

Reflexiones de la tendencia del *green* *anti-trust*: una mirada desde el desarrollo sostenible y la libre competencia

REFLECTIONS ON THE GREEN ANTI-TRUST
TREND: A LOOK FROM SUSTAINABLE
DEVELOPMENT AND FREE COMPETITION

NICOLÁS SARMIENTO RODRÍGUEZ¹

RESUMEN

La tendencia global actual se ha caracterizado por la reivindicación de la protección del medioambiente de cara a la pervivencia de la humanidad, marcando un hito respecto a los compromisos climáticos asumidos en el contexto del principio del desarrollo sostenible y la influencia de este sobre la regulación de los mercados, industrias y empresas. No obstante las iniciativas ambientales, pueden emerger colisiones entre intereses igualmente relevantes. Por esta razón, este artículo aborda el dilema sobre cómo conciliar la sostenibilidad y la libre competencia cuando en consecuencia de la primera se restringa esta última. Para esto, se toma como punto de partida la incidencia del principio del desarrollo sostenible en la transformación de la sociedad, para luego entender la tendencia del *green antitrust* a través de casos y acercamientos sobre el estándar del bienestar social. Finalmente, se concluye que este movimiento involucra aspectos novedosos, mas no implica una reforma a la rama de la libre competencia, sino

* DOI: <https://doi.org/10.18601/01236458.n63.10>

1 Abogado de la Universidad Externado de Colombia. Estudiante de la Especialización en Derecho Administrativa de la Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Actualmente es Asociado Junior en la firma CMS Rodríguez-Azuero en el área de práctica de Derecho Ambiental & Sostenibilidad.

Correo-e: nicolas.sarmiento03@est.uexternado.edu.co

un análisis (teniendo como base la regulación existente) contemplando la sostenibilidad como un beneficio equivalente a los tradicionales económicos.

Palabras clave: Competencia, Cambio climático, Desarrollo sostenible, *Green Antitrust*.

Fecha de recepción: 31 de mayo de 2024.

Fecha de aceptación: 22 de agosto de 2024.

ABSTRACT

The current global trend has been characterized by the need to protect the environment for the survival of humanity, marking a milestone with respect to the climate commitments assumed in the context of the sustainable development principle and its influence on the regulation of markets, industries, and companies. However, environmental initiatives can lead collisions between equally relevant interests. For this reason, this paper addresses the dilemma of how to reconcile sustainability and free competition, when due to the former, the latter is restricted. For this purpose, it starts from the incidence of sustainable development principle as a basis for the transformation of society, and then understands the trend of green antitrust through cases and approaches on the standard of social welfare. Finally, it is concluded that this movement entails innovative features, but does not imply a reform to free competition law, but rather an analysis (based on the existing regulation) that considers sustainability as a benefit equivalent to the traditional economic ones.

Keywords: Competition, Climate Change, Sustainable Development, Green Antitrust.

INTRODUCCIÓN

El desarrollo industrial representa un proceso permanente de avances para la humanidad, el cual sin duda supone constantes cambios sobre las dinámicas de los mercados y los patrones de producción y consumo, sin dejar atrás su influencia respecto a las preocupaciones e intereses que surgen dentro la sociedad en el contexto de este.

La atención de las revoluciones industriales, por lo general, se centra sobre la aparición de las nuevas tecnologías e innovaciones que impactan la eficiencia de los procesos de fabricación en las industrias. No obstante, estas impactan también ámbitos sociales, políticos e institucionales; por ejemplo, la primera revolución industrial² estuvo marcada por los movimientos sindicalistas orientados a mejorar las condiciones laborales. De igual forma, la segunda revolución industrial³ estuvo acompañada de

2 Como hito que marca esta etapa se menciona la invención de la máquina de vapor por parte de James Watt, entre 1763 a 1775.

3 La cadena de montaje de Henry Ford provocó un cambio de paradigma en la historia del proceso de fabricación, señalando de esta manera el inicio de la segunda revolución industrial.

reformas, especialmente relacionadas con la mujer como parte del proletariado y sus reclamaciones en la esfera política⁴.

La siguiente revolución industrial estuvo determinada por la relación entre nuevas tecnologías y fuentes de energía. De acuerdo con Rifkin (2011),

*... the conjoining of Internet communication technology and renewable energies is giving rise to a Third Industrial Revolution [La conjunción de la tecnología de la comunicación de Internet y las energías renovables está dando lugar a una tercera revolución industrial]*⁵ (p. 44).

En esta etapa se evidencia una transformación en relación con el impacto de las industrias y la necesidad de desarrollar energías de fuentes bajas en emisiones de dióxido de carbono. Finalmente, la cuarta revolución se trata de una revolución tecnológica. Schwab (2016) sostiene que son tres pilares y su convergencia que marcarán esta nueva etapa: tecnologías digitales, físicas y biológicas, adicionalmente, se hace especial énfasis sobre el papel de los sistemas ciber físicos⁶ en esta revolución. Al igual que en las demás, se espera que surjan nuevos modelos políticos, económicos y sociales, especialmente en lo relacionado con la privacidad y protección de los datos, estos como un nuevo activo relevante en el mercado.

De esta manera, es manifiesto que junto con la transformación de la industria la sociedad también asume un papel más activa respecto a otros temas, como los derechos laborales, movimientos feministas, la protección del medioambiente e incluso la custodia de su información. Similarmente sucede con las transiciones energéticas, las cuales son impulsadas por el desarrollo tecnológico, pero promueven otros intereses como la seguridad energética y la sostenibilidad ambiental. Ciertamente, a fin de atender estos nuevos intereses y promover las nuevas tecnologías, se hace necesario que los marcos jurídicos evolucionen simultáneamente con la sociedad; no obstante, las políticas de regulación pueden llegar a confrontar intereses, por ejemplo, el medioambiente y la libre competencia, generando efectos no deseados entre aquellos.

En correspondencia con lo anterior, este artículo abordará las tendencias regulatorias relacionadas con la sostenibilidad, en particular respecto al desarrollo sostenible y la libre competencia. A fin de responder la pregunta ¿Cómo propender mayor sostenibilidad sin restringir la competencia, o si es necesario avalar prácticas restrictivas de la competencia para ganar la lucha contra el cambio climático? Para ello, el texto se divide en tres secciones: en la primera, se presentan las transformaciones surgidas a partir de la concepción del desarrollo sostenible como pilar actual y futuro

4 De acuerdo con Rosado y García (2018), la primera ola del movimiento feminista estuvo representado por el feminismo socialista, grupo conformado por las mujeres proletarias y feminismo burgués, aquellas que buscaban espacios de participación política.

