de la Resolución de la FNE de 10 de mayo de 2018 Rol RRE-1-18; Sentencia n°166/2018 Disponible en: https://www.tdlc.cl/wp-content/uploads/sentencias/Sentencia_166_2018.pdf
Sentencia (Corte Suprema) 1531/2018	Bienestar general de los miembros de la sociedad	Corte Suprema de Chile Requerimiento de la FNE contra CMPC Tissue S.A. y otra Rol C-1531-2018 Disponible en: https://www.tdlc.cl/wp-content/uploads/2020/03/Sentencia-Corte-suprema-causa-C-299-2015.pdf

Sentencia (Corte Suprema) 8313/2018	Interés público (neutralizar poder de mercado) Orden Público Económico	Corte Suprema de Chile Demanda de TVI contra VTR Comunicaciones SpA. Rol C-8313-2018 Disponible en: https://www.tdlc.cl/wp-content/uploads/sentencias/Sentencia_161_Corte_Suprema.pdf
Sentencia (Corte Suprema) 24828/2018	Bienestar general de los miembros de la sociedad Orden Público Económico	Corte Suprema de Chile Consulta de Famacias Cruz Verde S.A. sobre Merchant Discount de Transbank S.A. Rol C-23828-2018
Sentencia (Corte Suprema) 31502/2018	Interés público (neutralizar poder de mercado) Bienestar general Intereses de los consumidores	Corte Suprema de Chile Consulta de la Asociación Chilena de Empresas de Turismo AG. sobre operación de concentración LATAM Group, American Airlines Inc. y otras Rol C-31502-2018 Disponible en: https://www.tdlc.cl/wp-content/uploads/resoluciones/Resoluci%C3%B3n-Corte-Suprema-26.05.19.pdf
Sentencia 171/2019	Proceso competitivo	Tribunal de Defensa de la Libre Competencia Requerimiento de la FNE contea CCNI S.A. y otras Rol C-292-15; Sentencia n° 171/2019 Disponible en: https://www.tdlc.cl/wp-content/uploads/sentencias/Sentencia_171_2019.pdf
Sentencia (Corte Suprema) 8843/2019	Libre competencia	Corte Suprema de Chile Demanda Constructora Luis Navarro SpA con Municipalidad de San José de la Mariquina Rol C-8843-2019 Disponible en: https://www.tdlc.cl/wp-content/uploads/2020/10/Resoluci%C3%B3n-05.10.20-Corte-Suprema.pdf
Sentencia (Corte	Bienestar general de los	Corte Suprema de Chile

Suprema) 8850/2019	miembros de la sociedad	Constructora Derco Ltda. contra Servicio de Salud de Osorno Rol C-8850-2019
Sentencia (Corte Suprema) 9361/2019	Bienestar general de los miembros de la sociedad	Corte Suprema de Chile Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica en contra de Cencosud S.A. y otras Rol C-9361-2019 Disponible en: https://www.tdlc.cl/wp-content/uploads/2020/04/Sentencia-Corte-Suprema-causa-304-2016.pdf
Sentencia (Corte Suprema) 15005-2019	Bienestar general Bienestar del consumidor	Corte Suprema de Chile FNE contra CCNI S.A. y otras Rol C-15005-2019 Disponible en: https://www.tdlc.cl/wp-content/uploads/sentencias/Resoluci%C3%B3n-14.08.2020-Corte-Suprema-C-292-15.pdf
Sentencia (Corte Suprema) 34013/2019	Bienestar general de los miembros de la sociedad	Corte Suprema de Chile Expediente de Recomendación Normativa Art. 18 n°4 DL 211 (Anatel y otros) Rol C-34013-2019
Sentencia 175/2020	Bienestar social Bienestar de los consumidores	Tribunal de Defensa de la Libre Competencia Requerimiento de la FNE en contra de Sociedad de Transportes Avda. Alemania -P. Nuevo S.A. y otros Rol C-361-18; Sentencia n°175/2020 Disponible en: https://www.tdlc.cl/wp-content/uploads/2020/12/SENTENCIA_N_175.pdf
Sentencia (Corte Suprema) 181/2020	Interés público	Corte Suprema de Chile WOM S.A. con Tribunal de Defensa de la Libre Competencia Rol C-181-2020
Sentencia (Corte Suprema) 94.189/2020	Libre competencia Interés público (neutralizar	Corte Suprema de Chile FNE contra ANFP Rol N°94.189-2020

	poder de mercado)	Disponible en: https://www.tdlc.cl/wp-content/uploads/2021/11/Resolucion-06.09.21-Corte-Suprema.pdf
Sentencia 178/2021	Bienestar del consumidor Proceso competitivo	Tribunal de Defensa de la Libre Competencia Demanda de Servicios de Correspondencia Envía Limitada contra Empresa de Correos de Chile y otro Rol C-359-18; Sentencia n°178/2021 Disponible en: https://www.tdlc.cl/wp-content/uploads/2022/04/Sentencia_N_178_.pdf
Sentencia (Corte Suprema) 17.418/2021	Libre competencia	Corte Suprema de Chile Sociedad de Transportes Linea N°5 S.A. con Tribunal de Defensa de la Libre Competencia Rol C-17418-2021 Disponible en: https://www.tdlc.cl/wp-content/uploads/2023/12/Resolucion-de-09.06.23-Corte-Suprema.pdf
Sentencia (Corte Suprema) 7600/2022	Libre competencia	Corte Suprema de Chile Pegasus South America Servicios Integrales de Aviación Spa con Tribunal de Defensa de la Libre Competencia Rol C-7600-2022
Sentencia (Corte Suprema) 114.616/2022	Interés público	Corte Suprema de Chile Servicio Nacional de Capacitación y Empleo/Tribunal de Defensa de la Libre Competencia Rol C-114616-2022
Estados Unidos de América		
<i>A.E. Staley Mfg. Co. v. Federal Trade Commission</i>	Protección de la competencia	Corte de Apelaciones del Séptimo Distrito de los Estados Unidos <i>A.E. Staley Mfg. Co. v. Federal Trade Comm</i> , 135 F.2d 453 (7th Cir. 1943) Disponible en: https://casetext.com/case/ae-staley-mfg-co-v-federal-trade-comm-2
<i>Albrecht v. Herald Co.</i>	Protección de la competencia	Corte Suprema de los Estados Unidos <i>Albrecht v. Herald Co.</i> , 390 U.S. 145 (1968)

	Libertad entre competidores	Disponible en: https://supreme.justia.com/cases/federal/us/390/145/
<i>Amex</i>	Bienestar del consumidor	Corte Suprema de los Estados Unidos Ohio v. Am. Express Co., 138 S. Ct. 2274, 201 L. Ed. 2d 678 (2018) Disponible en: https://casetext.com/case/ohio-v-am-express-co-1
<i>Associated Gen. Contractors of Cal., Inc. v. Cal. State Council of Carpenters</i>	Bienestar del consumidor	Corte Suprema de los Estados Unidos Associated Gen. Contractors v. Carpenters, 459 U.S. 519 (1983) https://supreme.justia.com/cases/federal/us/459/519/
<i>Bd. of Trade of Chi. v. United States</i>	Protección de la competencia	Corte Suprema de los Estados Unidos Chicago Board of Trade v. United States, 246 U.S. 231 (1918) Disponible en: https://supreme.justia.com/cases/federal/us/246/231/
<i>Berkey Photo</i>	Protección de la competencia	Corte Suprema de Estados Unidos Berkey Photo, Inc. v. Eastman Kodak Company, 444 U.S. 1093 (1980) Disponible en: https://supreme.justia.com/cases/federal/us/444/1093/
<i>Broadcom Corp. v. Qualcomm Inc.</i>	Bienestar del consumidor	Corte de Apelaciones del Tercer Circuito de Estados Unidos Broadcom v. Qualcomm, 501 F.3d 297 (3d Cir. 2007) Disponible en: https://casetext.com/case/broadcom-v-qualcomm-2
<i>Brooke Group</i>	Bienestar del consumidor	Corte Suprema de los Estados Unidos Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp., 509 U.S. 209 (1993) Disponible en: https://supreme.justia.com/cases/federal/us/509/209/

<i>Brown Shoe Co.</i>	Protección de la competencia	Corte Suprema de los Estados Unidos Brown Shoe Co. v. U.S., 370 U.S. 294 (1962) Disponible en: https://supreme.justia.com/cases/federal/us/370/294/
<i>Business Elecs. Corp. v. Sharp Elecs. Corp.</i>	Eficiencia	Corte Suprema de los Estados Unidos Business Elecs. Corp. v. Sharp Elecs. Corp., 485 U.S. 717 (1988) Disponible en: https://supreme.justia.com/cases/federal/us/485/717/
<i>Brunswick Corp. v. Pueblo Bowl-O-Mat, Inc.</i>	Bienestar del consumidor	Corte Suprema de los Estados Unidos Brunswick Corp. v. Pueblo Bowl-O-Mat, Inc., 429 U.S. 477 (1977) Disponible en: https://supreme.justia.com/cases/federal/us/429/477/
<i>Cargill</i>	Eficiencia	Corte Suprema de los Estados Unidos Cargill, Inc. v. Monfort of Colo., Inc., 479 U.S. 104 (1986). Disponible en: https://supreme.justia.com/cases/federal/us/479/104/
<i>City of Lafayette v. La. Power & Light Co.</i>	Protección de la competencia	Corte Suprema de los Estados Unidos City of Lafayette v. La. Power & Light Co., 435 U.S. 389 (1978) Disponible en: https://supreme.justia.com/cases/federal/us/435/389/
<i>Credit Suisse</i>	Eficiencia	Corte Suprema de los Estados Unidos Credit Suisse Securities (USA) LLC v. Billing, 551 U.S. 264 (2007) Disponible en: https://supreme.justia.com/cases/federal/us/551/264/
<i>Continental Can Co.</i>	Protección de la competencia	Corte Suprema de los Estados Unidos United States v. Continental Can Co., 378 U.S. 441 (1964). Disponible en: https://supreme.justia.com/cases/federal/us/378/441/
<i>Continental T.V. Inc. v.</i>	Bienestar del consumidor	Corte Suprema de los Estados Unidos

<i>GTE Sylvania Inc.</i>	Eficiencia	Continental T.V., Inc. v. GTE Sylvania, Inc., 433 U.S. 36 (1977). Disponible en: https://supreme.justia.com/cases/federal/us/433/36/
<i>CSU, L.L.C. v. Xerox Corp.</i>	Propiedad intelectual	Corte del Distrito de Kansas de los Estados Unidos <i>CSU, L.L.C. v. Xerox Corp.</i> , 202 F.R.D. 275 (D. Kan. 2001) Disponible en:
<i>Dr. Miles Med. Co. v. John D. Park & Sons Co</i>	Protección de la competencia	Corte Suprema de los Estados Unidos <i>Dr. Miles Medical Co. v. John D. Park & Sons Co.</i> , 220 U.S. 373 (1911) Disponible en: https://supreme.justia.com/cases/federal/us/220/373/
<i>Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services, Inc.</i>	Bienestar del consumidor	Corte Suprema de los Estados Unidos <i>Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services, Inc.</i> , 504 U.S. 451 (1992) Disponible en: https://supreme.justia.com/cases/federal/us/504/451/
<i>Fashion Originators' Guild of America v. FTC</i>	Rechazo a justificaciones sociales	Corte Suprema de Estados Unidos <i>Fashion Originators' Guild of America v. FTC</i> , 312 U.S. 457 (1941) Disponible en: https://supreme.justia.com/cases/federal/us/312/457/
<i>FTC v. Alliant Techsystems Inc.</i>	Seguridad nacional	Corte del Distrito de Columbia de los Estados Unidos <i>FTC v. Alliant Techsystems Inc.</i> , 808 F. Supp. 9 (D.D.C. 1992) Disponible en: https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/808/9/1478425/
<i>Ford Motor Co. v. United States</i>	Protección de la competencia	Corte Suprema de los Estados Unidos <i>Ford Motor Co. v. United States</i> , 405 U.S. 562 (1972) Disponible en: https://supreme.justia.com/cases/federal/us/405/562/
<i>FTC v. Imo Industries Inc.</i>	Seguridad nacional	Corte del Distrito de Columbia de los Estados Unidos <i>FTC v. Imo Industries Inc.</i> , 1992-2 Trade Cas. (CCH) ¶ 69,943 (D.D.C. Nov. 22, 1989)

<i>FTC v. Butterworth Health Corp.</i>	Eficiencia	Corte de Apelaciones del Sexto Circuito de los Estados Unidos FTC v. Butterworth Health Corp., 121 F.3d 708 (6th Circuit 1997) Disponible en: https://www.casemine.com/judgement/us/591481b9add7b04934489611
<i>FTC v. H.J. Heinz Co.</i>	Eficiencia	Corte de Apelaciones del Circuito del Distrito de Columbia de los Estados Unidos FTC v. H.J. Heinz Co., 246 F.3d 708 (D.C. Circuit 2001) Disponible en: https://casetext.com/case/ftc-v-hj-heinz-co-2
<i>FTC v. Superior Court Trial Lawyers Ass'n</i>		Corte Suprema de los Estados Unidos FTC v. Superior Court Trial Lawyers Ass'n, 493 U.S. 411 (1990) Disponible en: https://supreme.justia.com/cases/federal/us/493/411/
<i>FTC v. Tenet Health Care Corp.</i>	Eficiencia	Corte de Apelaciones del Octavo Circuito de los Estados Unidos FTC v. Tenet Health Care Corp., 186 F.3d 1045 (8th Circuit 1999) Disponible en: https://casetext.com/case/federal-trade-commission-v-tenet-health-care
<i>FTC v. University Health, Inc.</i>	Eficiencia	Corte de Apelaciones del Onceavo Circuito de los Estados Unidos FTC v. University Health, Inc., 938 F.2d 1206 (11th Circuit 1991) Disponible en: https://casetext.com/case/ftc-v-university-health-inc
<i>Foremost Dairies</i>	Protección de la competencia	Federal Trade Commission Foremost Dairies, 60 F.T.C. 944 (1962), modificada 67 F.T.C. 282 (1965). Disponible en: https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/commissio

		n_decision_volumes/volume-60/ftcd-vol60january-june1962pages944-1102.pdf
<i>Fortner Enterprises, Inc. v. United States Steel Corp.</i>	Libertad entre competidores	Corte Suprema de Estados Unidos Fortner Enterprises, Inc. v. United States Steel Corp., 394 U.S. 495 (1969) Disponible en: https://supreme.justia.com/cases/federal/us/394/495/
<i>Goldfarb v. Virginia State Bar</i>	Autorregulación	Corte Suprema de los Estados Unidos Goldfarb v. Virginia State Bar, 421 U.S. 773 (1975) Disponible en: https://supreme.justia.com/cases/federal/us/421/773/
<i>Jefferson Parish Hospital v. Hyde</i>	Bienestar del consumidor	Corte Suprema de los Estados Unidos Jefferson Parish Hospital Dist. No. 2 v. Hyde 466 U.S. 2 (1984). Disponible en: https://supreme.justia.com/cases/federal/us/466/2/
<i>Klor's, Inc. v. Broadway-Hale Stores, Inc.</i>	Protección de la competencia	Corte Suprema de los Estados Unidos Klor's, Inc. v. Broadway-Hale Stores, Inc., 359 U.S. 207 (1959) Disponible en: https://supreme.justia.com/cases/federal/us/359/207/
<i>Leegin</i>	Bienestar del consumidor	Corte Suprema de los Estados Unidos Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc., 551 U.S. 877 (2007) Disponible en: https://supreme.justia.com/cases/federal/us/551/877/
<i>LinkLine</i>	Bienestar del consumidor	Corte Suprema de los Estados Unidos Pacific Bell Telephone Co. v. LinkLine Communications, Inc., 555 U.S. 438 (2009) Disponible en: https://supreme.justia.com/cases/federal/us/555/438/
<i>Matsushita Elec. Indus. Co., Ltd. v.</i>	Bienestar del consumidor	Corte Suprema de los Estados Unidos Matsushita Electrical Industrial Co., Ltd. v. Zenith Radio Corp., 475 U.S. 574 (1986)