5 El fin de la segunda revolución llegó con el uso de los sistemas informáticos y auge de las computadoras como nuevas tecnologías.

6 Para Hermann *et al.* (2015), estos sistemas centrales de la siguiente revolución tendrán como particularidad el atributo de comunicarse y cooperar entre sí y con los humanos.

de la humanidad. Adicionalmente, se analizan también los cambios, en virtud de la influencia de este principio, respecto a las empresas. En la segunda, se identifican las generalidades de la libre competencia, para después determinar el alcance del *green antitrust* a través del análisis de casos que involucren beneficios basados en la sostenibilidad y el medioambiente sano; asimismo explorar otros conceptos relevantes como el *green washing* y las guías de autoridades de competencia sobre la valoración de los beneficios asociados a la sostenibilidad en la libre competencia. Posteriormente, exponer la transición hacia el estándar del bienestar social, a fin de adoptar decisiones que cobijen un espectro mayor al de los consumidores y se consideren otros beneficios adicionales a los tradicionales económicos. Para finalizar, una serie de reflexiones acerca de la importancia de garantizar y promover marcos regulatorios eficientes, con el objetivo de promover iniciativas ambientales sin comprometer la libre competencia e innovación, y maximizar los beneficios hacia el medioambiente y la población.

EL DESARROLLO SOSTENIBLE

El desarrollo sostenible, hoy por hoy, es el concepto central sobre el que recae la transformación industrial con miras a un crecimiento económico y social; a su vez, representa un cambio de paradigma respecto al uso y manejo de los recursos naturales. Este principio parte de una premisa básica expuesta por Meadows *et al.* (1972): una población que crece e interactúa en un espacio determinado no puede hacerlo de manera infinita a no ser que disponga de infinitas reservas de materias primas y de espacio geográfico, pues de lo contrario se enfrentará a una inminente crisis. De igual forma, en esta premisa se incluyen factores como el crecimiento de la población, renovación de los recursos naturales, la producción industrial y la contaminación. Entre sus conclusiones, Meadows *et al.* (1972) señalan:

It is possible to alter these growth trends and to establish a condition of ecological and economic stability that is sustainable far into the future. [Es posible alterar estas tendencias de crecimiento y establecer unas condiciones de estabilidad ecológica y económica sostenibles en el futuro] (p. 23).

En resumen, de lo expuesto por los autores, se aprecia la necesidad apremiante de modificar los patrones de consumo y producción, a fin de conservar el medioambiente y garantizar el aprovechamiento de este para las generaciones futuras.

En el escenario internacional, a fin de atender las consecuencias del desbordamiento de los límites del planeta a causa de las actividades extractivas y productivas, en 1972 tiene lugar la Conferencia de Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano⁷, que marca un hito en el Derecho internacional ambiental y también en cuanto a la cooperación entre naciones para preservar el medio humano. La misma impulsa los

7 Conocida también como la Conferencia de Estocolmo.

principios base del derecho ambiental y el desarrollo sostenible, como lo menciona Mensah (2019):

... the international community agreed to the notion (now fundamental to sustainable development) that both development and the environment hitherto addressed as separate issues, could be managed in a mutually beneficial way. [la comunidad internacional aceptó la noción (ahora fundamental para el desarrollo sostenible) de que tanto el desarrollo como el medioambiente, hasta entonces tratados como cuestiones separadas, podían gestionarse de forma mutuamente beneficiosa] (p. 7).

No obstante, fue hasta 1987, por medio del Informe “Nuestro futuro común”⁸, cuando fue recogido por primera vez de manera oficial y explícita el término de desarrollo sostenible. La Organización de Naciones Unidas (1987) estableció que

Sustainable development seeks to meet the needs and aspirations of the present without compromising the ability to meet those of the future [El desarrollo sostenible trata de satisfacer las necesidades y aspiraciones del presente sin comprometer la capacidad de satisfacer las del futuro] (p. 39).

Asimismo, fueron surgiendo de manera concomitante y posterior desde el ámbito local e internacional disposiciones producto de esta nueva conciencia ecológica, tales como: el Decreto Ley 2811 de 1974^[9], la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992, Río +20 en 2012^[10], los Objetivos de Desarrollo Sostenible¹¹, entre otros.

En definitiva, el principio del desarrollo sostenible ha tenido gran incidencia sobre las relaciones entre la sociedad, el medioambiente y la economía. De acuerdo con Taylor (2016), esto resulta ser el verdadero alcance y pilares de este principio; el crecimiento económico desde el desarrollo social y la sostenibilidad ambiental. Este evidentemente es el compromiso internacional más grande y trascendental de los tiempos recientes; sin embargo, no se puede pasar por alto que ha sido producto no solo de respuestas de los Estados frente a la crisis climática, sino también de constantes demandas por parte de la sociedad hacia un actuar responsable de empresas e industrias, además de la necesidad de repensar el rol del bienestar social de cara a otros aspectos puramente económicos.

8 Informe de la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo.

9 Por el cual se dicta el Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente.

10 También conocida como Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible, constituye el antecedente de los ODS.

11 En total son 17 objetivos producto de la Cumbre de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible, siendo estos la hoja de ruta y metas para alcanzar el principio del desarrollo sostenible.

Empresas sostenibles

El concepto de "empresa sostenible" e incluso el término mismo de "sostenible" en el contexto corporativo actual se ha ampliado a otros aspectos que antes no estaban considerados. La noción tradicional de una empresa sostenible consiste en revisar su condición económica y financiera para determinar su viabilidad y desempeño en el mercado. Lo anterior se logra a través del indicador del equilibrio financiero. Para Gudz (2017),

Financial equilibrium is considered as an internal factor of development of the financial and economic potential of the Enterprise that increases its adaptability to changes in the modern market environment [El equilibrio financiero se considera un factor interno de desarrollo del potencial financiero y económico de la empresa que aumenta su adaptabilidad a los cambios en el entorno del mercado moderno] (p. 53).

En efecto, hoy este sigue siendo un indicador relevante para conocer la gestión de una compañía, de manera que no se pretende desconocer su utilidad, sino señalar las variables extra-financieras recientes que impactan en la rentabilidad¹² de las industrias.

Esta anterior noción tradicional persistió porque la empresa fue considerada, por algún tiempo, un agente puramente económico, de modo que su utilidad radicaba en su operación misma, por medio de la cual brindaba bienes y servicios para satisfacer las necesidades de la población y generar rentas para el empresario. En ese sentido, como lo señala Sarmiento Rodríguez (2024), "el papel de los Estados frente a estas debía ser de promoción y limitarse a regular lo mínimo y subsanar fallas del mercado para su eficiente operación, siendo independientes a cualquier cuestión social" (p. 191). Sin embargo, los procesos de las industrias, por lo general, involucraban abusos en las relaciones de trabajo, violaciones de los derechos de la población e impactos medioambientales sin ningún control y manejo.