<i>Zenith Radio Corp.</i>		Disponible en: https://supreme.justia.com/cases/federal/us/475/574/
<i>Nat'l Soc. of Prof'l Eng'rs v. United States</i>	Protección de la competencia	Corte Suprema de los Estados Unidos National Soc'y of Prof. Engineers v. United States, 435 U.S. 679 (1978) Disponible en: https://supreme.justia.com/cases/federal/us/435/679/
<i>NCAA v. Bd. of Regents of the Univ. of Okla</i>	Bienestar del consumidor	Corte Suprema de los Estados Unidos NCAA v. Board of Regents of University of Oklahoma, 468 U.S. 85 (1984) Disponible en: https://supreme.justia.com/cases/federal/us/468/85/
<i>Noer-Pennington</i>	Protección de la competencia	Corte Suprema de los Estados Unidos Eastern R. Conference v. Noerr Motors, 365 U.S. 127 (1961) Disponible en: https://supreme.justia.com/cases/federal/us/365/127/
<i>N. Pac. Ry. Co. v. United States</i>	Protección de la competencia Libertad entre competidores Interés de los consumidores	Corte Suprema de los Estados Unidos Northern Pacific R. Co. v. United States, 356 U.S. 1 (1958) Disponible en: https://supreme.justia.com/cases/federal/us/356/1/
<i>N. Sec. Co. v. United States</i>	Protección de la competencia	Corte Suprema de los Estados Unidos Northern Securities Co. v. United States, 193 U.S. 197 (1904) Disponible en: https://supreme.justia.com/cases/federal/us/193/197/
<i>Nw. Wholesale Stationers, Inc. v. Pac. Stationery & Printing Co</i>	Bienestar del consumidor	Corte Suprema de los Estados Unidos Northwest Wholesale Stationers, Inc. v. Pacific Stationery & Printing Co., 472 U.S. 284 (1985) Disponible en: https://supreme.justia.com/cases/federal/us/472/284/

<i>NYNEX Corp. v. Discon, Inc</i>	Bienestar del consumidor	Corte Suprema de los Estados Unidos NYNEX Corp. v. Discon, Inc., 525 U.S. 128 (1998) Disponible en: https://supreme.justia.com/cases/federal/us/525/128/
<i>Philadelphia National Bank</i>	Protección de la competencia	Corte Suprema de los Estados Unidos U.S. v. Philadelphia National Bank, 374 U.S. 321 (1963) Disponible en: https://supreme.justia.com/cases/federal/us/374/321/
<i>Premier Elec. Constr. Co. v. Nat'l Elec. Contractors Ass'n</i>	Bienestar del consumidor	Corte de Apelaciones del Séptimo Distrito de los Estados Unidos Premier Elec. Constr. Co. v. Nat'l Elec. Contractors Ass'n, 814 F.2d 358, 368 (7th Cir. 1987) Disponible en: https://openjurist.org/814/f2d/358/premier-electrical-construction-co-v-national-electrical-contractors-association-inc
<i>Procter & Gamble</i>	Protección de la competencia	Corte Suprema de los Estados Unidos FTC v. Procter & Gamble Co., 386 U.S. 568 (1967) Disponible: https://supreme.justia.com/cases/federal/us/386/568/
<i>Radiant Burners, Inc. v. Peoples Gas Co.</i>	Justicia	Corte Suprema de los Estados Unidos Radiant Burners, Inc. v. Peoples Gas Co., 364 U.S. 656 (1961) Disponible en: https://supreme.justia.com/cases/federal/us/364/656/
<i>Reazin v. Blue Cross & Blue Shield</i>	Bienestar del consumidor	Corte de Apelaciones del Décimo Circuito de los Estados Unidos Reazin v. Blue Cross Blue Shield of Kansas, 899 F.2d 951 (10th Cir. 1990) Disponible en: https://casetext.com/case/reazin-v-blue-cross-blue-shield-of-kansas
<i>Rebel Oil Co., Inc. v. Atlantic Richfield Co.</i>	Bienestar del consumidor	Corte de Apelaciones del Noveno Circuito de los Estados Unidos Rebel Oil Co., Inc. v. Atlantic Richfield Co., 51 F.3d 1421 (9th Cir. 1995);

		Disponible en: https://casetext.com/case/rebel-oil-co-inc-v-atlantic-richfield-co
<i>Reiter v. Sonotone Corp.</i>	Bienestar del consumidor	Corte Suprema de los Estados Unidos Reiter v. Sonotone Corp., 442 U.S. 330 (1979) Disponible en: https://supreme.justia.com/cases/federal/us/442/330/
<i>Schor v. Abbott Labs.</i>	Bienestar del consumidor	Corte de Apelaciones del Séptimo Circuito de los Estados Unidos Schor v. Abbott Labs., 457 F.3d 608, 611 (7th Cir. 2006) Disponible en: https://casetext.com/case/schor-v-abbott-laboratories-05-3344-7th-cir-7-26-2006
<i>Schwinn</i>	Protección de la competencia	Corte Suprema de los Estados Unidos <i>United States v. Arnold, Schwinn & Co.</i> , 388 U.S. 365 (1967). Disponible en: https://supreme.justia.com/cases/federal/us/388/365/
<i>Silver v. New York Stock Exchange</i>	Justicia	Corte Suprema de los Estados Unidos Silver v. New York Stock Exchange, 373 U.S. 341 (1963) Disponible en: https://www.casemine.com/judgement/us/5914c8f0add7b049347ee34d
<i>Simpson v. Union Oil Co.</i>	Libertad entre competidores	Corte Suprema de los Estados Unidos Simpson v. Union Oil Co., 377 U.S. 12 (1964) Disponible en: https://supreme.justia.com/cases/federal/us/377/13/
<i>Standard Oil Co. of Cal. v. United States</i>	Protección de la competencia	Corte Suprema de los Estados Unidos Standard Oil Co. v. United States, 337 U.S. 293 (1949) Disponible en: https://supreme.justia.com/cases/federal/us/337/293/
<i>State Oil Co. v. Khan</i>	Bienestar del consumidor Eficiencia	Corte Suprema de los Estados Unidos State Oil Co. v. Khan, 522 U.S. 3 (1997) Disponible en: https://supreme.justia.com/cases/federal/us/522/3/

<i>Trinko</i>	Bienestar del consumidor	Corte Suprema de los Estados Unidos Verizon Communications, Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP, 540 US 398 (2003) Disponible en: https://supreme.justia.com/cases/federal/us/540/398/
<i>Topco</i>	Protección de la competencia Libertad entre competidores	Corte Suprema de los Estados Unidos United States v. Topco Associates, Inc., 405 U.S. 596 (1972). Disponible en: https://supreme.justia.com/cases/federal/us/405/596/
<i>United States v. Aluminum Co. of America</i>	Protección de la competencia	Corte de Apelaciones del Segundo Circuito de los Estados Unidos United States v. Aluminum Co. of America, 148 F.2d 416 (2d Cir. 1945). Disponible en: https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/148/416/1503668/
<i>United States v. Lowe's Inc.</i>	Libertad entre competidores	Corte Suprema de los Estados Unidos United States v. Lowe's Inc., 371 U.S. 38 (1962) Disponible en: https://supreme.justia.com/cases/federal/us/371/38/
<i>United States v. Microsoft</i>	Bienestar del consumidor	Corte del Distrito de Columbia de los Estados Unidos United States v. Microsoft Corp., 87 F. Supp. 2d 30 (D.D.C. 2000). Disponible en: https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp2/87/30/2307082/
<i>United States v. Parke, Davis & Co.,</i>	Libertad entre competidores	Corte Suprema de los Estados Unidos United States v. Parke, Davis & Co., 362 U.S. 29 (1960) Disponible en: https://supreme.justia.com/cases/federal/us/362/29/
<i>United States v. Trans-</i>	Protección de la competencia	Corte Suprema de los Estados Unidos United States v. Trans-Missouri Freight Ass'n, 166 U.S. 290 (1896)

<i>Missouri Freight Ass'n</i>		Disponible en: https://supreme.justia.com/cases/federal/us/166/290/
<i>United States v. United Shoe Mach. Corp.</i>	Libertad entre competidores	Corte Suprema de Estados Unidos United States v. United Shoe Mach. Corp., 347 U.S. 521 (1954). Disponible en: https://supreme.justia.com/cases/federal/us/347/521/
<i>United States v. Von's Grocery Co.</i>	Protección de la competencia	Corte Suprema de los Estados Unidos United States v. Von's Grocery Co., 384 U.S. 270 (1966) Disponible en: https://supreme.justia.com/cases/federal/us/384/270/
<i>Weyerhaeuser</i>	Bienestar del consumidor	Corte Suprema de los Estados Unidos Weyerhaeuser Co. v. Ross-Simmons Hardwood Lumber Co., 549 U.S. 312 (2007) Disponible en: https://supreme.justia.com/cases/federal/us/549/312/
<i>Zenith Radio Corp. v. Hazeltine Research, Inc.</i>	Libertad entre competidores	Corte Suprema de Estados Unidos Zenith Radio Corp. v. Hazeltine Research, Inc., 395 U.S. 100 (1969) Disponible en: https://supreme.justia.com/cases/federal/us/395/100/
Italia		
<i>Amazon (Italia)</i>	Protección de la competencia	A528, <i>FBA Amazon</i> , Provvedimento No. 29925, 9 December 2021.
<i>Eni's Diesel+ (Italia)</i>	Evitar greenwashing	Autoridad Garante de la Competencia en el Mercado (AGCM) ENI es multada con 5 millones de euros por información engañosa en su campaña ENI Diesel+ [2020] Disponible en: https://en.agcm.it/en/media/press-releases/2020/1/PS11400
Nueva Zelanda		
<i>Lawyers for Climate Action</i>	Evitar greenwashing	Comité para las Normas Publicitarias

		<p>Reclamo del grupo “Lawyers for Climate” ante el Comité para las Normas Publicitarias, No. 21/194, 6 de julio de 2021 (Nueva Zelanda).</p> <p>Disponible en: https://climatecasechart.com/non-us-case/lawyers-for-climate-action-complaint-to-the-advertising-standards-board/</p>
Países Bajos		
<i>Cierre de plantas de carbón</i>	Bienestar del consumidor Sustentabilidad	<p>Autoridad para los Consumidores y Mercados (ACM)</p> <p>Análisis de la Autoridad para los Consumidores y Mercados del proyecto de acuerdo para cerrar plantas energéticas de carbón de los años 80’ como parte del SER Energieakkoord [2013]</p> <p>Disponible en: https://www.acm.nl/sites/default/files/old_publication/publicaties/12082_acm-analysis-of-closing-down-5-coal-power-plants-as-part-of-ser-energieakkoord.pdf</p>
<i>The Chicken of Tomorrow</i>	Bienestar del consumidor	<p>Autoridad para los Consumidores y Mercados (ACM)</p> <p>Análisis de la Autoridad para los Consumidores y Mercados de los acuerdos de sustentabilidad sobre los “pollos del mañana”, ACM/DM/2014/206028 [2015]</p> <p>Disponible en: https://www.acm.nl/sites/default/files/old_publication/publicaties/13789_analysis-chicken-of-tomorrow-acm-2015-01-26.pdf.pdf</p>
Reino Unido		
<i>Ryanair (Reino Unido)</i>	Evitar greenwashing	<p>Autoridad para las Normas Publicitarias (ASA)</p> <p>Decisión de la ASA en la campaña de Ryanair Ltd t/a Ryanair Ltd.</p> <p>Reclamo N° G19-1035778, 5 de febrero de 2020 (Reino Unido e Irlanda del Norte)</p> <p>Disponible en: https://climatecasechart.com/non-us-case/asa-ruling-on-ryanair-ltd-t-a-ryanair-ltd/</p>
<i>Shell Go+ (Reino Unido)</i>	Evitar greenwashing	Autoridad para las Normas Publicitarias

		Decisión de la ASA en la campaña de Shell UK Ltd.'s Shell Go+, 8 de julio de 2020 (Reino Unido e Irlanda del Norte) Disponible en: https://climatecasechart.com/non-us-case/advertising-standards-authoritys-ruling-on-shell-uk-tds-shell-go-campaign/
Unión Europea		
<i>Airtours plc v Commission</i>	Integración del mercado común	Tribunal de Primera Instancia de la Unión Europea (Quinta Sala, composición extendida) Case T-342/99, <i>Airtours plc v Commission</i> [2002] ECR II-2585
<i>AKKA v. LAA</i>	Justicia Equidad	Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Segunda Sala) Case C-177/16 Autortiesību un komunikēšanās konsultāciju aģentūra (AKKA)/ Latvijas Autoru apvienība (LAA) [2017] Disponible en: https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-177/16
<i>Artogodan</i>	Sustentabilidad	Tribunal de Primera Instancia de la Unión Europea Asuntos acumulados T-74/00, T-76/00, T-83/00, T-84-00, T-85-00, T-132-00, T-137-00 y T-141-00, <i>Artogodan GmbH y otros v. Commission</i> [2002] Disponible en: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62000TJ0074
<i>AstraZeneca v Comissison</i>	Competencia efectiva Integración del mercado común	Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Primera Sala) Case C-457/10 P <i>AstraZeneca v Comissison</i> [2012] Disponible en: https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-457/10
<i>AT&T v. NCR</i>	Política industrial	Comisión Europea Case IV/M.050 – <i>AT&T/NCR</i> [1991] 84/387/EEC Disponible en: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A31984D0387
<i>Aurubus/Metallo</i>	Bienestar del consumidor	Comisión Europea Case M.9409 – <i>Aurubis/Metallo Group Holding</i> [2020]

		<p>Disponible en: https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m9409_3908_3.pdf</p> <p>Nota de prensa: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_19_6305</p>
<i>Bayer/Monsanto</i>	Protección a la competencia	<p>Comisión Europea</p> <p>Case M.8084 - Bayer/Monsanto [2018]</p> <p>Disponible en: https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases1/202150/M_8084_8063752_13335_9.pdf</p>
<i>British Airways v Commission</i>	Competencia efectiva Integración del mercado común	<p>Tribunal de Primera Instancia de la Unión Europea (Primera Sala)</p> <p>Case T-219/99 <i>British Airways v Commission</i> [2003] ECR II-05917</p> <p>Disponible en: https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=T-219/99</p>
<i>BPCL/ICI</i>	Política Industrial	<p>Comisión Europea</p> <p>Case IV/30.863 – BPCL/ICI [1984]</p>
<i>Car Emissions</i>	Protección de la competencia	<p>Comisión Europea</p> <p>Case AT-40178 – Car Emissions [2021]</p> <p>Disponible en: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52021AT40178%2802%29</p> <p>Nota de prensa: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_21_3581</p>
<i>CECED</i>	Eficiencia Beneficios medioambientales Sustentabilidad	<p>Comisión Europea</p> <p>Case IV.F.1/36.718 – CECED [1999]</p> <p>Disponible en: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32000D0475</p>