En virtud de lo anterior, se desfigura la noción de empresa como unidades económicas aisladas y la sociedad civil empieza a reclamar gestiones responsables. Sánchez Jiménez (2015) precisa que respecto a estas "se han ampliado las expectativas y demandas, exigiendo mayor responsabilidad para con la sociedad y el entorno, como son el desarrollo económico y social en todos los países donde estén presentes, y el respeto y protección al medioambiente" (p. 130). De manera paralela a estas reclamaciones,

12 De acuerdo con Lizcano y Castelló (2004):

La rentabilidad es un concepto amplio que admite diversos enfoques, se puede hablar así de rentabilidad desde el punto de vista económico o financiero, o también se puede hablar de rentabilidad social, incluyendo en este caso aspectos muy variados como pueden ser los aspectos culturales, medioambientales, etc., que vienen a configurar los efectos positivos o negativos que una empresa puede originar en su entorno social o natural (p. 10).

emergen conceptos como la responsabilidad civil empresarial¹³, procesos de cumplimiento o *compliance*¹⁴ y los principios rectores de las Naciones Unidas¹⁵. Cada uno de estos, enfocados en crear un marco y contenido de obligaciones empresariales¹⁶.

Adicionalmente, es esencial mencionar los criterios ESG o ASG¹⁷ (por sus siglas en español – *ambientales, sociales y de gobierno corporativo*), que, como se mencionó en la parte inicial de este apartado, responden a variables extra-financieras recientes que han sido producto de las distintas evoluciones y reclamaciones sociales que impactan en la rentabilidad de las industrias. Sarmiento Rodríguez (2024) precisa que “son estándares cuantitativos que permiten calificar una empresa basándose en criterios extra-financieros, pero que tendrán un impacto financiero relevante al momento de ser reportados” (p. 195). En ese orden de ideas, se aprecia como la evolución del papel de las empresas en la sociedad es influenciado por otros intereses producto de los impactos de las operaciones industriales y, por consiguiente, estas dejan de ser unidades aisladas y pasan a tener un papel más activo a fin de mantenerse social, económica y ecológicamente viables y sostenibles en un mercado donde los agentes valoran y/o prefieren aquellas empresas sostenibles, ya no bajo la noción tradicional, sino bajo la noción anteriormente descrita¹⁸.

LIBRE COMPETENCIA

La libre competencia, como lo menciona Lachmann (1999), es el principio central para que un mercado funcione de manera eficiente en una economía social (de mercado)¹⁹,

- 13 Esta figura se origina a raíz del efecto o riesgo reputacional vinculado a la forma en que consumidores, *stakeholders* y demás grupos de interés contemplan una compañía. Barroso Tanoira (2007) precisa que se trata de iniciativas voluntarias, asociadas a la filantropía y gestión de riesgos reputacionales.
- 14 Los procesos de cumplimiento o *compliance*, de acuerdo con Cantú y Esparza (2021), “involucran instrumentos y esfuerzos realizados por una empresa y sus agentes para asegurar que en sus actividades exista adhesión a las normas jurídicas y reglamentarias” (p. 15). En este sentido, son obligatorios y gestionan riesgos operativos y legales.
- 15 Roa y Correa (2019) mencionan que estos principios “establecen los lineamientos para comprometer a las empresas con los derechos humanos” (p. 159), y de igual forma para garantizar una debida diligencia en sus operaciones.
- 16 Como lo menciona Tole Martínez (2019), los Estados reclaman “la adopción de un eventual instrumento internacional, principalmente respecto de su vinculatoriedad y el contenido de las obligaciones empresariales” (p. 17).
- 17 Ballesteros *et al.* (2021) los define como:
... principios que permiten encuadrar los elementos ambientales, sociales y de buen gobierno corporativo propios de las prácticas empresariales, los cuales deben ser identificados, medidos, reportados y divulgados a través de un conjunto de métricas como unidades de referencia, mediante un sistema de *reporting* que facilita el seguimiento y control de estos (p. 19).
- 18 De acuerdo con directivos del Instituto para la Inversión de Morgan Stanley (2019), “Invertir en empresas con buenas prácticas ESG significa invertir en mejores compañías” (p. 4).
- 19 Archila Peñalosa (2023) explica que “la nuestra sería una economía social de mercado, buscando armonizar la protección de las libertades económicas con su limitación en desarrollo del mandato al Estado para que dirija e intervenga la economía” (p. 21).

para alcanzar resultados socialmente justos y deseables, teniendo como base de este modelo la propiedad privada y la iniciativa económica. En ese sentido, la Corte Constitucional (1997) precisa:

La importancia de mercados libres, competitivos y transparentes justifica la permanente acción estatal dirigida a que estas características se mantengan o se impongan, en la medida en que ello sea posible, con el fin de preservar la libertad de opción de los individuos y la existencia de un proceso económico abierto y eficiente.

Conforme a lo anterior, la libre competencia en Colombia tiene rango constitucional²⁰ y un alcance de derecho colectivo. Adicionalmente, la Corte Constitucional señala que este derecho abarca las prerrogativas de: libertad de empresa y de competir en igualdad de oportunidades, eficiencia económica y maximizar el bienestar de los consumidores, los cuales a su vez son recogidos en el artículo 3 de la Ley 1340 de 2009 como objetivos de la política de competencia. En ese sentido, no solo se protegen los derechos de los competidores sino también de los consumidores: en esencia, se protege y prioriza el interés general.

Green antitrust

Acercamientos sobre el concepto

La tendencia del *green antitrust* ofrece distintas perspectivas. Autores como Schinkel y Treuren (2021) consideran que este movimiento pretende privilegiar los esfuerzos hacia la sostenibilidad restringiendo la competencia, permitiendo, entre otras cosas, celebrar acuerdos anticompetitivos²¹ y esperando así que las empresas produzcan de forma más sostenible en un ambiente anticompetitivo en comparación con un entorno de competencia. Otros autores, como Focuse y Goecke (2021), señalan que este movimiento procura incorporar criterios de sostenibilidad para promover las eficiencias verdes y el bienestar del consumidor sin sacrificar la competencia.

Considerando lo anterior, la tendencia del *green antitrust* se mueve entre exenciones y excepciones. Estos conceptos permiten analizar una práctica restrictiva de la competencia bajo circunstancias específicas, y en caso de cumplirse ciertos requisitos la autoridad decide no sancionarla. En el caso de las primeras, se trata de conductas que deben cumplir unos parámetros dentro de un contexto determinado a fin no ser sancionadas, lo que no quiere decir que no se trate de una conducta anticompetitiva,

20 Artículo 333 Constitución Política de Colombia: "(...) La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades".

21 Al respecto, estos autores mencionan el peligro del *green antitrust* en cuanto a la promoción de carteles *green-washing*, estimulando la coordinación de agentes del mercado con la excusa de acciones bien intencionadas de sostenibilidad, pero con beneficios mínimos en comparación con los impactos a la libre competencia.

sino que la misma responde a un interés superior en un sector esencial de la economía. En el caso de las excepciones, son conductas que por su naturaleza propia (efectos que produce) no son una restricción de la competencia, porque los efectos anticompetitivos que produce son nulos o pocos (menores a sus efectos pro competitivos).

En el ordenamiento colombiano, las exenciones se encuentran contenidas en el parágrafo del artículo 1 de la ley 155 de 1959^[22]; esta norma, como lo menciona De la Cruz Camargo (2010), concede al Gobierno la posibilidad de limitar la libre competencia con fundamento en "aquellas actividades económicas que tengan o llegaren a tener en el futuro importancia fundamental para estructurar racionalmente la economía del país y abastecerlo de bienes o servicios indispensables al bienestar general" (pp. 100-101). Adicionalmente, existe una exención en el artículo 31 de la Ley 1340 de 2009^[23]. Esta precisa que la intervención del Estado en la economía es una restricción de la competencia, pero prevé que no se pueden aplicar las normas de competencia porque dichas regulaciones se encuentran exentas. Por el otro lado, las excepciones se encuentran contenidas en el artículo 49, del Decreto 2153 de 1992^[24], norma que precisa una serie de conductas que no son violatorias del régimen de competencia por cuanto encierran en sí mismas efectos pro competitivos. Es relevante mencionar que estas figuras no son exclusivas del ordenamiento local, sino que también son utilizadas por otras autoridades de competencia a lo largo del globo²⁵.

En resumen, la perspectiva de cada autor depende del entorno regulatorio y del tratamiento que se le esté dando a las prácticas sostenibles. Puede suceder que consideren estas anticompetitivas *per se*, pero debido a su relevancia con los intereses actuales, se les otorgue una exención o, por el contrario, que consideren que estas prácticas producen beneficios pro competitivos y las enmarquen como una excepción. En lo que respecta a este autor, la tendencia del *green antitrust* es el esfuerzo por juntar el derecho al medioambiente sano y el derecho a la libre competencia económico desde la perspectiva del principio de eficiencia y el estándar del bienestar social (este último será tratado de manera propia más adelante). Esto, porque el desarrollo sostenible encierra al principio de eficiencia, en tanto procura asegurar que los recursos naturales sean utilizados sin comprometer el goce de los mismos a las generaciones

22 Parágrafo, artículo 1: "El Gobierno, sin embargo, podrá autorizar la celebración de acuerdos o convenios que no obstante limitar la libre competencia, tengan por fin defender la estabilidad de un sector básico de la producción de bienes o servicios de interés para la economía general".

23 Artículo 31. Intervención del Estado: "El ejercicio de los mecanismos de intervención del Estado en la economía, siguiendo el mandato previsto en los artículos 333 y 334 de la Constitución Política, constituye restricción del derecho a la competencia en los términos de la intervención (...)".

24 Artículo 49. Excepciones: "Para el cumplimiento de las funciones a que se refiere el artículo 44 del presente decreto, no se tendrán como contrarias a la libre competencia las siguientes conductas: 1. Las que tengan por objeto la cooperación en investigaciones y desarrollo de nueva tecnología. 2. Los acuerdos sobre cumplimientos de normas, estándares y medidas no adoptadas como obligatorias por el organismo competente cuando no limiten la entrada de competidores al mercado. 3. Los que se refieran a procedimientos, métodos, sistemas y formas de utilización de facilidades comunes".

25 Al respecto, véase Khemani (2002).

futuras (gestionar el capital natural de manera eficiente) y adicionalmente se promueven prácticas sostenibles para mantener ecosistemas ambientalmente sanos y mejores contextos sociales (bienestar social).

Decisiones y casos relevantes

Aunque la tendencia del *green antitrust* pareciera reciente, lo cierto es que la reflexión acerca de la sostenibilidad en la libre competencia hace tiempo cuenta con hitos relevantes, los cuales serán expuestos a continuación:

El primero se ubica en la Unión Europea en el año 1999 y está relacionado con la eficiencia energética de las lavadoras. La Comisión²⁶ concede una exención a un acuerdo del CECED (Comité Europeo de Fabricantes de Electrodomésticos) sobre lavadoras nacionales, con la finalidad de que los fabricantes dejen de producir e importar lavadoras menos eficientes desde el punto de vista energético. Lo anterior en virtud de: (i) beneficios económicos individuales esperados sobre los efectos del acuerdo sobre el fomento de la competencia y la reducción de precios, (ii) beneficios medioambientales con relación a los costes asociados a la contaminación. Sobre este aspecto, la Comisión (1999) estima que "los beneficios para la sociedad en su conjunto que se derivarían del acuerdo del CECED son más de siete veces superiores al incremento de los costes de adquisición resultante de unas lavadoras más eficientes desde el punto de vista energético" (p. 6); en ese sentido, estos beneficios medioambientales se transmiten de manera equitativa a toda la población.

Este caso es un claro ejemplo de la aplicación de una exención, porque para la Comisión (1999):

... el apartado 1 del artículo 81 del Tratado CE y el apartado 1 del artículo 53 del Acuerdo EEE prohíben todos los acuerdos o prácticas concertadas entre empresas o asociaciones de empresas 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 común o del EEE, y en particular, aquellos que supongan un control de la producción o del desarrollo técnico (p. 4).

Según los hechos del caso, el CECED celebró un acuerdo prohibido por la normatividad, pues contenía en sí mismo un objeto de restricción en cuanto a la fabricación e importación de lavadoras; no obstante, al verificar sus beneficios la comisión la admitió.

El segundo y tercer caso tienen como protagonista a la Autoridad de Consumidores y Mercados de los Países Bajos (ACM) entre 2013 y 2015. El primero de ellos, *National Energy Agreement* (Acuerdo nacional sobre energía) o también conocido como *coal* (2013) y el segundo, *Chicken of Tomorrow* (2015).