<i>Compagnie Maritime Belge Transports and Others v Commission</i>	Competencia efectiva Integración del mercado común	Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Quinta Sala) Case C-395/96 P <i>Compagnie Maritime Belge Transports and Others v Commission</i> [2000] I-01365 Disponible en: https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-395/96
<i>Consten Grundig</i>	Integración del mercado común	Tribunal de Justicia de la Unión Europea <i>Établissements Consten S.à.R.L. and Grundig Verkaufs-GmbH v Commission</i> [1966] ECR 429 Disponible en: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61964CJ0056
<i>Consumer Detergents</i>	Eficiencia	Comisión Europea Case COMP/39.579 – Consumer Detergents [2011] Disponible en: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A52011XC0702%2801%29
<i>Continental Can</i>	Efectiva estructura competitiva Integración del mercado común	Tribunal de Justicia de la Unión Europea Case 6-72 <i>Europemballage Corporation and Continental Can Company Inc. v Commission</i> [1973] ECR-215 Disponible en: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61972CJ0006
<i>Cross-border access to pay-TV</i>	Integración del mercado común	Comisión Europea Case AT.40023 - Cross-border access to pay-TV [2019] Disponible en: https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/40023/40023_10624_3.pdf
<i>De Beers / LVHM</i>	Integración del mercado común	Comisión Europea Case IV/M.2333 – De Beers/LVHM [2003]
<i>Deutsche Post AG</i>	Justicia Equidad	Comisión Europea Case COMP C-1/36.915 – Deutsche Post AG – Retención de correo transfronterizo [2001] Disponible en: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32001D0892

<i>Deutsche Telekom v Commission</i>	Efectiva estructura competitiva Justicia Equidad	Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Segunda Sala) Case C-280/08 P Deutsche Telekom v Commission [2010] ECR I-9555 Disponible en: https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-280/08
<i>Distillers Company Ltd</i>	Integración del mercado común	Comisión Europea Case No. IV/28.282, The Distillers Company Limited [1977]
<i>Dow/DuPont</i>	Bienestar del consumidor	Comisión Europea Case M.7932 – Dow/DuPont [2017] Disponible en: https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m7932_13668_3.pdf Nota de prensa – Fusiones: Comisión aclara operación Dow/DuPont: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_17_772
<i>DSD</i>	Bienestar del consumidor Beneficios medioambientales Sustentabilidad	Comisión Europea Asuntos acumulados COMP/34493 – DSD; COMP/37366 Hofmann y DSD; COMP/37299 Edelhoff y DSD; COMP/37291 Rethmann y DSD; COMP/37288 ARGE y cinco otros, y DSD; COMP/37287 AWG y cinco otros, y DSD; COMP/37526 Feldhaus y DSD; COMP/37254 Nehlsen y DSD; COMP/37252 Schönackers y DSD; COMP/37250 Altvater y DSD; COMP/37246 DASS y DSD; COMP/37245 Scheele y DSD; COMP/37244 SAK y DSD; COMP/37243 Fischer y DSD; COMP/37242 Trienekens y DSD; COMP/37267 Interseroh y DSD [2001] Disponible en: https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/34493/34493_63_6.pdf

<i>Enichem/ICI</i>	Política industrial	Comisión Europea Case IV/31.846 – Enichem/ICI [1988] 88/87/EEC Disponible en: https://eur-lex.europa.eu/eli/dec/1988/87/oj
<i>ENI/Montedison</i>	Política industrial	Comisión Europea Case IV/31.055 – ENI/Montedison [1987] 87/3/EEC Disponible en: https://eur-lex.europa.eu/eli/dec/1987/3(1)/oj
<i>Exxon v. Shell</i>	Beneficios medioambientales	Comisión Europea Case IV/33.640 – Exxon/Shell [1994], 94/322/EC Disponible en: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=uriserv%3AOJ.L_.1994.144.01.0020.01.ENG
<i>Ford/Volkswagen</i>	Política industrial Empleo	Comisión Europea Case IV/33.814 – Ford/Volkswagen [1993] 93/49/EEC Disponible en: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A31993D0049
<i>France Telecom SA v Commission</i>	Efectiva estructura competitiva Integración del mercado común	Tribunal de Primera Instancia de la Unión Europea (Quinta sala, composición extendida) Case T-340/03 France Telecom SA v Commission [2007] ECR II-107 https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX:62003TJ0340
<i>General Electric / Honeywell</i>		Comisión Europea Case IV/M.2220 - General Electric / Honeywell [2004]
<i>General Motors Continental v Commission</i>	Justicia Equidad	Tribunal de Justicia de la Unión Europea Case 26/75 General Motors Continental v Commission [1975] ECR 1367 Disponible en: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61975CJ0026
<i>GlaxoSmithKline (I)</i>	Bienestar del consumidor	Tribunal de Primera Instancia de la Unión Europea (Cuarta sala, composición extendida) Case T-168/01 GlaxoSmithKline Services Unlimited v Commission of the European Communities [2006] ECR II 02969

		<p>Disponible en:</p> <p>https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=T-168/01</p>
<i>GlaxoSmithKline Services Unlimited v. Commission (II)</i>	Efectiva estructura competitiva	<p>Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Tercera Sala)</p> <p>Case C-501/06 P GlaxoSmithKline Services Unlimited v Commission and Others [2009] ECR I-9291.</p> <p>Disponible en: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/ALL/?uri=CELEX%3A62006CJ0501</p>
<i>Hoffmann-La Roche</i>	Competencia efectiva	<p>Tribunal de Justicia de la Unión Europea</p> <p>Case Hoffmann – La Roche v Commission, 85/76 [1979] ECR 461</p> <p>Disponible en: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61976CJ0085</p>
<i>Intel (I)</i>	Bienestar del consumidor	<p>Comisión Europea</p> <p>Case COMP/C-3/37.990—Intel [2009]</p> <p>Disponible en: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A52009XC0922%2802%29</p>
<i>Intel (II)</i>	Bienestar del consumidor	<p>Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Séptima sala, composición extendida)</p> <p>Case T-286/09 Intel Corporation v Commission [2014]</p> <p>Disponible en:</p> <p>https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=153543&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=5588790</p>
<i>Irish Sugar v Commission</i>	Competencia efectiva Integración del mercado común	<p>Tribunal de Primera Instancia de la Unión Europea (Tercera Sala)</p> <p>Case T-228/97 <i>Irish Sugar v Commission</i> [1999] ECR II-02969</p> <p>Disponible en: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61997TJ0228</p>
<i>Kingdom of Spain v Commission</i>	Justicia Equidad	<p>Tribunal General de Justicia de la Unión Europea (Octava Sala)</p> <p>Case T-398/07 Kingdom of Spain v Commission [2008]</p>

		Disponible: https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=T-398/07&language=EN
<i>Konkurrensverket v TeliaSonera Sverige</i>	Efectiva estructura competitiva Bienestar del consumidor Justicia Equidad	Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Primera sala) C-52/09, Konkurrensverket v TeliaSonera Sverige [2011] ECR I-527 Disponible en: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62009CJ0052
<i>Laundry Detergents</i>	Sustentabilidad	Comisión Europea Recomendación de la Comisión relativa a prácticas respetuosas del medio ambiente aplicables a los detergentes domésticos, 98/480/CE [1998] Disponible en: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:31998H0480
<i>Metro-SB-Grossmarkete (Metro I)</i>	Competencia efectiva Empleo	Tribunal de Justicia de la Unión Europea Case 26/76 Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG v Commission of the European Communities (Metro I), [1977] ECR 1875 Disponible en: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61976CJ0026
<i>Metro II</i>	Empleo	Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Cuarta Sala) Case C-75/84, Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG v Commission of the European Communities (Metro II) [1986] ECLI:EU:C:1986:399 Disponible en: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A61984CJ0075
<i>Michelin v Commission</i>	Competencia efectiva Integración del mercado común	Tribunal de Justicia de la Unión Europea Case C-322/81 <i>Michelin v Commission</i> [1983] ECR I-03461 Disponible en: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61981CJ0322
<i>MSG Media Service</i>	Integración del mercado común	Comisión Europea Case IV/M.469 – MSG Media Service [1994] Disponible en: https://eur-lex.europa.eu/eli/dec/1994/922/oj

<i>Nintendo</i>	Bienestar del consumidor	Comisión Europea Cases COMP/C-3/35.587, COMP/C-3/35.706, COMP/C-3/36.321 Nintendo [2002]
<i>Nordic Satellite Distribution</i>	Integración del mercado común	Comisión Europea Case No IV/M.490 - Nordic Satellite Distribution [1995] Disponible en: https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases1/20215/m9076_5518_3.pdf . Noticia por parte de la Comisión – IP/19/1835 Disponible en: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_19_1835
<i>Novelis/Aleris</i>	Eficiencia Sustentabilidad	Comisión Europea Case M.9706 – Novelis/Aleris [2019] Disponible en: https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases1/20215/m9076_5518_3.pdf Nota de prensa: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_19_1835
<i>Österreichische Postsparkasse</i>	Bienestar del consumidor	Tribunal de Primera Instancia de la Unión Europea (Quinta Sala) Cases T-213/01 y T-214/01 Österreichische Postsparkasse AG and Bank für Arbeit und Wirtschaft AG v Commission of the European Communities [2006] ECR II -01601
<i>Philips v. Osram</i>	Beneficios medioambientales	Comisión Europea Case IV/34.252 – Philips-Osram [1994] 94/986/EC Disponible en: https://eur-lex.europa.eu/eli/dec/1994/986/oj
<i>Post Danmark A/S v. Konkurrencerådet</i>	Bienestar del consumidor	Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) Case C-209/10 Post Danmark A/S v Konkurrencerådet [2012]. Disponible en:

<i>PreussenElektra AG v. Schleswag AG</i>	Beneficios medioambientales	Tribunal de Justicia de la Unión Europea Case C-379/98, <i>PreussenElektra AG v. Schleswag AG</i> , [2001] ECR I-2099 Disponible en: https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-379/98
<i>Remia BV</i>	Empleo	Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Quinta Sala) Case C.42/84 <i>Remia BV and Others v Commission</i> [1985], ECLI:EU:C: 1985:327 Disponible en: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61984CJ0042
<i>Schneider Electric SA v Commission (I)</i>	Integración del mercado común Competencia efectiva	Tribunal de Primera Instancia de la Unión Europea (Primera Sala) Case T-310/01, <i>Schneider Electric SA v Commission</i> [2002] ECR II-4071
<i>Schneider Electric SA v Commission (II)</i>	Integración del mercado común Competencia efectiva	Tribunal de Primera Instancia de la Unión Europea (Primera Sala) Case T-77/02, <i>Schneider Electric SA v Commission</i> [2002] ECR II-4201
<i>Sot. Lélos kai Sia and Others</i>	Efectiva estructura competitiva Integración del mercado común	Tribunal de General de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) Asuntos acumulados C-468 to 478/06 <i>Sot. Lélos kai Sia and Others</i> [2008] ECR I7139
<i>Tetra Laval BV v Commission</i>	Integración del mercado común Competencia efectiva	Tribunal General de Justicia de la Unión Europea (Segunda Sala) Asuntos acumulados T-5/02 DEP, T-80/02, <i>Tetra Laval BV v Commission</i> [2002] Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) Asuntos acumulados C-12/03 P-DEP y C-13/03 P, <i>Commission v Tetra Laval BV</i> [2005]
<i>T-Mobile</i>	Efectiva estructura competitiva	Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Tercera Sala) Case C-8/08 <i>T-Mobile Netherlands and Others</i> [2009] ECR I-4529

	Integración del mercado común	
<i>Tomra Systems and Others v Commission</i>	Competencia efectiva Integración del mercado común	Tribunal General de Justicia de la Unión Europea (Quinta Sala) Case T-155/06 <i>Tomra Systems and Others v Commission</i> [2010] ECR II-04361 Disponible en: https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=T-155/06
<i>Trucks</i>	Integración del mercado común Protección de la competencia	Comisión Europea Case AT.39824 – Trucks [2017] Disponible en: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52020AT39824%2803%29 Nota de prensa: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/el/IP_16_2582
<i>United Brands v Commission</i>	Justicia Equidad	Tribunal de Justicia de la Unión Europea Case 27/76 <i>United Brands v Commission</i> [1978] ECR 207 Disponible en: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61976CJ0027
<i>VBBB/VBVB</i>	Identidad cultural y diversidad	Comisión Europea Case n° 82/123/EEC, <i>VBBB/VBVB</i> [1982]
<i>ZVEI/Arge Bat</i>	Justicia Equidad	Comisión Europea Comunicación de notificación por el artículo 19(3) de la Council Regulation N°17 Case IV/F1/36.172 – <i>ZVEI/Arge Bat</i> [1998] Disponible en: https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:1998:172:0013:0017:EN:PDF
Otros		
<i>Conservation and</i>	Desarrollo sustentable	Tribunal Internacional del Derecho del Mar

<i>Sustainable Exploitation of Swordfish Stocks in the South-Eastern Pacific Ocean</i>		Case Concerning the Conservation and Sustainable Exploitation of Swordfish Stocks in the South-Eastern Pacific Ocean (Chile v. European Community) The ITLOS Special Chamber in this case suspended proceedings until 1 January 2004, ITLOS, Case No. 7 – ITLOS Order 2001/1 of 15 March 2001, and Order 2003/2. Disponible en: https://www.itlos.org/en/main/cases/list-of-cases/case-no-7/
<i>Gabčíkovo–Nagymaros Project</i>	Desarrollo sustentable	Corte Internacional de Justicia Gabčíkovo–Nagymaros Project (Hungria v Slovakia) [1997] ICJ Rep 7 Disponible en: https://www.icj-cij.org/case/92
<i>Iron Rhine</i>	Desarrollo sustentable	Corte Permanente de Arbitraje Iron Rhine (Belgium v The Netherlands) [2005] Case Number 2003-02 Disponible en: https://pca-cpa.org/en/cases/1/
<i>Lawyers for Climate Action</i>	Evitar greenwashing	Comité para las Normas Publicitarias Reclamo del grupo “Lawyers for Climate” ante el Comité para las Normas Publicitarias, No. 21/194, 6 de julio de 2021 (Nueva Zelanda). Disponible en: https://climatecasechart.com/non-us-case/lawyers-for-climate-action-complaint-to-the-advertising-standards-board/
<i>MOX Plant Case</i>	Desarrollo sustentable	Tribunal Internacional del Derecho del Mar The MOX Plant Case (Ireland v. United Kingdom) Provisional Measures (2001), Case 10 Disponible en: https://www.itlos.org/en/main/cases/list-of-cases/case-no-10/
<i>Pulp Mills on the River Uruguay</i>	Desarrollo sustentable	Corte Internacional de Justicia Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v Uruguay) [2010] ICJ Rep 14 Disponible en: https://www.icj-cij.org/case/135