26 Decisión de la Comisión de 24 de enero de 1999 relativa a un procedimiento de conformidad con el artículo 81 del Tratado CE y el artículo 53 del Acuerdo EEE.

Coal (2013) se desarrolla en el marco de las políticas adoptadas bajo el Acuerdo Nacional sobre energía (SER Energieakkoord), el cual, como lo mencionan Kloosterhuis y Mulder (2013), contiene acuerdos sobre ahorro de energía, tecnologías limpias y política climática, con el fin de fomentar la eficiencia energética desde las energías renovables, al mismo tiempo que se disminuye la dependencia hacia los combustibles fósiles. Una de las políticas adoptadas en miras a alcanzar lo anterior, por parte de los miembros de la Asociación Comercial de la Industria Energética neerlandesa, consistió en celebrar un acuerdo con el objetivo de adelantar el cierre de 5 centrales eléctricas de carbón.

Este acuerdo fue analizado por la ACM a fin de verificar su impacto a la libre competencia. El punto de partida de la comisión fue considerar la decisión como un acuerdo concertado entre empresas, que implica disminuir la capacidad de energía y que puede impactar en el precio de la misma. En ese orden de ideas, se han de aplicar las prohibiciones contenidas en el numeral 1 del artículo 6 de la ley neerlandesa de competencia (Mw)²⁷ y el numeral 1 del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFEU)²⁸. No obstante, estas normas (en el numeral 3 de la Mw²⁹ y el numeral 3 de la TFEU³⁰) contemplan una excepción a la prohibición de estos acuerdos, siempre que se cumplan cuatro requisitos: (i) el acuerdo contribuye a la mejora de la producción o distribución de bienes o al fomento del progreso técnico o económico, (ii) el acuerdo permite a los consumidores una participación equitativa en el beneficio resultante, (iii) no se imponen restricciones que no sean indispensables a la empresa

27 Article 6 Anti-competitive agreements: "Agreements between undertakings, decisions by associations of undertakings and concerted practices of undertakings, which have the intention to or will result in hindrance, impediment or distortion of competition on the Dutch market or on a part thereof, are prohibited".

28 Article 101: "1. The following shall be prohibited as incompatible with the internal market: all agreements between undertakings, decisions by associations of undertakings and concerted practices which may affect trade between Member States and which have as their object or effect the prevention, restriction or distortion of competition within the internal market, and in particular those which: (a) directly or indirectly fix purchase or selling prices or any other trading conditions; (b) limit or control production, markets, technical development, or investment; (c) share markets or sources of supply; (d) apply dissimilar conditions to equivalent transactions with other trading parties, thereby placing them at a competitive disadvantage; (e) make the conclusion of contracts subject to acceptance by the other parties of supplementary obligations which, by their nature or according to commercial usage, have no connection with the subject of such contracts".

29 Article 6: "Paragraph (1) shall not apply to agreements, decisions and concerted practices which contribute to the improvement of production or distribution, or to the promotion of technical or economic progress, while allowing consumers a fair share of the resulting benefits, and which do not: a. impose any restrictions on the undertakings concerned, ones that are not indispensable to the attainment of these objectives, or b. afford such undertakings the possibility of eliminating competition in respect of a substantial part of the products and services in question".

30 Article 101: "3. The provisions of paragraph 1 may, however, be declared inapplicable in the case of: a. any agreement or category of agreements between undertakings, b. any decision or category of decisions by associations of undertakings, c. any concerted practice or category of concerted practices.

Which contributes to improving the production or distribution of goods or to promoting technical or economic progress, while allowing consumers a fair share of the resulting benefit, and which does not: (a) impose on the undertakings concerned restrictions which are not indispensable to the attainment of these objectives, (b) afford such undertakings the possibility of eliminating competition in respect of a substantial part of the products in question".

implicada y (iv) no se elimina la competencia respecto de una parte sustancial de los productos o bienes en cuestión.

Teniendo en cuenta lo anterior, la ACM agrupa su análisis en tres cuestiones: (i) beneficios medioambientales, (ii) efectos en el precio y (iii) efecto neto sobre el excedente del consumidor. De acuerdo con Schinkel y Treuren (2021), utilizando métricas de economía medioambiental, la ACM concluyó que el costo de la electricidad, al cierre de estas de plantas, costaría un total de 75 millones de euros al año, mientras los beneficios de las reducciones de emisiones tan solo alcanzarían los 30 millones de euros al año. De modo tal que los beneficios ambientales son, en gran proporción, menores al impacto de los precios de la electricidad al cierre de las plantas y, en ese sentido, el acuerdo no representa a los consumidores una participación equitativa en el beneficio. Es importante señalar que para la ACM las condiciones para aplicar la excepción son acumulativas, dado lo anterior no realizó un análisis sobre las demás cuestiones ajenas al precio y el beneficio de los consumidores.

El tercer caso, *Chicken for tomorrow* (2015), surge en consecuencia de las protestas de defensores de derechos de los animales, los cuales promovían mejores condiciones para las "gallinas explotadas". En respuesta a la anterior petición, la industria conformada por los avicultores, supermercados y comerciantes acuerdan asegurar condiciones de bienestar animal³¹ en la crianza de estos para su posterior comercialización e igualmente restringir la venta cuando los estándares de bienestar sean ignorados.

En virtud de lo anterior, la ACM procede a analizar su impacto en la libre competencia conforme a la normatividad aplicable en el anterior caso. Al igual que en *coal* (2013) se trata de un acuerdo prohibido por la normatividad de competencia; no obstante, las partes manifiestan que se ha de aplicar una excepción, argumentando que los beneficios en el bienestar animal, el medioambiente y la salud pública para el consumidor son mayores que los impactos en el mercado y precios.

La ACM (2015) menciona que en este caso las medidas implementadas representan un aumento en los costos que serán trasladados a los consumidores, de forma tal que es esencial establecer cuánto más están dispuestos a pagar los consumidores para estas medidas. En su análisis, la autoridad encuentra que los consumidores están dispuestos a pagar 68 céntimos de euro por kilo de filete; adicionalmente, se estimaron en 14 céntimos de euro los beneficios ambientales por kilo de filete, y frente al tema de salud pública se consideró que no había ningún beneficio, porque la reducción del uso de antibióticos en la crianza de estos animales era una política que se alcanzaría sin ser necesario este acuerdo. De manera que los beneficios se estiman en un total de 82 céntimos de euro, mientras los costos estimados de las medidas se estiman en 1.46 euros, en conclusión, los beneficios del bienestar animal no superan los costos asociados al mismo. En este caso, la autoridad precisa que los consumidores en algunas

31 De acuerdo con Van Der Veer (2015), entre estas medidas se incluían mayor espacio para la crianza, mayores horas de oscuridad y reducción en el uso de antibióticos.

oportunidades están dispuestos a pagar más, pero todo depende de las medidas implementadas, por ejemplo, en el caso de *Better life label*³².