<p><i>Southern Bluefin Tuna Cases</i></p>	<p>Desarrollo sustentable</p>	<p>Tribunal Internacional del Derecho del Mar Southern Bluefin Tuna Cases (New Zealand v. Japan and Australia v. Japan), International Tribunal for the Law of the Sea, Order of August 27, 1999, Request for Provisional Measures. Disponible en: https://www.itlos.org/en/main/cases/list-of-cases/case-no-3-4/</p>
<p><i>US - Shrimp</i></p>	<p>Desarrollo sustentable</p>	<p>Organización Mundial del Comercio <i>United States – Import Prohibition of certain Shrimp and Shrimp Products</i>, WT/DS58/AV/R, 1998. Disponible en: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds58_e.htm</p>

BIBLIOGRAFÍA

1. Acción Empresas, Centro de Gobierno Corporativo y Sociedad Universidad de los Andes. (2023) “ESG en Chile: perspectivas, avances, el rol de los directorios y los retos de su implementación”. <https://accionempresas.cl/content/uploads/esg-en-chile-2023.pdf>
2. Aghion, P; Bloom, N; Blundell, R.; Griffith R.; Howitt, P.; (2002) Competition and Innovation: An Inverted U Relationship, The Institute for Fiscal Studies, WP02/04.
3. Agostini, Claudio. (2022) Comentarios a las Propuestas de Fortalecimiento de Herramientas Regulatorias del DL 211 «Hoja de ruta para la libre competencia en Chile: Una propuesta, Mario Ybar», Diálogos CeCo, CentroCompetencia, Universidad Adolfo Ibáñez, Santiago, Chile. <https://centrocompetencia.com/dialogo-hoja-de-ruta-para-la-libre-competencia-en-chile-una-propuesta/>.
4. Agüero, Francisco. (2004) Nuevos elementos para el debate sobre el bien jurídico libre competencia. Boletín Latinoamericano de Competencia, N°19.
5. Agüero, Francisco; Costa, Ezio. (2016) Análisis desde el Derecho de la Competencia respecto de las agrupaciones de concesiones acuícolas. Informe en Derecho. Centro de Regulación y Competencia, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.
6. Akman, Pinar. (2009) Searching for the Long-Lost Soul of Article 82EC, *Oxford Journal of Legal Studies*, Volume 29, Issue 2, Pages 267–303, <https://doi.org/10.1093/ojls/gqp011>
7. Akman, Pinar. (2019) ‘Online Platforms, Agency and Competition Law: Mind the Gap’, 43 *Fordham International Law Journal* 209.
8. Amelung, Knut. (1972) *Rechtsguterschutz und Schutz der Gesellschaft*. Frankfurt am Main.
9. Andersen, Emily. (2020) “The Role of Consumer Welfare in EU Competition Policy: How Understanding the Priority Conferred Upon Competition Policy Objectives May Shed Light on Modern Day Inconsistencies”, Master Thesis, European Business Law, Faculty of Law, Lund University.
10. APEC. (2022) Competition Policy and Sustainable Development. APEC Competition Policy and Law Group. Bangkok, Thailand. Post-Workshop Report.
11. Arrow, K.J., Dasgupta, P., Goulder, L.H., Mumford, K.J., Oleson, K., 2010. Sustainability and the measurement of wealth. NBER Working Paper Series 16599. <https://www.nber.org/papers/w16599>
12. ASCOLA & Zimmer D. (2012). *The goals of competition law*. Edward Elgar.
13. Asheim, Geir B. (2010) *Justifying, Characterizing and Indicating Sustainability*. Springer Science & Business Media.

14. Ashton, Fred. (2022) «Why the Consumer Welfare Standard Is the Backbone of Antitrust Policy». American Action Forum, Insight. <https://www.americanactionforum.org/insight/why-the-consumer-welfare-standard-is-the-backbone-of-antitrust-policy/>
15. Autoridad para los Consumidores y Mercados (ACM). (2011) NMa da el visto bueno hacia los planes de la industria de pesca de camarón para hacer la pesca de camarón más sustentable. <https://www.acm.nl/en/publications/publication/6535/NMa-is-positive-towards-Dutch-shrimp-fishing-industrys-plans-to-make-shrimp-fishing-sustainable>
16. Autoridad para los Consumidores y Mercados (ACM). (2013) Análisis de la ACM del cierre de 5 plantas de carbón como parte del SER Energieakkord. <https://www.acm.nl/en/publications/publication/12082/ACM-analysis-of-closing-down-5-coal-power-plants-as-part-of-SER-Energieakkord>
17. Autoridad para los Consumidores y Mercados (ACM). (2014) Documento de visión sobre competencia y sustentabilidad. <https://www.acm.nl/en/publications/publication/13077/Vision-document-on-Competition-and-Sustainability/>
18. Bacigalupo, Enrique. (1999). Derecho penal. Parte general. Editorial Hammurabi.
19. Bain, Joe S. (1950) “Workable Competition in Oligopoly: Theoretical Considerations and Some Empirical Evidence,” *American Economic Review*, 40(2).
20. Bain, Joe S. (1959) *Industrial organization*, Wiley, New York.
21. Bansal, P. and Roth, K. (2000). Why companies go green: A model of ecological responsiveness. *Academy of Management Journal*, 43(4):717–736.
22. Barandiarán, Edgardo; Paredes, Ricardo. (2002) “Protección de la Competencia en Chile: El Estado v. Laboratorios Chile y Recalcine (1992-1993)”, Documento de Trabajo, Instituto de Economía, Universidad Católica, Santiago, N° 222.
23. Barral, Virginie. Sustainable Development in International Law: Nature and Operation of an Evolutive Legal Norm, *European Journal of International Law*, Volume 23, Issue 2, May 2012, Pages 377–400, <https://doi.org/10.1093/ejil/chs016>
24. Barros, Enrique. (2007) *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile.
25. Baskoy, Tuna. (2005) *Effective Competition and EU Competition Law*, *Review of European and Russian Affairs*, vol. 1 n°1.
26. Bejček, Josef. «Sustainability of “Traditional Antitrust” under the Challenge of “Sustainability” and Digitization». *AUC IURIDICA* 69, n.º 2 (7 de junio de 2023): 9-31.
27. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. (2003) *Historia de la Ley N°19.911. Crea el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia*.

28. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. (2016) Historia de la Ley N°20.920. Establece marco para la gestión de residuos, la responsabilidad extendida del productor y fomento al reciclaje.
29. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. (2016) Historia de la Ley N°20.945. Perfecciona el sistema de defensa de la libre competencia.
30. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. (2023) Historia de la Ley N°21.595. Ley de delitos económicos.
31. Binding, Karl. (1922) Die Normen, t. I, 4° ed.
32. Binding, Karl. (1885) Handbuch des Strafrechts, t. I.
33. Bogus, Carl T. (2015) The New Road to Serfdom: The Curse of Bigness and the Failure of Antitrust, 49 U. Mich. J. L. Reform 1. <https://repository.law.umich.edu/mjlr/vol49/iss1/1>
34. Böhm, Franz. (1933) *Wettbewerb und Monopolkampf: Eine Untersuchung zur Frage des wirtschaftlichen Kampfrechts und zur Frage der rechtlichen Struktur der geltenden Wirtschaftsordnung*. 1.^a ed. Vol. 246. Wirtschaftsrecht und Wirtschaftspolitik. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG.
35. Bork, Robert H. (1966) The rule of reason and the per se concept: price fixing and market division, 75, Yale Law Journal 373.
36. Bork, Robert H. (1967) The Goals of Antitrust Policy, 57 AM. ECON. REV. 242.
37. Bork, Robert H. (1978) The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself. Basic Books Inc. Publishers, Nueva York.
38. Bork, Robert H. (1985) The Role of the Courts in Applying Economics. *Antitrust Law Journal*, 54(1), 21–26. <http://www.jstor.org/stable/40840819>
39. Bosselmann, Klaus; “Sustainable Development Law”. Techera, E., Lindley, J., Scott, K.N., & Telesetsky, A. (Eds.). (2020). *Routledge Handbook of International Environmental Law (2nd ed.)*. Routledge. <https://doi.org/10.4324/9781003137825>
40. Boucher, Kim. (2018) The unsexy future of climate change litigation. *Journal of Environmental Law*, 30(3), 483–506. <https://doi.org/10.1093/jel/eqy017>
41. Bouterse, Rosita B. (1994) *Competition and Integration: what goals count? EEC competition law and goals of industrial, monetary, and cultural policy*. Deventer; Boston, Kluwer Law and Taxation Publishers, European monographs, 8. <https://hdl.handle.net/1814/24728>
42. Bradford, Anu; Chilton, Adam S.; Linos, Katerina; Weaver, Alex. The Global Dominance of European Competition Law Over American Antitrust Law, JOURNAL OF EMPIRICAL LEGAL STUDIES, VOL. 16, P. 731, 2019 (2019). https://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship/2513
43. Brandeis, Louis D. (1913) “A Curse of Bigness,” Harper's Weekly.

44. Bricola, Franco. (1973) "Teoria Generale del Reato". *Novissimo Digesto Italiano*, Vol. XIV. Turín: Utet.
45. Brodley, J. F. (1987) The economic goals of antitrust: efficiency, consumer welfare, and technological progress. *New York University Law Review*, 62(5).
46. Brook, Or. (2019) Struggling with Article 101(3) TFEU: Diverging Approaches of the Commission, EU Courts, and Five Competition Authorities. *Common Market Law Review* 56: 121-156, 2019, Forthcoming. <https://ssrn.com/abstract=3319454>
47. Brook, Or. (2022). In search of a European economic imaginary of competition: fifty years of the Commission's annual reports. *European Law Open*, 1(4), 822–851.
48. Buch-Hansen, Hubert; Wigger, Angela. (2010) «Revisiting 50 years of market-making: The neoliberal transformation of European competition policy». *Review of International Political Economy* 17, n°1, 20-44. <https://www.jstor.org/stable/25699624>
49. Bundeskartellamt. (2020) “Open markets and sustainable economic activity – public interest objectives as a challenge for competition law practice”, Virtual Meeting of the Working Group on Competition Law, Background Paper.
50. Buigues, Pierre; Sapir, André. (1993) ‘Community Industrial Policies’, in *Industrial Policy in the European Community: A Necessary Response to European Integration?*, Phedon Nicolaides (ed.). Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers.
51. Burns, Jean W. (1993) “Vertical Restraints, Efficiency and the Real World”. 62(3) *Fordham Law Review*. 597. <https://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol62/iss3/3>
52. Bustos, Juan. (1991) *Perspectivas actuales del derecho penal económico*. Gaceta Jurídica, Santiago, Chile.
53. Callies, Rolf-Peter. (1974) *Theorie der Strafe im demokratischen und sozialen Rechtsstaat. Ein Beitrag zur strafrechtsdogmatischen Grundlagendiskussion*, Frankfurt am Main: Fischer Taschenbuch.
54. Cambien, Nathan. (2022) Article 101 TFEU and the European Green Deal: from effective competition to sustainable competition? *Young Universities for the Future of Europe (YUFE) Law Conference Proceedings N° 01/2022*. <https://ssrn.com/abstract=4418154>
55. Carlton, Dennis W. (2007) «Does Antitrust Need to Be Modernized?» *The Journal of Economic Perspectives* 21, n°3: 155-176.
56. Carlton, Dennis W. (2022) Understanding Basic Principles and Facts about Antitrust to Create a Basis for Some (Any?) Consensus. *Competition Policy International*, Forthcoming. <https://ssrn.com/abstract=4175475>
57. ChileCompra. (2006) *Directiva sobre estándares de transparencia*. Directiva n°4.

58. ChileCompra. (2009) Directiva para la prevención de la colusión entre oferentes. Directiva n°11.
59. ChileCompra. (2011) Directiva que entrega recomendaciones e instrucciones para realizar compras públicas sustentables. Directiva n°13.
60. ChileCompra. (2016) Directiva que busca apoyar y recomendar a distintos organismos a considerar variables y criterios ambientales en la contratación de servicios. Directiva n°25.
61. ChileCompra. (2018) Directiva que entrega recomendaciones a los organismos públicos para hacer un uso eficiente de los recursos en la contratación de bienes y servicios. Directiva n°26.
62. ChileCompra. (2022) Directiva que entrega recomendaciones e instrucciones para realizar contrataciones públicas inclusivas que promuevan la igualdad de oportunidades en el mercado público. Directiva n°17.
63. ChileCompra. (2022) Directiva que orienta a los compradores sobre los beneficios de incorporar la perspectiva de género en las compras públicas. Directiva n°20.
64. Chillin'Competition. (2015) «What's with This Obsession with the Objectives of EU Competition Law?», blog. <https://chillingcompetition.com/2015/09/17/whats-with-this-obsession-with-the-objectives-of-eu-competition-law/>
65. CeCo. (2021) «Déjà vu: La Orden Ejecutiva de Biden y la influencia neo-brandeisiana», CentroCompetencia, Universidad Adolfo Ibáñez. <https://centrocompetencia.com/la-orden-ejecutiva-de-biden-y-la-influencia-neo-brandeisiana/>
66. CeCo. (2021) «Sustentabilidad y Competencia: Día de la Competencia OCDE 2021». <https://centrocompetencia.com/sustentabilidad-y-competencia-dia-de-la-competencia-ocde-2021/>
67. CeCo. (2022) «Acuerdos de Cooperación Verde». CentroCompetencia, Universidad Adolfo Ibáñez. <https://centrocompetencia.com/acuerdos-de-cooperacion-verde-la-mejor-forma-de-llegar-a-un-desarrollo-sostenible/>.
68. Cerda Z., Maikol. (2022) «[Opinión] Desarrollo Sustentable y rol de la competencia», CentroCompetencia, Universidad Adolfo Ibáñez. <https://centrocompetencia.com/desarrollo-sustentable-y-el-rol-de-la-competencia/>
69. Cerpeckis, M. (2021) 'How Economics Contributes to Quantifying Sustainability in Competition Assessments'. Conference Competition Law and Policy CEE.
70. Cervini, Raúl. (2010) Aproximación conceptual integrada al Derecho Penal Económico, en *Derecho penal económico*, Rubinska, R. M., & Schurjin Almenar, D; Marcial Pons.
71. Clark, Duncan, y Grantham Research Institute. (2012) «Why Do Economists Describe Climate Change as a “Market Failure”?» *The Guardian*, sec. Environment.