El cuarto caso, aunque también es competencia de la ACM, es más reciente y resulta relevante su mención por la decisión de la autoridad. Los hechos del caso involucran a Shell and TotalEnergies, competidores que desean colaborar a fin de adelantar un proyecto de captura, almacenamiento y transporte de CO₂, lo anterior para alcanzar los objetivos climáticos y de la iniciativa Aramis³³. Adicionalmente, las partes precisan que este proyecto en su segunda fase podrá ser utilizado por otras compañías.

Conforme a lo anterior, ACM analizó su impacto en la libre competencia bajo la normatividad de los casos anteriores. La autoridad determinó que se encuadra en las excepciones contempladas, puesto que (i) promueve el fomento del progreso técnico: la autoridad señala que con este proyecto emerge un nuevo mercado, con novedades en infraestructura y tecnología en relación con la reducción de CO₂ y el progreso de las metas climáticas; (ii) existe participación equitativa del beneficio a los consumidores: la autoridad precisa que el acuerdo y el proyecto representan un beneficio para los consumidores con relación a la reducción de contaminación y mejora en la calidad del aire; (iii) no se imponen restricciones indispensables: la autoridad examina la capacidad de cada parte para adelantar el proyecto de manera individual concluyendo que la colaboración entre los competidores es necesaria a fin de lograr el éxito de este y (iv) no se elimina la competencia: la autoridad señala que este nuevo mercado crea beneficios para los demás competidores al poder conectarse y hacer uso del proyecto en su segunda fase, asimismo menciona la introducción de nueva tecnología en reducción de CO₂. En consecuencia, ACM aprueba la colaboración entre estas partes aplicando la excepción al mismo.

Por otra parte, en este análisis, la ACM toma en cuenta consideraciones de su guía sobre acuerdos de sostenibilidad, asegurando que el acuerdo promueve una actitud sostenible asociada a los objetivos del Acuerdo de París, y que estos beneficios para la sociedad han de ser tenidos en cuenta como una excepción en la libre competencia.

Por último, desde el ámbito local es preciso analizar la ambiciosa integración vertical entre ISA y Ecopetrol. El actual Gobierno Nacional, entre sus propuestas, desea impulsar la transición energética en Colombia a través de las Fuentes No Convencionales de Energía Renovable (FNCER), para, de esta manera, diversificar la matriz energética, dotar de mayor seguridad al sistema y disminuir la dependencia de combustibles fósiles. Para esta meta, el gobierno estima que Ecopetrol debe encabezar la política de energías renovables, es decir, se aspira que esta compañía pase a tener

- 32 Este se refiere a un proyecto impulsado por la Sociedad de Protección Animal Neerlandesa, relacionado con el acceso de información al consumidor acerca del trato y mínimos de bienestar a los que son sometidos los animales.
- 33 El proyecto Aramis se traduce es un esfuerzo entre agentes privados y públicos a fin de promover la experticia y conocimiento en tecnología e infraestructura en soluciones de descarbonización.

un papel de generador. No obstante, existen barreras y prohibiciones legales para que esto sea posible.

Para empezar, la normatividad de los servicios públicos y de energía (Ley 142 y Ley 143 de 1994, respectivamente) establecen una restricción al agente transmisor (ISA) a participar de las demás actividades del sector energético (generación, distribución y comercialización)³⁴. Hasta antes del año 2021, Ecopetrol no tenía parte ni intereses económicos en ISA; no obstante, durante ese año el primero compró a la nación el 51,4% de ISA. En consecuencia, Ecopetrol debía abstenerse de realizar actividades de generación de energía; en otros términos, este podría generar su propia energía (autogenerador), pero no entregarla al sistema con fines comerciales. Sin perjuicio de ello, la estrategia del Gobierno Nacional consistió en eliminar la restricción a través de su Plan Nacional de Desarrollo.

Adicionalmente, en el sector de la energía las integraciones están permitidas, siempre y cuando las mismas sean entre agentes que participen de actividades diferentes a la transmisión³⁵. Esto porque, como lo menciona la Comisión de Regulación de Energía y Gas (CREG, 2023), "la red de transmisión como una actividad esencial de la cadena, donde confluyen compradores y vendedores. Debe permanecer neutral ante los intereses de los agentes que requieren hacer uso de ella" (p. 21). Por tal motivo, el gobierno también optó por eliminar y modificar esta restricción; sin embargo, a propósito del escrito, se pudo haber analizado otra salida desde el derecho de la competencia.

El título II de la Ley 1340 de 2009 regula lo pertinente a las integraciones empresariales: en este podemos encontrar que existe un control sobre las mismas por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio al cumplirse tres supuestos: objetivo, subjetivo y financiero. En el caso presente, el criterio objetivo se presenta porque Ecopetrol adquirió más del 50% de ISA; en ese sentido es ahora el accionista mayoritario o controlante de esta por tener exactamente el 51,41% del capital social y, por ende, constituye una operación de integración. Por otra parte, en cuanto al criterio subjetivo, se ha precisado que las partes participan en una misma actividad económica dentro de los eslabones de generación (dado que Ecopetrol empezaría a desarrollar esta actividad para entregar energía producto de FNCER) y transmisión de energía eléctrica. Finalmente, en cuanto al criterio financiero, se ha de mencionar que los ingresos operacionales únicamente de Ecopetrol ascendieron a \$143.1 billones,

34 Artículo 32 de la ley 143 y artículo 162 de la ley 142 de 1994: "(...) La empresa encargada del servicio de interconexión nacional no podrá participar en actividades de generación, comercialización y distribución de electricidad".

35 Artículo 74 de la Ley 143 de 1994, modificado por el artículo 298 de la Ley 1955 de 2019: "Las empresas que se constituyan con posterioridad a la vigencia de esta Ley con el objeto de prestar el servicio público de electricidad y que hagan parte del sistema interconectado nacional no podrá tener más de una de las actividades relacionadas con el mismo con excepción de la comercialización que puede realizarse en forma combinada con una de las actividades de generación y distribución".

cifra que equivale al 9% del PIB nacional y supera en gran proporción a los topes establecidos por la SIC³⁶.

Asimismo, existe una situación en la cual, aunque se hayan cumplido los supuestos anteriores, la operación se entenderá aprobada sin más. Esto será cuando las partes (en conjunto) cuenten con menos del 20% del mercado relevante. No obstante, a efectos del escrito, la atención se va a centrar sobre la excepción señalada por la ley bajo la cual la autoridad autorizará y no objetará la operación.

El artículo 12 de la Ley 1340 de 2009^[37] precisa que las partes podrán justificar la operación y eludir cualquier objeción a la misma si demuestran que los efectos benéficos de la integración para los consumidores exceden el impacto negativo sobre la competencia y, además, que tales efectos no pueden alcanzarse por otros medios; en otros términos, la ley introduce una excepción de eficiencia. En el caso en concreto, a fin de satisfacer lo anterior, los interesados podrían alegar, por ejemplo, que los beneficios en relación con las metas climáticas y la calidad del aire, diversificación de la matriz y los aportes de las FNCER en seguridad energética y sostenibilidad ambiental que podría repercutir en los precios y disponibilidad del servicio público de energía. No obstante, es imprescindible mencionar que la excepción establece "los impactos positivos de la operación no pueden alcanzarse por otros medios". En Colombia, el marco normativo sobre FNCER ha tenido un desarrollo importante: la Ley 1715 de 2014, por medio de la cual se regulan estas fuentes de energía recientemente cumplió 10 años, además existen incentivos tributarios para desarrollar los proyectos y se evidencia interés de privados sobre los mismos³⁸. El problema realmente radica en que los proyectos tienen un atraso por trámites ambientales y especialmente por la licencia social³⁹, lo cual en sectores como La Guajira ha llevado a que empresas abandonen los proyectos⁴⁰. En otros términos, existen otras alternativas para lograr los beneficios de las FNCER, pero resulta ser un caso interesante para analizar bajo esta nueva tendencia del *green antitrust*.

36 Resolución 82882 de 29 de diciembre de 2023.

37 Artículo 12: "La autoridad nacional de competencia podrá no objetar una integración empresarial si los interesados demuestran dentro del proceso respectivo, con estudios fundamentados en metodologías de reconocido valor técnico que los efectos benéficos de la operación para los consumidores exceden el posible impacto negativo sobre la competencia y que tales efectos no pueden alcanzarse por otros medios (...)".

38 De acuerdo con Rodríguez (2023), "En Colombia, hay 80 proyectos programados de energías renovables con fuentes no convencionales para entrar en operación entre 2023 y 2024".

39 Un proyecto, cualquiera que sea, no solo debe tener en cuenta las reglamentaciones técnicas y ambientales, sino además debe responder a los intereses y necesidad de la población de la zona de impacto. Para de esta manera generar buenas prácticas entre los actores y no atrasar el proyecto.

40 En el año 2023, Enel Colombia tomó la decisión de suspender indefinidamente la construcción de su Parque Eólico "Windpeshi", por los continuos bloqueos en La Guajira.

Otros aspectos relevantes del *green antitrust*

La tendencia de este movimiento abarca múltiples esferas de la sociedad, tanto así que resulta complejo tratar cada una de ellas en el presente escrito. Por tal motivo, se revisarán dos de estas, por considerarlas más relevantes: la primera, con relación al abuso de la sostenibilidad y la segunda, sobre la necesidad de modificar los marcos regulatorios a fin de promover y/o moderar los beneficios ambientales en la valoración de la libre competencia.

Los proyectos, obras o actividades asociados al desarrollo sostenible, por lo regular, implican beneficios medioambientales; no obstante, como se ha popularizado recientemente, “no todo lo verde es ecológico”. Por tanto, es esencial percibir en qué situaciones se está abusando de la sostenibilidad.

Freitas *et al.* (2020) afirman que el *green washing* se explica como un engaño al consumidor y en general a la población. Lo anterior porque este fenómeno tiene dos aristas: una de ellas respecto a la comunicación y divulgación de publicidad engañosa o confusa sobre un producto con cualidades amigables con el ambiente y, la otra, sobre el ocultamiento u omisión de los impactos negativos del producto en cuestión. En otros términos, el *green washing* es publicidad engañosa y, por lo tanto, impacta en el derecho de los consumidores y la libre competencia entre los agentes del mercado. Este tiene su razón de ser en los beneficios que representa para una corporación mostrarse “verde” frente a sus competidores, y en especial frente a la sociedad.

En Colombia, el Decreto 1369 de 2014 reglamenta el uso de la publicidad alusiva a cualidades, características o atributos ambientales de los productos. Es un insumo importante para combatir estas prácticas y además para la construcción del Proyecto de ley 101 de 2023, “mediante el cual se regula y sanciona el lavado verde de imagen o *green washing* y se agregan nuevas disposiciones a la Ley 1480 de 2011”. En el mismo sentido, otros ordenamientos han sido activos en la regulación de esta problemática⁴¹.

Por otra parte, el abuso de la sostenibilidad se puede presentar también en prácticas concertadas, dando lugar a los llamados *cartel green washing*. Como lo menciona Schinkel y Treuren (2021):

Competitors who are allowed to coordinate their trade, have an incentive to provide minimal sustainability benefits for maximum price increases [Los competidores a los que se permite coordinar su comercio tienen un incentivo para ofrecer unos beneficios de sostenibilidad mínimos a cambio de un aumento máximo de los precios] (p.6).

En ese sentido, las autoridades de competencia tienen un protagonismo a la hora de apreciar, cuantificar y permitir o denegar los acuerdos entre competidores que

41 En 2024 se aprueba una ley por el Parlamento Europeo sobre las etiquetas de sostenibilidad.

restringan la competencia, pero que aleguen los beneficios ambientales que deberían considerarse con el objetivo de permitir la práctica concertada.

Finalmente, los gobiernos (populistas) pueden caer en este abuso. Las empresas no son las únicas que ven provecho de mostrar una imagen verde al mundo, sino además las figuras políticas en búsqueda de votos o aprobación por parte de sus electores pueden impulsar normas que aparentemente buscan fortalecer la protección del medio natural y sus recursos, pero en el fondo buscan debilitar a un sector específico de la economía o simplemente en su afán de aprobación política expiden normas sin medir su alcance real. En relación con esto, se destaca el Decreto 044 de 2024 que, de acuerdo con la Asociación Colombiana de Minería, pondría el sector minero en dificultades. Estas medidas no tienen un nombre, pero siguiendo la línea de los anteriores fenómenos, se propone *regulatory green washing*.

El siguiente aspecto por abordar es sobre la regulación de la libre competencia y la seguridad jurídica de la misma, al momento de analizar y valorar los efectos ambientales. En el apartado sobre los casos relevantes de esta materia, se reveló que los mismos fueron tratados desde la normatividad vigente; no obstante, se considera mencionar dos hechos relevantes frente a esto.