- <https://www.theguardian.com/environment/2012/may/21/economists-climate-change-market-failure>.
72. CMS Law. (2020) “Joint Observations and Suggestions by CMS Competition & EU Group and CMS Consumer Products Sector Group: Competition Policy supporting the Green Deal”.
 73. Competition and Markets Authority (CMA). (2020) Estudio del mercado de carga de vehículos eléctricos. <https://www.gov.uk/cma-cases/electric-vehicle-charging-market-study>
 74. Competition and Markets Authority (CMA). (2021) Acuerdos de sustentabilidad: CMA entrega información para los negocios. <https://www.gov.uk/government/news/sustainability-agreements-cma-issues-information-for-businesses>.
 75. Competition and Markets Authority (CMA). (2021) Código de Reclamos Verde: realización de reclamos medioambientales. <https://www.gov.uk/government/publications/green-claims-code-making-environmental-claims>
 76. Competition and Markets Authority (CMA). (2022) Recomendación normativa sobre Sustentabilidad Medioambiental. <https://www.gov.uk/government/news/cma-publishes-environmental-sustainability-advice-to-government>
 77. Competition and Markets Authority (CMA). (2022) Reporte Annual y Cuenta Pública de 2022 al 2023. https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/1062414/Final_Annual_Plan_for_2022_23.pdf.
 78. Cordero, Eduardo. (2012) El derecho administrativo sancionador y su relación con el Derecho penal. *Revista de derecho (Valdivia)*, 25(2) 131-157. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502012000200006>
 79. Cordonier S., Marie-Claire. (2008) ‘Sustainable Development in International Law’ in Hans Christian Bugge and Christina Voigt (eds), *Sustainable Development in International and National Law: What did the Brundtland Report do to Legal Thinking and Legal Development, and Where Can We Go From Here?* Europa Law Publishing, 87.
 80. Cordonier S., Marie-Claire; and Khalfan, Ashfaq. (2004) *Sustainable Development Law: Principles, Practices, and Prospects*. Oxford Academic. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199276707.001.0001>
 81. Comisión Europea. (1977) Sexto reporte de Política de Competencia.
 82. Comisión Europea. (1992) XXII Reporte de Política de Competencia.
 83. Comisión Europea. (1997) “Green paper on Vertical Restraints in EC Competition Policy”, COM (96) 721 final.

84. Comisión Europea. (2012) Informe sobre la política de competencia 2011. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. SWD(2012) 141 final. Bruselas.
85. Comisión Europea. (2012) “Commission Staff Working Paper Accompanying the Report on Competition Policy 2011”. SWD, 141 final.
86. Comisión Europea. (2016) “Reporte de Política de Competencia 2015”, COM(2016) 393 final.
87. Comisión Europea. (2017) “Reporte de Política de Competencia 2016”, COM(2017) 285 final.
88. Comisión Europea. (2020) “Unleashing the Full Potential of European SMEs”. EU Industrial Strategy. https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/fs_20_426
89. Comisión Europea. (2021) “Competition Policy in Support of Europe’s Green Ambition”, Competition policy brief, ISBN: 978-92-76-41099-7, ISSN: 2315-3113. https://awards.concurrences.com/IMG/pdf/kdak21001enn.en_1_.pdf?73625/9ca97e9ef4992ce50098e0e5134604780fe40db87d765e13a0f8d09f67cc5780
90. Consumer Unity & Trust Society Centre for Competition, Investment and Economic Regulation. (2003) “Towards a Healthy Competition Culture”. Jaipur Printers P. Ltd. <https://perma.cc/W89G-5RWK>
91. Coublucq, Daniel; Kovo, David; Valletti, Tommaso M. (2022) Innovation Concerns in European Merger Control: The Agrochemical Saga (DOW/DuPont and Bayer/Monsanto). Forthcoming In: Antitrust Economics at a Time of Upheaval por J. Kwoka, T. Valletti and L. White (Editores). <https://ssrn.com/abstract=4245916>
92. Cowen, Tyler. (1993) ‘The Scope and Limits of Preference Sovereignty’ Economics and Philosophy 9 253-269.
93. CPI. (2018) «Before “After Consumer Welfare” — A Response To Professor Wu». PYMNTS.Com, What’s next in Payments and Commerce (blog). https://www.pymnts.com/cpi_posts/before-after-consumer-welfare-a-response-to-professor-wu/.
94. Daskalova, Victoria I. (2015) Consumer Welfare in EU Competition Law: What is It (Not) About? The Competition Law Review, Vol. 11, Issue 1, pp 131- 160, TILEC Discussion Paper No. 2015-011. <https://ssrn.com/abstract=2605777>
95. De la Mano, M. (2002) For the customer’s sake: The competitive effects of efficiencies on the European merger controll, European Commission’s Enterprise Directorate-General, Enterprise Papers no. 11.

96. Delmas, M., Keller, A. Free riding in voluntary environmental programs: The case of the U.S. EPA WasteWise program. *Policy Sci* 38, 91–106 (2005). <https://doi.org/10.1007/s11077-005-6592-8>.
97. De Stefano, Gianni. (2020) Measurable Environmental Protection as a Necessity for Competition Law. <https://ssrn.com/abstract=3533499>
98. Deutscher, Elias; Makris, Stavros. Sustainability concerns in EU merger control: from output-maximising to polycentric innovation competition, *Journal of Antitrust Enforcement*, Volume 11, Issue 3, November 2023, Pages 350–399, <https://doi.org/10.1093/jaenfo/jnac019>
99. Disner, Eliot G. (2002) Antitrust Law: The Chicago School Meets the Real World, 25 *LA Lawyer* 14, 14.
100. Dolmans, Maurits. (2020) Sustainable Competition Policy. *Competition Law and Policy Debate CLPD*, Vol 5, Issue 4 and Vol 6 issue 1 March 2020, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3608023>
101. Easterbrook, Frank H. (1986) *Workable Antitrust Policy*, 84 *Mich. L. Rev.* 1696. <https://repository.law.umich.edu/mlr/vol84/iss8/4>
102. Espinoza, Idalia. (2022) Evolución histórica de la teoría del bien jurídico penal. *Archivos de Criminología, Seguridad Privada y Criminalística*, Año 10, vol. 19. ISSN: 2007-2023.
103. Ezrachi, Ariel. (2017) Sponge, *Journal of Antitrust Enforcement*, Volume 5, Issue 1, Pages 49–75, <https://doi.org/10.1093/jaenfo/jnw011>
104. Ezrachi, Ariel. (2018) EU Competition Law Goals and the Digital Economy. Oxford Legal Studies Research Paper No. 17/2018. <https://ssrn.com/abstract=3191766>
105. Ezrachi, Ariel. (2018) “The Goals of EU Competition Law and The Digital Economy”, BEUC the European Consumer Organisation, Discussion Paper.
106. Ezrachi, Ariel; Stucke, Maurice. (2020) *Competition Overdose*. Harper Collins, 3-120.
107. Ezrachi, Ariel. (2021) *Competition and Antitrust Law: A Very Short Introduction*, Very Short Introductions. Oxford Academic. <https://doi.org/10.1093/actrade/9780198860303.001.0001>
108. Fackelmann, Christian. (2006) «Dynamic Efficiency Considerations in EC Merger Control: An Intractable Subject or a Promising Chance for Innovation?» SSRN Scholarly Paper. Rochester, NY. <https://doi.org/10.2139/ssrn.910465>
109. Facuse, Vanessa; Goecke, Stefan. (2021) “Sostenibilidad y competencia: un entendimiento desafiante”, Investigaciones CeCo, CentroCompetencia, Universidad Adolfo Ibáñez. <https://centrocompetencia.com/wp-content/uploads/2021/11/Facuse-y-Goecke-Sostenibilidad-y-competencia.pdf>

110. Facuse, Vanessa; Nehme, Nicole; Cerda, Maikol; García, Guillermo. (2022) Conversatorio “Sustentabilidad en la Libre Competencia”. Congreso de Derecho y Economía, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.
111. Federal Trade Commission. (2013) «Efficiencies and Antitrust: A Story of Ongoing Evolution». <https://www.ftc.gov/news-events/news/speeches/efficiencies-antitrust-story-ongoing-evolution>
112. Federal Trade Commission. (2013) «The Enforcers». <https://www.ftc.gov/advice-guidance/competition-guidance/guide-antitrust-laws/enforcers>
113. Feldman, Robin. (1999) Defensive Leveraging in Antitrust, 87 Geo. L.J. 2079. Available at: https://repository.uchastings.edu/faculty_scholarship/167
114. Felli, Leonardo; Roberts, Kevin W.S. (1999) Competition and Hold-Ups. <https://ssrn.com/abstract=171920>
115. Fernández-Kranz, Daniel. and Santaló, Juan. (2010). When necessity becomes a virtue: The effect of product market competition on corporate social responsibility. *Journal of Economics & Management Strategy*, vol. 19(2):453–487. https://econpapers.repec.org/article/blajemstr/v_3a19_3ay_3a2010_3ai_3a2_3ap_3a453-487.htm
116. Fiscalía Nacional Económica. (2020) Declaración Pública de 3 de abril de 2020. <https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2020/04/Declaraci%C3%B3n-P%C3%BAblica-FNE-030420.pdf>
117. Fiscalía Nacional Económica. (2020) Estudio de Mercado sobre Compras Públicas. División Estudios de Mercado. EM05-2019. Santiago, Chile.
118. Flammer, Caroline. (2015). Does product market competition foster corporate social responsibility? Evidence from trade liberalization. *Strategic Management Journal*, 36(10):1469–1485. <https://doi.org/10.1002/smj.2307>
119. Fleurbaey, Marc. (2015) «On sustainability and social welfare». *Journal of Environmental Economics and Management* 71: 34-53. <https://doi.org/10.1016/j.jeem.2015.02.005>
120. Foroohar, Rana. (2019) America’s New Antitrust Agenda, *Financial Times*. <https://www.ft.com/content/c27a517a-2631-11e9-8ce6-5db4543da632>
121. Fox, Eleanor. (1981) Modernization of Antitrust: A New Equilibrium, 66 *Cornell L. Rev.* 1140. <https://scholarship.law.cornell.edu/clr/vol66/iss6/3>
122. Fox, Eleanor. (1987). The Battle for the Soul of Antitrust. *California Law Review*, 75(3), 917–923. <https://doi.org/10.2307/3480656>

123. Fox, Eleanor M.; Sullivan, Lawrence A. (1987) Antitrust—Retrospective and Prospective: Where Are We Coming From? Where Are We Going?, 62 NYU L Rev 936, 945.
124. Fox, Eleanor M. (2023) *Defining the Consumer Welfare Standard*, Stigler Center Antitrust Conference. <https://www.youtube.com/watch?v=5pMQujdbOA>
125. Frontier Economics. (2024) «How Should Competition Policy Help Save the Planet?», Rachel Keyserlingl, James Baker, David Foster. <https://www.frontier-economics.com/uk/en/news-and-insights/articles/article-i20521-how-should-competition-policy-help-save-the-planet/>
126. Fuchs, Andreas. (2012). "Chapter 3: Characteristic Aspects of Competition and their Consequences for the Objectives of Competition Law – Comment on Stucke". In *The Goals of Competition Law*. Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing. Retrieved Feb 2, 2024, from <https://doi.org/10.4337/9780857936615.00009>
127. Garrigues, Joaquín. (1977) “La defensa de la competencia mercantil”, Temas de Derecho Vivo, Editorial Tecnos.
128. Gehring, Markus W. «Competition for Sustainability: Sustainable Development Concerns in National and EC Competition Law». *Review of European Community & International Environmental Law* 15, n.o 2 (2006): 172-84. <https://doi.org/10.1111/j.1467-9388.2006.00519.x>.
129. Gerber, David J. (2001) 'VII Ordoliberalism: A New Intellectual Framework for Competition Law', *Law and Competition in Twentieth-Century Europe: Protecting Prometheus*, Oxford Academic. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199244010.003.0007>,
130. Gerber, David J. (2020) 'The Goals and Uses of Competition Law', *Competition Law and Antitrust*, Clarendon Law Series, Oxford Academic. <https://doi.org/10.1093/oso/9780198727477.003.0003>
131. Gerbrandy A. 2013. Duurzaamheidsbelangen in het mededingingsrecht. *Nederlands tijdschrift voor Europees recht* 9:326–332. doi:<https://doi.org/10.5553/nter/138241202013019009005>
132. Goodland, Robert. (1995). The Concept of Environmental Sustainability. *Annual Review of Ecology and Systematics*, 26, 1–24. <http://www.jstor.org/stable/2097196>
133. González D., Javier. (2020) “En búsqueda del bien jurídico protegido en la legislación chilena de defensa de la libre competencia”. Memoria para optar al grado de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Chile.
134. González V., Catalina; Lema A., Cristobal. (2022) “Ley Rep y Libre Competencia: De la teoría a la práctica - Primera Parte”, Investigaciones CeCo, CentroCompetencia, Universidad Adolfo Ibáñez. <http://www.centrocompetencia.com/category/investigaciones;>

135. Green, Ofer. «Integration of Non-Efficiency Objectives in Competition Law», University of Toronto, 2009. <https://tspace.library.utoronto.ca/handle/1807/17173>
136. Günther, Jakobs. (1992) Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre.
137. Günther, Jakobs. (1997) Derecho Penal. Parte general, 2.^a ed. (traducción por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo), Marcial Pons, Madrid.
138. Gutierrez Rodríguez, J. D. (2012). Competition Law Goals in Agricultural Markets: A Latin American Perspective. En *The goals of competition law* (1 ed., pp. 450-475). Edward Elgar Publishing Ltd.
139. Guzman, Andrew. (2004) ‘The Case for International Antitrust’, 22 *Berkeley Journal of International Law* 355.
140. HAEC, Speeches. (1969) The policy of the European Communities in the field of antitrust law. Realizado por M. Sassen, y Knokke-Zoute.
141. Hamilton, María. (2018) “Estándar probatorio en los procesos sancionatorios en Libre Competencia, y rol de la Corte Suprema”. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Procesal. Santiago, Chile.
142. Hao, Qian. (2013) ‘The Multiple Hands: Institutional Dynamics of China’s Competition Regime’ in Adrian Emch and David Stallibrass (eds), *China’s Anti-Monopoly Law: The First Five Years*, Kluwer Law International.
143. Hartwick, John. (1977) “Intergenerational equity and the investing of rents from exhaustible resources”, *American Economic Review*, 67(5).
144. Hassemer, Winfried. (1980) *Theorie und Soziologie des Verbrechens*. Europäische Verlagsanstalt.
145. HCC. (2020) ‘Competition Law and Sustainability’. <https://www.epant.gr/en/enimerosi/competition-law-sustainability.html>
146. Hero Moeller. (1950) ‘Liberalismus’, 62 *Jahrbücher für Nationalökonomie* 214.
147. Herrera A., Ignacio. (2017) «Competition Law through an Ordoliberal Lens». *Oslo Law Review* 2, n.º 2, 139-74. <https://doi.org/10.5617/oslaw2568>
148. Holdren, J.P., Daily, G.C., Ehrlich, P.R., 1995. The meaning of sustainability: biogeophysical aspects. In: Munasingha, M., Shearer, W. (Eds.), *Defining and Measuring Sustainability*, The World Bank, Washington, D.C.
149. Holmes, Simon. (2020) «Climate change, sustainability, and competition law». *Journal of Antitrust Enforcement* 8, n.º 2: 354-405. <https://doi.org/10.1093/jaenfo/jnaa006>

150. Holmes, S., Kar, N., Cunningham, L. (2024). Sustainability and Competition Law in the United Kingdom. In: Källezi, P., Kobel, P., Kilpatrick, B. (eds) Sustainability Objectives in Competition and Intellectual Property Law. LIDC Contributions on Antitrust Law, Intellectual Property and Unfair Competition. Springer, Cham. https://doi.org/10.1007/978-3-031-44869-0_12
151. Hormazábal, Hernán. (1992). *Bien jurídico y estado social y democrático de derecho : (el objeto protegido por la norma penal)* (2a. ed.). Jurídica Conosur.
152. Hovenkamp, Herbert J. (1985) Antitrust Policy after Chicago. *Michigan Law Review*, 84(2), 213–284. <https://doi.org/10.2307/1289065>
153. Hovenkamp, Herbert J. (1986) Rhetoric and Skepticism in Antitrust Argument, 84 *Michigan Law Review*. 1721.
154. Hovenkamp, Herbert J. (2008) "Schumpeterian Competition and Antitrust", All Faculty Scholarship. 1788. https://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/1788
155. Hovenkamp, Herbert J. (2013) "Distributive Justice and Consumer Welfare in Antitrust". Faculty Scholarship at Penn Carey Law. 1868. https://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/1868
156. Hovenkamp, Herbert J. (2013) Implementing Antitrust's Welfare Goals, 81 *Fordham L. Rev.* 2471. <https://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol81/iss5/11>
157. Hovenkamp, Herbert. (2019) Is Antitrust's Consumer Welfare Principle Imperiled? *Journal of Corporation Law*, Vol. 45, p. 101, 2019, U of Penn, Inst for Law & Econ Research Paper No. 18-15. <https://ssrn.com/abstract=3197329>
158. Hovenkamp, Herbert J. (2020) "Antitrust: What Counts as Consumer Welfare?". All Faculty Scholarship. 2194. https://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/2194
159. Hovenkamp, Herbert J. (2020) On the Meaning of Antitrust's Consumer Welfare Principle. *Revue Concurrentialiste*, U of Penn, Inst for Law & Econ Research Paper No. 20-16. <https://ssrn.com/abstract=3525385>
160. Hovenkamp, Herbert J.; Scott Morton, Fiona. (2023) "The Life of Antitrust's Consumer Welfare Model". *All Faculty Scholarship*. 2935. https://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/2935
161. Hussen, Ahmed. (2019). "Chapter 12: The economics of sustainability". *Principles of Environmental Economics and Sustainability: An Integrated Economic and Ecological Approach* (4th ed.). Routledge. <https://doi.org/10.4324/9781351109116>
162. Iacovides, Marios C.; Vrettos, Christos. (2022) «Falling through the Cracks No More? Article 102 TFEU and Sustainability: The Relation between Dominance, Environmental Degradation,

- and Social Injustice». *Journal of Antitrust Enforcement* 10, n°1: 32-62.
<https://doi.org/10.1093/jaenfo/jnab010>
163. Iacovides, Marios; Mauboussin, Valentin. (2023) “Sustainability Considerations in the Application of Article 102 TFEU: State of the Art and Proposals for a More Sustainable Competition Law”. J. Nowag (ed.), *Research Handbook on Competition Law and Sustainability*; Edward Elgar, Forthcoming. <https://ssrn.com/abstract=4319866>
 164. ICLE. (2021) “The Consumer Welfare Standard: Bringing Objectivity to Antitrust”. Consumer Welfare Standard, International Center for Law & Economics. <https://laweconcenter.org/wp-content/uploads/2021/02/tldr-Consumer-Welfare-Standard.pdf>
 165. Igami, Mitsuru; Uetake, Kosuke. Mergers, Innovation, and Entry-Exit Dynamics: Consolidation of the Hard Disk Drive Industry, 1996–2016, *The Review of Economic Studies*, Volume 87, Issue 6, November 2020, Pages 2672–2702, <https://doi.org/10.1093/restud/rdz044>
 166. International Chamber of Commerce. (2020) Competition Policy and Environmental Sustainability. <https://iccwbo.org/wp-content/uploads/sites/3/2020/12/2020-comppolicyandenvironmsustainability.pdf>
 167. International Chamber of Commerce. (2022) “When chilling contributes to warming: How Competition Policy Acts As a Barrier to Climate Action”.
 168. International Competition Network. (2002) The Role of Public Interest in Merger Evaluation, Merger Working Group, David Lewis, Naples. <https://www.comptrib.co.za/Content/Speeches/0b6e6de7-b71e-48c4-add5-9f709459ecc5.pdf>
 169. International Competition Network. (2007) Report on the Objectives of Unilateral Conduct Laws, Assessment of Dominance/Substantial Market Power, and State-Created Monopolies 31. <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc353.pdf>
 170. Jacobs, Michael. (1994) The New Sophistication in Antitrust, 79 MINN. L. REV. 1, 36-37.
 171. Jacobs, Michael. (2022) “La Declaración de Utah y el simposio “Los nuevos ‘locos años veinte’: la agenda progresista de las leyes de antitrust y protección al consumidor”, Investigaciones CeCo. <http://www.centrocompetencia.com/category/investigaciones>
 172. Jones, Alison; Sufrin, Brenda; Dunne, Niamh. (2019) *EU Competition Law. Text, Cases, and Materials*. Seventh Edition. Oxford University Press.
 173. Jungmann Ricardo; Cruz, María Elina. (2009) Informe sobre la industria pisquera en relación a la demanda de Comasa contra Capel.
 174. Käseberg, Thorsten; Van Laer, Arthe. (2013) 'Competition Law and Industrial Policy: Conflict, Adaptation, and Complementarity', in Kiran Klaus Patel, and Heike Schweitzer

- (eds), *The Historical Foundations of EU Competition Law*. Oxford Academic. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199665358.003.0006>,
175. Kerber, Wolfgang. (2007) "Should competition law promote efficiency? Some reflections of an economist on the normative Foundations of competition law". *Marburger Volkswirtschaftliche Beiträge*, No. 2007,09, Philipps-Universität Marburg, Fachbereich Wirtschaftswissenschaften, Marburg.
176. Khan, M. Lina. (2017) Amazon's Antitrust Paradox, 126 *Yale L. J.* 710 (2017). https://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship/2808
177. Khan, Lina. (2018) «The New Brandeis Movement: America's Antimonopoly Debate». *Journal of European Competition Law & Practice* 9, n.º 3, 131-32. <https://doi.org/10.1093/jeclap/lpy020>
178. Khemani, R. S. (1993). *Glossary of industrial organisation economics and competition law*. Organisation for Economic Co-operation and Development; Washington, DC: OECD Publications and Information Centre.
179. Kingston, Suzanne. (2012) "Greening EU Competition Law and Policy". Cambridge University Press.
180. King, Wood Malletsons. Mallett, Daisy; Nagra, Sati. (2020) «Climate Change Litigation - What Is It and What to Expect? » *Lexology*. <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=03ba4171-3769-4b77-b355-c9cf63cccc24>
181. Kirkwood, John B.; Robert H. Lande. (2009) 'The Chicago School's Foundation Is Flawed: Antitrust Protects Consumers, Not Efficiency', en Robert Pitofsky (ed.), *How the Chicago School Overshot the Mark: The Effect of Conservative Economic Analysis on U.S. Antitrust*. New York, Oxford Academic. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780195372823.003.0008>
182. Kolasky W.; Dick, A. (2003) "The Merger of Guidelines and the Integration of Efficiencies into Antitrust Review of Horizontal Mergers". *Wilmer Cutler Pickering Hale and Dorr Antitrust Series*. Working Paper 31. <https://law.bepress.com/wilmer/art31>
183. Kovacic, William E. (2020) "The Chicago Obsession in the Interpretation of US Antitrust History," *University of Chicago Law Review*: Vol. 87: Iss. 2, Article 7. <https://chicagounbound.uchicago.edu/uclrev/vol87/iss2/7>
184. Krattenmaker, T. G., & Salop, S. C. (1986) Anticompetitive Exclusion: Raising Rivals' Costs to Achieve Power over Price. *The Yale Law Journal*, 96(2), 209–293. <https://doi.org/10.2307/796417>

185. Krüsselberg, Hans G. (1989) Zur Interdependenz von Wirtschaftsordnung und Gesellschaftsordnung: Euckens Plädoyer für ein umfassendes Denken in Ordnungen', 40 *ORDO* 223.
186. Kubat, A., Tokić, A. (2024). Sustainability and Competition Law in Austria. In: Këllezi, P., Kobel, P., Kilpatrick, B. (eds) *Sustainability Objectives in Competition and Intellectual Property Law*. LIDC Contributions on Antitrust Law, Intellectual Property and Unfair Competition. Springer, Cham. https://doi.org/10.1007/978-3-031-44869-0_2
187. Lambertini, L. and Mantovani, A. (2008). Collusion helps abate environmental externalities: A dynamic approach. *IFAC Proceedings Volumes*, 41(2):4270–4273.
188. Lande, Robert H. (1982) «Wealth Transfers as the Original and Primary Concern of Antitrust: The Efficiency Interpretation Challenged». SSRN Scholarly Paper. Rochester, NY. <https://doi.org/10.2139/ssrn.2065413>
189. Lande, Robert H. (2001) Consumer Choice as the Ultimate Goal of Antitrust (Spring 2001). *University of Pittsburgh Law Review*, Vol. 62, No. 3, pp. 503-525, University of Baltimore School of Law Legal Studies Research Paper Series. <https://ssrn.com/abstract=1478680>
190. Laureti, Carolina. (2021/2022) *The interaction between sustainability and competition policy*. Tesi di Laurea en *Law and economics (corporate and business law: antitrust and regulation)*, Luiss Guido Carli, relatore Gianluca Faella.
191. Leary, Thomas B. (2002). The Essential Stability of Merger Policy in the United States. *Antitrust Law Journal*, 70(1), 105–142. <http://www.jstor.org/stable/40844084>
192. Lecchi, Emanuela. (2023) Sustainability and EU Merger Control. *E.C.L.R.* 2023, 44(2), 70-80. <https://ssrn.com/abstract=4431831>
193. Lee, Cassey. (2015) "The Objectives of Competition Law", Working Papers DP-2015-54, Economic Research Institute for ASEAN and East Asia (ERIA).
194. Legal Dive. (2023) «ESG Promises Won't Help Win Antitrust Approval, Khan Says». <https://www.legaldive.com/news/esg-promises-wont-help-win-antitrust-approval-khan-says/699521/>
195. Lianos, Ioannis. (2013) Some Reflections on the Question of the Goals of EU Competition Law. Centre for Law, Economics and Society, Working Paper Series 3/2013, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2235875>
196. Lianos, Ioannis. Polycentric Competition Law, *Current Legal Problems*, Volume 71, Issue 1, 2018, Pages 161–213. <https://doi.org/10.1093/clp/cuy008>

197. Lianos, Ioannis. (2018) *The Poverty of Competition Law*. Centre for Law, Economics and Society, Research Paper Series 2/2018; ISBN 978-1-910801-16-1. <https://ssrn.com/abstract=3160054>
198. Lipsey, R.G. & K. Lancaster. (1956-1957) 'The General Theory of Second Best' *The Review of Economic Studies*, 24(1), 11-32.
199. Lorenz, Moritz. (2013). *An Introduction to EU Competition Law*. Cambridge: Cambridge University Press.
200. Loozen, Edith. (2023) EU antitrust in support of the Green Deal. Why better is not good enough, *Journal of Antitrust Enforcement*; jnad005, <https://doi.org/10.1093/jaenfo/jnad005>
201. Lowe, Vaughan. (1999) 'Sustainable Development and Unsustainable Arguments', in A. Boyle and D. Freestone (eds), *International Law and Sustainable Development: Past Achievements and Future Challenges* (1999). Pp. 23-24.
202. Lundqvist, Björn. (2014) *Standardization under EU competition rules and US antitrust laws: The Rise and Limits of Self-Regulation*, Edward Elgar, 198.
203. Lynn, Barry C. (2010) *Cornered: The New Monopoly Capitalism and the Economics of Destruction ix-x*, Wiley.
204. Luoma, Aurora; Motta, Giorgio; Bershteyn, Boris. (2023) "Antitrust and Sustainability: EU, UK and US Take Divergent Enforcement Approaches". Skadden Publication, Arps, Slate, Meagher & Flom LLP and Affiliates. Insights.
205. Maher, John A. and LaMont, Nancy J. (1988) "National Cooperative Research Act of 1984: Cartelism for High-Tech Ventures (and Others?)," *Penn State International Law Review*: Vol. 7: No. 1, Article 2. <http://elibrary.law.psu.edu/psilr/vol7/iss1/2>
206. Maier-Rigaud, Frank P. (2011) «On the Normative Foundations of Competition Law: Efficiency, Political Freedom and the Freedom to Compete». SSRN Scholarly Paper. Rochester, NY. <https://papers.ssrn.com/abstract=1829023>
207. Malinauskaite, Jurgita; Erdem. Fatih. (2023) «Competition Law and Sustainability in the EU: Modelling the Perspectives of National Competition Authorities». *JCMS: Journal of Common Market Studies* 61, n°5, 1211-34. <https://doi.org/10.1111/jcms.13458>
208. Marco Colino, Sandra. (2009) *Vertical Agreements and Competition Law: A Comparative Study of the EU and US Regimes*. Hart Publishing.
209. Markham, William. (2021) How the Consumer-Welfare Standard Transformed Classical Antitrust Law. *Journal of the Antitrust and Competition Law Section of the California Lawyers Association*, Fall Issue.

210. Marmolejo, Crispulo. (2022) Algunas sentencias de la Corte Suprema que abordan conceptualmente el Derecho de la Libre Competencia. *Revista chilena de derecho y ciencia política*, 13(2), 159-181. <https://dx.doi.org/10.7770/rchdcp-v13n2-art2991>
211. Martin, Stephen. (2001) Competition Policy for High Technology Industries. *Journal of Industry, Competition and Trade* 1, 441–465 (2001). <https://doi.org/10.1023/A:1019527211183>
212. Marx, Michael (1972). Zur Definition des Begriffs Rechtsgut: Prolegomena einer materialen Verbrechenslehre.
213. Mason, Edward S. (1956) *Barriers to New Competition: Their Character and Consequences in Manufacturing Industries*, Cambridge, MA, Harvard University Press.
214. Mayer, Hellmuth. (1949) *Straferecht*, 2° ed.
215. M Bos, Jacqueline; Van den Belt, Henk; H Feindt, Peter. (2018) Animal welfare, consumer welfare, and competition law: The Dutch debate on the Chicken of Tomorrow, *Animal Frontiers*, Volume 8, Issue 1, January 2018, Pages 20–26, <https://doi.org/10.1093/af/vfx001>
216. Meese, J. Alan. (2013) Reframing the (False?) Choice Between Purchaser Welfare and Total Welfare, 81 *Fordham L. Rev.* 2197. <https://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol81/iss5/5>
217. Mitchell, Stacy. (2018) «The Truth About Big Business». *Washington Monthly* (blog). <http://washingtonmonthly.com/2018/07/15/the-truth-about-big-business/>
218. Moldan, Bedřich; Janoušková, Svatava; Hák, Tomáš. “How to understand and measure environmental sustainability: Indicators and targets”, *Ecological Indicators*, Volume 17, 2012, Pages 4-13, ISSN 1470-160X, <https://doi.org/10.1016/j.ecolind.2011.04.033>.
219. Montero, Catalina; Portales, Florencia. (2019) “Análisis de leyes que fomentan el reciclaje en Chile y su impacto en materia de libre competencia”. *Latinoamérica, Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, ISSN: 1578-956X, 53-2019.
220. Monti, Giorgio. (2007) *EC Competition Law*, Cambridge, Cambridge University Press.
221. Monti, Giorgio. (2020) «Four Options for a Greener Competition Law». *Journal of European Competition Law & Practice* 11, n.º 3-4: 124-32. <https://doi.org/10.1093/jeclap/lpaa007>
222. Monti, Mario. (2004) “Competition for consumer’s benefit”, presentación del 22 de octubre de 2004 dado en el Día de la Competencia Europea, Amsterdam.
223. Monti, Mario. (2004) “Convergence in EU-US Antitrust Policy Regarding mergers and Acquisitions: an EU Perspective”, presentación en la UCLA Law First Annual institute on US and EU Antitrust Aspects of Mergers and Acquisitions, Los Angeles.
224. Morelli, John (2011) "Environmental Sustainability: A Definition for Environmental Professionals," *Journal of Environmental Sustainability*: Vol. 1: Iss. 1, Article 2. DOI: 10.14448/jes.01.0002. <http://scholarworks.rit.edu/jes/vol1/iss1/2>

225. Möschel, W. (1989) *Competition Policy from an Ordo Point of View*. En: Peacock, A., Willgerodt, H. (eds) *German Neo-Liberals and the Social Market Economy*. Trade Policy Research Centre. Palgrave Macmillan, London. https://doi.org/10.1007/978-1-349-20148-8_7
226. Motta, Massimo. (2013) *Competition Policy; Theory and Practice*. Cambridge.
227. Naciones Unidas (1987) Informe Brundtland. Informe de la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo: “Nuestro futuro común”. ONU, Nueva York. Disponible en: <https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/5987our-common-future.pdf>
228. Newman, John M. (2019) *Reactionary Antitrust*. *Concurrences Revue*, No. 4. <https://ssrn.com/abstract=3454807>
229. Nicholson W., Snyder C. (2008) *Microeconomic Theory: Basic Principles and Extensions*, 10th edition.
230. Nordhaus, William D. (1995) "How Should We Measure Sustainable Income?". Cowles Foundation Discussion Papers. 1344. <https://elischolar.library.yale.edu/cowles-discussion-paper-series/1344>
231. Nowag, Julian. (2016) *Environmental Integration in Competition and Free-Movement Laws*, Oxford Studies in European Law, Oxford Academic. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780198753803.003.0002>
232. Nowag, Julian; Teorell, Alexandra. (2020) «Beyond Balancing: Sustainability and Competition». SSRN Scholarly Paper. Rochester, NY. <https://papers.ssrn.com/abstract=4030470>
233. Nowag, Julian. (2022) «Antitrust and Sustainability: An Introduction to an Ongoing Debate». *ProMarket* (blog). <https://www.promarket.org/2022/02/23/antitrust-sustainability-climate-change-debate-europe/>
234. Nowag, Julian. (2022) *Competition Law’s Sustainability Gap? Tools for an Examination and a Brief Overview*. Lund University Legal Research Paper Series, October 2019, Vol. 5 No. 1 (2022): *Nordic Journal of European Law* Issue 2022(1) 149-165. <https://ssrn.com/abstract=3484964>
235. Nowag, J. (2024) *Sustainability and Competition Law: An International Report*. In: Kellezi, P., Kobel, P., Kilpatrick, B. (eds) *Sustainability Objectives in Competition and Intellectual Property Law*. LIDC Contributions on Antitrust Law, Intellectual Property and Unfair Competition. Springer, Cham. https://doi.org/10.1007/978-3-031-44869-0_1
236. Odudu, Okeoghene. (2006) *The Boundaries of EC Competition Law: The Scope of Article 81*, Oxford Studies in European Law, Oxford Academic. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199278169.001.0001>

237. OECD. (2001) OECD Environmental Strategy for the First Decade of the 21st Century. Paris.
238. OECD. (2008), Policy Roundtables: Resale Price Maintenance, OECD Publishing, <https://www.oecd.org/daf/competition/43835526.pdf>
239. OECD. (2010) “Chile – Accession Report on Competition Law and policy”. Country Studies.
240. OECD. (2010) Policy Roundtables: Horizontal Agreements in the Environmental Context, OECD Publishing. <https://www.oecd.org/daf/competition/49139867.pdf>
241. OECD. (2012) “The Role of Efficiency Claims in Antitrust Proceedings”, Policy Roundtables, DAF/COMP(2012) 23. <http://www.oecd.org/competition/EfficiencyClaims>
242. OECD. (2020) Sustainability and Competition, OECD Competition Committee Discussion Paper. <http://www.oecd.org/daf/competition/sustainability-and-competition-2020.pdf>
243. OECD. (2021) Environmental considerations in competition enforcement. OECD Competition Committee Discussion Paper, <https://www.oecd.org/daf/competition/environmental-considerations-in-competitionenforcement.html>
244. OECD. (2023) The Consumer Welfare Standard - Advantages and Disadvantages Compared to Alternative Standards, OECD Competition Policy Roundtable Background Note. www.oecd.org/daf/competition/consumer-welfare-standard-advantages-and-disadvantages-to-alternativestandards-2023.pdf.
245. OECD. (2024) «State Aid (Notion) - Concurrences». <https://www.concurrences.com/en/dictionary/state-aid>
246. Oficina de Relaciones Públicas, Departamento de Justicia de los Estados Unidos. (2022) “Assistant Attorney General Jonathan Kanter Delivers Remarks at New York City Bar Association’s Milton Handler Lecture”, United States Department of Justice. <https://www.justice.gov/opa/speech/assistant-attorney-general-jonathan-kanter-delivers-remarks-new-york-city-bar-association>
247. Ostrom, Elinor. (1990) Governing the Commons: The Evolution of Institutions for Collective Action, North, D. and J. Alt (eds.), Cambridge University Press.
248. Orbach, Barak Y. (2011) THE ANTITRUST CONSUMER WELFARE PARADOX, *Journal of Competition Law & Economics*, Volumen 7, Edición 1, Páginas 133–164, <https://doi.org/10.1093/joclec/nhq019>
249. Orbach, Barak Y. (2013) How Antitrust Lost Its Goal, 81 *Fordham L. Rev.* 2253. <https://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol81/iss5/6>

250. O’Sullivan, Andrea. (2018) What Is “Hipster Antitrust? Why the New Antitrust Thinking Isn’t Actually New. Mercatus Center». <https://www.mercatus.org/economic-insights/expert-commentary/what-hipster-antitrust>
251. Otto, H. (1971) “Reschtgutsbegriff und Delikstarbestand”, en Strafech-tdogmatil un Kriminalpolitik, Carl H. Verlag, Kolin.
252. Papandropoulos, P, P Seabright and D Neven (eds). (1998) ‘Trawling for Minnows: European Competition Policy and Agreements Between Firms’, CEPR Press, Paris & London. <https://cepr.org/publications/books-and-reports/trawling-minnows-european-competition-policy-and-agreements-between>
253. Parlamento Europeo. (2023) Borrador de Informe sobre Política de Competencia – Reporte Anual 2022. 2022/2060 (INI), Comité de asuntos económicos y monetarios.
254. Parret, Laura. (2009) 'Do we (still) know what we are protecting?'. Tilburg Law and Economics Center (TILEC): Discussion Paper.
255. Parret, Laura. (2012). "Chapter 4: The Multiple Personalities of EU Competition Law: Time for a Comprehensive Debate on its Objectives". In *The Goals of Competition Law*. Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing. <https://doi.org/10.4337/9780857936615.00010>
256. Peeperkorn, Lucas. (2020). Competition and sustainability: What can competition policy do? Concurrences.
257. Pérez, Sigfrido M. Ramírez; van de Scheur, Sebastian. (2013) 'The Evolution of the Law on Articles 85 and 86 EEC [Articles 101 and 102 TFEU]: Ordoliberalism and its Keynesian Challenge', in Kiran Klaus Patel, and Heike Schweitzer (eds), *The Historical Foundations of EU Competition Law*, Oxford Academic. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199665358.003.0002>
258. Pershaf, Nicolas. (2022) “Consumer Welfare and the European Commission: how the role of consumer welfare has evolved throughout the history of the Commission’s competition policy, and how digital markets and sustainability affects consumer welfare now”. Faculty of Law, Lund University, Master Thesis, European Business Law.
259. Phillips S., Laura. (2019) "U.S. Antitrust Law and Policy in Historical Perspective." Harvard Business School Working Paper, No. 19-110.
260. Picker, Randal. (2023) Defining the Consumer Welfare Standard, Stigler Center Antitrust Conference. <https://www.youtube.com/watch?v=5pMQqujdbOA>
261. Piletta, Andrea. (2023) “Antitrust political side”. *Opinio Juris in Comparatione*, Vol. 1, n. 1/2023, ISSN 2281-5147, pp. 488 – 511

262. Piraino, Thomas A. Jr. (2007) "Reconciling the Harvard and Chicago Schools: A New Antitrust Approach for the 21st Century," *Indiana Law Journal*: Vol. 82: Iss. 2, Article 4. Available at: <https://www.repository.law.indiana.edu/ilj/vol82/iss2/4>
263. Piscitelli, Giancarlo; Gerbrandy, Anna. (2018/19) "The Sustainability Dilemma in Competition Law", Vol. 8/1, <https://ecdpm.org/great-insights/civil-society-business-same-direction/sustainabilitydilemma-competition-law/>
264. Pitofsky, Robert. (1979) Political Content of Antitrust, 127 U. Pa. L. Rev. 1051 (1979). https://scholarship.law.upenn.edu/penn_law_review/vol127/iss4/19
265. Pitofsky, Robert. (2008) Conservative Economic Analysis and Its Effects, in Robert Pitofsky, ed, *How the Chicago School Overshot the Mark: The Effect of Conservative Economic Analysis on U.S. Antitrust* 7, 7. Oxford.
266. Posner, Eric. (2021) «Biden's Antitrust Revolutionaries». Project Syndicate. <https://www.project-syndicate.org/commentary/new-brandeisians-antitrust-for-big-tech-by-eric-posner-2021-06>
267. Posner, Richard. (2001) *Antitrust Law*. 2nd ed, University of Chicago Press.
268. Radic, Nicolas; Petit, Lazar. (2023) «The Necessity of a Consumer Welfare Standard in Antitrust Analysis». *ProMarket* (blog). <http://www.promarket.org/2023/12/18/the-necessity-of-a-consumer-welfare-standard-in-antitrust-analysis/>
269. Rebollo Puig, Izquierdo Carrasco, M., Alarcón Sotomayor, L., & Bueno Armijo, A. M. (2009). *Derecho administrativo sancionador* (1a. ed.). Lex Nova.
270. Regis, Lorena E. (2010) *Derecho administrativo sancionador (parte general): Teoría general y práctica del derecho penal administrativo*. *Boletín mexicano de derecho comparado*, 43(127), 411-419.
271. Reeves, Amanda P.; Stucke, Maurice E. (2010) Behavioral Antitrust. *Indiana Law Journal*, Vol. 86, 2010, University of Tennessee Legal Studies Research Paper No. 106. <https://ssrn.com/abstract=1582720>
272. Regan, Tom. (1986). A case for animal rights. In M.W. Fox & L.D. Mickley (Eds.), *Advances in animal welfare science 1986/87* (pp. 179-189). Washington, DC: The Humane Society of the United States.
273. Reichel, Carsten; Troutman, William L.; Giles, Ian; Romero Ramer, Samuel; Domen, Vic; Chang, Abraham; (2023) «“Climate Cartel” or Sustainability?». Norton Rose Fulbright, United States. <https://www.nortonrosefulbright.com/en-us/knowledge/publications/6686d104/climate-cartel-or-sustainability>

274. Ried, Santiago. (2020) “El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia como garante del debido proceso de los particulares frente a la Fiscalía Nacional Económica. Una función a veces olvidada”. CentroCompetencia, Universidad Adolfo Ibáñez. Santiago, Chile.
275. Ríos, Rodrigo. (2010) Injusto monopolístico. Entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo Sancionador, en *Revista Derecho y Humanidades*, n°16 vol. 1, pp. 173 – 186.
276. Ristaniemi M.; Wasastjerna, M. (2020) Sustainability and competition: Unlocking the potential, in *Sustainability and competition law*, *Concurrences* n° 4-2020, art. N° 97390, pp. 26–65.
277. Robertson, Viktoria H. S. E. (2022) «The World’s First Green Antitrust Provision Shows That Climate Action Is the Newest Antitrust Frontier». *ProMarket* (blog). <https://www.promarket.org/2022/03/10/the-worlds-first-green-antitrust-provision-shows-that-climate-action-is-the-newest-antitrust-frontier/>
278. Romanoff, Tom. (2021) Comparison of Competition Law and Policy in the US, EU, UK, China, and Canada. Bipartisan Policy Center. <https://bipartisanpolicy.org/blog/comparison-of-competition-law-and-policy-in-the-us-eu-uk-china-and-canada/>
279. Roulet, T. and Bothello, J. (2020). Why “de-growth” shouldn’t scare businesses. *Harvard Business Review*, 14.
280. Roxin, Claus. (1976) *Problemas básicos del Derecho penal*, Reus, Madrid.
281. Roxin, Claus. (2006) *Derecho Penal. Parte General*, tomo I (traducción de la 2.ª ed. alemana y notas por Luzón Peña, Díaz y García Conlledo y de Vicente Remensal), Civitas, Madrid.
282. Roxin, Claus. (2013) El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen. *Revista de ciencia penal y criminología*, número 15-01. Múnich, Alemania. <http://criminet.ugr.es/recpc/15/recpc15-01.pdf>
283. Sallet, Jonathan. (2018) «The Goals of Antitrust: The Legislative Perspective», Benton Foundation. <https://www.benton.org/blog/goals-antitrust-legislative-perspective>
284. Samuelson, William; Zeckhauser, Richard. (1988) “Status Quo Bias in Decision Making”, *Journal of Risk and Uncertainty* 1 7-59.
285. Sands, Philippe. (1995) ‘International Law in the Field of Sustainable Development: Emerging Legal Principles’ in Winfried Lang (ed), *Sustainable Development and International Law*, Graham & Trotman.
286. Santangelo, Jerry M. (1983) Changing Configurations of Antitrust Law: Judge Posner’s Applications of His Economic Analysis to Antitrust Doctrine, *32 DePaul L. Rev.* 839 (1983) <https://via.library.depaul.edu/law-review/vol32/iss4/5>

287. Sauter, Wolf. (2016) *Coherence in EU Competition Law*, Oxford Academic. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780198749158.003.0003>
288. Schinkel, Maarten Pieter; Yossi Spiegel, Yossi. (2016) «Can Collusion Promote Sustainable Consumption and Production? » SSRN Scholarly Paper. Rochester, NY, <https://doi.org/10.2139/ssrn.2704259>
289. Schinkel, Maarten Pieter; Tóth, L. (2019) Compensatory public good provision by a private cartel. Tinbergen Institute Discussion Paper 2019-086/VII.
290. Schinkel, Maarten Pieter; Treuren, Leonard. (2020) «Green Antitrust: (More) Friendly Fire in the Fight against Climate Change». SSRN Scholarly Paper. Rochester, NY. <https://doi.org/10.2139/ssrn.3749147>
291. Schweitzer, Heike; Patel, Kiran Klaus (eds). (2013) 'EU Competition Law in Historical Context: Continuity and Change', in Kiran Klaus Patel, and Heike Schweitzer (eds), *The Historical Foundations of EU Competition Law*. Oxford Academic. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199665358.003.0008>
292. SDG Accountability Portal. «Pursuing Law Reforms, Strategic Litigation and Legal Empowerment». <https://www.sdgaccountability.org/working-with-formal-processes/pursuing-law-reforms-strategic-litigation-and-legal-empowerment/>
293. Setzer, Joana; Vanhala, Lisa C. (2019) Climate change litigation: A review of research on courts and litigants in climate governance. *WIREs Clim Change*; 10:e580. <https://doi.org/10.1002/wcc.580>
294. Shama, Elijah. (2019) «Ford, BMW, Honda, and Volkswagen Agree to California Emissions Framework». CNBC. <https://www.cnbc.com/2019/07/25/ford-bmw-honda-and-volkswagen-agree-to-california-emissions-rules.html>
295. Shapiro, Carl. (1995). Aftermarkets and Consumer Welfare: Making Sense of Kodak. *Antitrust Law Journal*, 63(2), 483–511. <http://www.jstor.org/stable/40843290>
296. Shapiro, Carl. (2017) “The Consumer Welfare Standard in Antitrust: Outdated, or a Harbor in a Sea of Doubt?” Opening Statement of Professor Carl Shapiro, Senate Judiciary Committee: Subcommittee on Antitrust, Consumer Protection and Consumer Rights. <https://www.judiciary.senate.gov/committee-activity/hearings/the-consumer-welfare-standard-in-antitrust-outdated-or-a-harbor-in-a-sea-of-doubt>
297. Sindico, Francesco; Mbengue, Makane M.; McKenzie, Kathryn. (2021). Climate Change Litigation and the Individual: An Overview. In: Sindico, F., Mbengue, M.M. (eds) *Comparative Climate Change Litigation: Beyond the Usual Suspects*. *Ius Comparatum - Global Studies in Comparative Law*, vol 47. Springer, Cham. https://doi.org/10.1007/978-3-030-46882-8_1

298. Šmejkal, Václav. (2015) “Competition law and the social market economy goal of the EU”, *International Comparative Jurisprudence*, Volume 1, Issue 1, 2015. Pages 33-43, ISSN 2351-6674, <https://doi.org/10.1016/j.icj.2015.10.002>
299. Solow, Robert. (1986) “On the intertemporal allocation of natural resources”, *Scandinavian Journal of Economics*, 88: 141-149.
300. Solow, Robert. (1991) “Sustainability: an economist’s perspective”. The Eighteenth J. Seward Johnson Lecture. Woods Hole Oceanographic Institution, Woods Hole, MA.
301. Spivack, Gordon; & Ellis, Carolyn. (1993). Kodak: Enlightened Antitrust Analysis and Traditional Tying Law. *Antitrust Law Journal*, 62(1), 203–216. <http://www.jstor.org/stable/40843241>
302. Steinbaum, Marshall; Stucke, Maurice E. (2018) The Effective Competition Standard: A New Standard for Antitrust. 86 *University of Chicago Law Review* 595 (2019), University of Tennessee Legal Studies Research Paper No. 367. <https://ssrn.com/abstract=3293187>
303. Stern, Nicholas. (2007) Climate Change, Ethics and the Economics of the Global Deal. <https://economistsview.typepad.com/economistsview/2007/11/nicholas-stern.html>
304. Streeter, Jorge. (2001) *Modificación de la Ley de Defensa de la Competencia*. Documento de Trabajo, Estudio Philippi, Yrarrazaval, Pulido & Brunner, Santiago, Chile.
305. Streeter, Jorge. (2005) “Litigios económicos”. *Revista de Derecho de la Empresa*. Universidad Adolfo Ibañez, Facultad de Derecho, Legis Editores.
306. Stucke, Maurice E. (2011) Reconsidering Antitrust's Goals. *Boston College Law Review*, Vol. 53, University of Tennessee Legal Studies Research Paper N° 163. <https://ssrn.com/abstract=1904686>
307. Stylianou, Konstantinos; Marios Iacovides. (2022) «The Goals of EU Competition Law: A Comprehensive Empirical Investigation». *Legal Studies* 42, n.º 4: 620-648. <https://doi.org/10.1017/lst.2022.8>
308. Subsecretaría de Pesca. Minuta “Ajustes a la normativa sanitaria”, (s/f).
309. Sullivan, Lawrence. A. (1995). Post-Chicago Economics: economists, lawyers, judges, and enforcement officials in a less determinate theoretical world. *Antitrust Law Journal*, 63(2), 669–681. <http://www.jstor.org/stable/40843296>
310. Sustainability Spotlights. (2023) “Ep. 11: Sustainability in Competition Law with Prof. Simon Holmes”. A Podcast by the McGill Journal of Sustainable Development Law; in McGill Journal of Sustainable Development Law. Spotify. <https://open.spotify.com/episode/0cWgtpDh3JrY4vIzHhAtFi?si=e02313bea4fc4920>

311. Tanwar, Jignesh. (2023) “Rethinking Green Antitrust: The Double-Edged Opportunities and Barriers in Pursuit of a Circular Australian Economy”, UNSW Law Journal Forum, N°8. https://www.unswlawjournal.unsw.edu.au/forum_article/rethinking-green-antitrust-the-double-edged-opportunities-and-barriers-in-pursuit-of-a-circular-australian-economy
312. Ten Kate, Adriaan. (2016) «Economic Efficiency as the Ultimate Goal of Competition Policy». SSRN Scholarly Paper. Rochester, NY. <https://doi.org/10.2139/ssrn.2740523>
313. Teorell, Alexandra. (2019) “A Company’s Guide to Environmental Action”. Master Thesis, Lund University, Department of Law, Faculty of Law. <https://lup.lub.lu.se/student-papers/search/publication/8976734>
314. Tiedemann, Klaus. (2000) “Derecho penal económico: introducción y panorama”, Derecho Penal y nuevas formas de criminalidad, trad. Manuel Abanto Vázquez, 1° ed., Idemsa, Lima, Perú.
315. Tran, Ngoc Nha Tinh. (2020). EU Competition Law under Ordoliberalism - A case study of Excessive Pricing in Pharmaceutical Sector. Dissertation, Malmö universitet/Kultur och samhälle. Retrieved from <https://urn.kb.se/resolve?urn=urn:nbn:se:mau:diva-23820>
316. True Price. (2019) ‘A Roadmap for True Pricing’. <https://trueprice.org/vision-paper-a-roadmap-for-true-pricing>
317. Tversky, A.; Kahneman, D. (1986) Rational Choice and the Framing of Decisions, Journal of Business Studies 59 251-278.
318. Uffer, M. (2023). "Chapter 9 Competition Law: Sustainability Through Competition and Participation". In *Sustainability through Participation?*. Leiden, The Netherlands: Brill | Nijhoff. https://doi.org/10.1163/9789004509382_011
319. United Nations Environment Programme. (2023) Global Climate Litigation Report: 2023 Status Review. Nairobi.
320. UNESCO. (2017) Education for Sustainable Development, <http://www.unesco.org/new/en/education/themes/leading-the-international-agenda/education-for-sustainable-development/sustainable-development/>
321. Valdés, Domingo. (2006) Libre competencia y monopolio (1a. ed.). Editorial Jurídica de Chile.
322. Vanberg, Viktor J.. (1998) ‘Freiburg School of Law and Economics’ in Peter Newman (ed), *The New Palgrave Dictionary of Economics*, vol 2, Palgrave Macmillan.
323. Vanberg, Viktor J. (2009) “Consumer Welfare, Total Welfare and Economic Freedom – On the Normative Foundations of Competition Policy”, Freiburg Discussion Papers on Constitutional Economics, 09/3.

324. Van den Bergh, Roger; Camesasca, Peter D. (2001) *European Competition Law and Economics: A Comparative Perspective*. Antwerp, Netherlands: Intersentia.
325. Van der Vijver, Tijarda. (2012) 'Objective Justification and Article 102 TFEU', 35, *World Competition*, Issue 1, pp. 55-76, <https://kluwerlawonline.com/journalarticle/World+Competition/35.1/WOCO2012004>
326. Van Hees, S. R. W. (2012) *A sustainable competition policy for Europe*. Masterscriptie in het kader van de Master European Law. Europa Instituut Utrecht.
327. Vargas, Szczaranski, y Federico León. (2012) «Sobre la evolución del bien jurídico penal: un intento de saltar más allá de la propia sombra». *Política criminal* 7, n.º 14. <https://doi.org/10.4067/S0718-33992012000200005>.
328. Vedder, Hans. (2009) "Of Jurisdiction and Justification. Why Competition is Good for 'NonEconomic' Goals, But May Need to be Restricted". *The Competition Law Review*, Volume 6 Issue 1 pp- 51-75.
329. Velásquez, Fernando. (2009). *Derecho penal : parte general* (1a. ed.). Editorial Jurídica de Chile.
330. Veljanovski, Cento. (2021) «The Case against Green Antitrust». SSRN Scholarly Paper. Rochester, NY. <https://doi.org/10.2139/ssrn.3955340>
331. Vestager, Margrethe. (2018) "Fairness and competition", presentación realizada en la Conferencia Anual GCLC, Bruselas.
332. Vestager, Margrethe. (2021) 'Competition policy in support of the Green Deal', en la 25º Conferencia de Competencia de la IBA. https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/speech_21_7754
333. Vezzoso, Simonetta. (2022) «The First New Brandeisian Decision in Europe?: Insights from the Utah Statement». *Concurrences Review*, n.º N° 2-2022, 70-77.
334. Virally, Michel. (1968) 'Le rôle des "principes" dans le développement du droit international', in *Faculté de droit de l'Université de Genève, Institut universitaire des hautes études internationales, Recueil d'études de droit international en hommage à Paul Guggenheim*, en 53.
335. Voigt, Christina. (2009). *Sustainable Development as a Principle of International Law*. Leiden, The Netherlands: Brill | Nijhoff. <https://doi.org/10.1163/ej.9789004166974.i-428.42>
336. Volpin, Cristina. (2020), "Sustainability as a Quality Dimension of Competition: Protecting Our Future (Selves)", *CPI Antitrust Chronicle*, pp. 9-18.
337. Von der Groeben, Hans (1961) *Policy on competition in the EEC. Supplement to the Bulletin of the European Economic Community* 7-8/61. European Commission - Working Document.

338. Von Liszt, Franz. (1905) *Rechtgut und Handlungsberggriff*. Berlín: Guttentag.
339. Waller, Spencer Weber. (2009) The Law and Economics Virus, 31 *Cardozo L. Rev.* 367. <https://lawcommons.luc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1121&context=facpubs>
340. Wang, Xiaoye. (2009) ‘The New Chinese Anti-Monopoly Law: a Survey of a Work in Progress’, 54, *Antitrust Bulletin*, 579 – 619.
341. Wang, Xiaoye; Emch, Adrian. ‘Five Years of Implementation of China’s Anti-Monopoly Law—Achievements and Challenges’ (2013) 1(2) *J Antitrust Enforcement* 247–71
342. Webb, Dominic. (2023) «US Antitrust Chilling Effect yet to Spread to Corporates, Survey Suggests». Content. *Responsible Investor* (blog). <https://www.responsible-investor.com/us-antitrust-chilling-effect-yet-to-spread-to-corporates-survey-suggests/>
343. Welzel, Hans. (1956) *Derecho penal Parte General*. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 2° ed.
344. Williamson, Oliver E. (1968) «Economies as an Antitrust Defense: The Welfare Tradeoffs». *The American Economic Review* 58, n.º 1.
345. Wilson S., Christine. (2019) “Welfare Standards Underlying Antitrust Enforcement: What Your Measure is What You Get”. U.S. Federal Trade Commission. Luncheon Keynote Address at George Mason Law Review 22nd Annual Antitrust Symposium: Antitrust at the Crossroads?
346. Wigger, Anegla. (2008). *Competition for Competitiveness: The Politics of the Transformation of the EU Competition Regime*. PhD-Thesis, Research and graduation internal, Vrije Universiteit Amsterdam. Rozenberg Publishers.
347. Witker, Jorge. (2000) *Derecho de la Competencia en América*, Fondo de Cultura Económica, primera edición, Chile.
348. Witt, Anne. (2014) «Public Policy Goals Under EU Competition Law – Now Is the Time to Set the House in Order». SSRN Scholarly Paper. Rochester, NY. <https://papers.ssrn.com/abstract=2407962>.
349. Witt, Anne C. (2019) The European Court of Justice and the More Economic Approach to EU Competition Law – Is the Tide Turning? 64(2) *Antitrust Bulletin* 172-213, University of Leicester School of Law Research Paper N° 18-10. <https://ssrn.com/abstract=3300114>
350. Wright, Jay L. Levine, Porter. (2021) «1990s to the Present: The Chicago School and Antitrust Enforcement». *Antitrust Law Source*. <https://www.antitrustlawsources.com/2021/06/1990s-to-the-present-the-chicago-school-and-antitrust-enforcement/>

351. Wu, Tim. (2018) "The Curse of Bigness: Antitrust in the New Gilded Age". *Faculty Books*. 63. <https://scholarship.law.columbia.edu/books/63>
352. Wu, Tim. (2018) The "Protection of the Competitive Process" Standard, Columbia Public Law Research Paper No. 14-612. https://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship/2290
353. Wu, Tim. (2019) "The Utah Statement: Reviving Antimonopoly Traditions for the Era of Big Tech", OneZero.
354. Yang, Meong-Cho. (2009). Competition Law and Policy of the Republic of Korea. *The Antitrust Bulletin*, 54(3), 621-650. <https://doi.org/10.1177/0003603X0905400304>
355. Ybar, Mario. (2022) "Hoja de ruta para la libre competencia en Chile: Una propuesta". CentroCompetencia, Universidad Adolfo Ibáñez, Santiago, Chile. <https://centrocompetencia.com/dialogo-hoja-de-ruta-para-la-libre-competencia-en-chile-una-propuesta/>
356. Yılmaz B. Şebnem; "Chapter 4 - Sustainability Issues in Biomass-Based Production Chains", Şebnem Yılmaz Balaman, Decision-Making for Biomass-Based Production Chains, Academic Press, 2019, Pages 77 - 112, ISBN 9780128142783, <https://doi.org/10.1016/B978-0-12-814278-3.00004-2>
357. Yoo, Christopher S. (2020) "The Post-Chicago Antitrust Revolution: A Retrospective". All Faculty Scholarship. 2237. https://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/2237
358. Zäch, R. (2009) 'Freedom to compete and the more economic approach – limits imposed by law', 40(6) *Int'l Rev Intell Prop & Competition L* 623, 623.

Dear reader

If it feels like a trap, you're already in one

Dear reader

Get out your map, pick somewhere and just run

Dear reader

Burn all the files, desert all your past lives

And if you don't recognize yourself

That means you did it right.

(Taylor Swift, *Midnights* - 3AM Edition)