El primero toma lugar en Austria, país que en el 2021 decide introducir una exención basada en la sostenibilidad en su normatividad de libre competencia. En esta, de acuerdo con Robertson (2021), se señala que los beneficios ambientales deben verse reflejados a su vez en la producción, distribución, técnicas y progreso económico del mercado, además de que los consumidores reciban un reparto equitativo de los beneficios. Conjuntamente, el parlamento considera necesario e invita a la autoridad federal de competencia de este país a desarrollar pautas y directrices sobre esta para las empresas.

El segundo hecho relevante se relaciona con lo mencionado en la parte final del párrafo previo: se trata de las Guías desarrolladas por las autoridades de competencia, las cuales están orientadas a las compañías y los acuerdos y/o prácticas medioambientales en el contexto de la libre competencia. Entre estas se destaca la de la autoridad de competencia y mercados (CMA) de Reino Unido⁴² e igualmente la de la ACM⁴³. De manera general, las directrices determinan cuatro criterios: (i) Beneficios para el mercado, como lo son en la distribución, producción, técnicas y tecnología; (ii) la restricción en la competencia debe ser indispensable para alcanzar los beneficios; (iii) los consumidores deben recibir equitativamente beneficios del acuerdo y (iv) la competencia no debe ser eliminada. Del análisis de esto, se encuentra que obedecen a los criterios en la normatividad vigente asociada a las excepciones, pero con énfasis o perspectiva vinculada al medioambiente y el cambio climático.

42 Al respecto consultar: *Draft guidance on environmental sustainability agreements*. (2023). <https://www.gov.uk/government/consultations/draft-guidance-on-environmental-sustainability-agreements>

43 Al respecto consultar: *Policy rule ACM's oversight on sustainability agreements*. (2023). <https://www.acm.nl/en/publications/policy-rule-acms-oversight-sustainability-agreements>

Bienestar social

De La Calle (2023) menciona que, en el marco de la tendencia del *green antitrust*, “estamos viviendo una época de transición en la que nos movemos del estándar de bienestar del consumidor a un concepto de bienestar social”. Lo anterior, en virtud del desarrollo sostenible y su incidencia respecto a que las industrias y autoridades tomen en consideración variables distintas a las tradicionales económicas.

El estándar del bienestar del consumidor de acuerdo con la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico indica que

Under such a standard, conduct that lessened competition but delivered sufficient efficiencies to offset this could, in some circumstances, be permissible if prices did not rise [Con arreglo a esta norma, una conducta que redujera la competencia, pero generara eficiencias suficientes para compensarla podría, en determinadas circunstancias, ser admisible si los precios no aumentaran] (OCDE, 2023, p. 12).

Adicionalmente, la OCDE precisa que este no representa una definición sumamente amplia para abarcar criterios diferentes a los precios y además ignora otros grupos que son afectados por las políticas de la libre competencia, pero que no responden a la identidad propia de consumidores. En ese sentido, este estándar queda limitado tanto a aspectos económicos como de precios, respecto a lo anterior se ha de mencionar que

La relación entre el concepto de bienestar del consumidor y aplicación de la política de protección de la competencia aparentemente no es clara. Para lograr una mayor precisión, parece pertinente abordar este concepto desde el punto de vista económico. En este sentido, se tiene que cuando hay mayor competencia, se produce mayor bienestar a los consumidores, debido a que hay mejor asignación de los recursos y los precios se rigen conforme a la demanda y oferta (Radda 2018, como se citó en Izquierdo 2020, p. 8).

En virtud de lo anterior, se han propuesto nuevas alternativas de estándares que permitan abarcar beneficios distintos a los económicos e igualmente que agrupen a un mayor grupo poblacional, entre los cuales se encuentra el de bienestar social, para así aplicar este en el supuesto en que una conducta que redujera la competencia, pero generara eficiencias económicas, sociales y/o ambientales suficientes para compensarla podría, en determinadas circunstancias, ser admisible. Lo anterior dentro de un marco de una economía del bienestar social, a su vez dentro del contexto del desarrollo sostenible. El problema radica en cómo medir estas eficiencias de sostenibilidad, dado que lo que no puede ser medido, difícilmente puede ser gestionado y administrado. Al respecto, Schinkel y Treuren (2021) mencionan que

... these values can be identified and quantified, for example by marketing econometrics or techniques from environmental economics [... estos valores pueden identificarse y cuantificarse, por ejemplo, mediante econometría de *marketing* o técnicas de economía medioambiental] (p. 7).

Esto último se evidenció en los casos expuestos de la ACM, donde se utilizaron técnicas económicas medioambientales.

Por otra parte, la economía del bienestar social parte de la premisa de que las métricas tradicionales (como el PIB) en la actualidad no responden a los nuevos intereses y preocupaciones de la sociedad en relación con la calidad de vida y la prosperidad social, dejando de lado variables como el medioambiente sano. Zenghelis *et al.* (2020) mencionan que la sostenibilidad tiene un impacto en el crecimiento de la economía y el bienestar de la población, de forma tal que es esencial promover prácticas sostenibles para crear una sociedad resiliente y justa con miras a afrontar los retos futuros. Por el contrario, ignorar el capital natural (recursos naturales) implica efectos negativos, por ejemplo, la pérdida de biodiversidad puede llegar a afectar a largo plazo la productividad de la agricultura y nuestra capacidad de alimentarnos.

REFLEXIONES FINALES

Resulta evidente la transformación constante producto del impacto que tiene el desarrollo industrial y técnico en la sociedad, la economía y el medioambiente. El interés reciente de la humanidad ha estado enfocado en promover el desarrollo sostenible y calidad de vida; por esta misma razón, se ha hecho necesario moldear las actividades empresariales a conductas sostenibles, promoviendo una conciencia ecológica sobre la huella de carbono, lo cual, a su vez, modifica las conductas de producción y consumo. Lo anterior implica transformar la empresa y las regulaciones entorno a esta, desde los aspectos internos, como lo son los criterios ESG, hasta los aspectos externos, como lo es la libre competencia. El concepto de desarrollo actual aborda factores adicionales a los económicos, que deben ser tomados en consideración en vista de que estos impactan en la calidad de vida de la población.

También, como se mencionó, es vital contar con marcos regulatorios eficientes y autoridades capaces para que las iniciativas ambientales produzcan los efectos deseados y no se queden solo en proyectos bienintencionados con una bandera verde que realmente no aportan significativamente y son solo un engaño para los consumidores⁴⁴. En atención a esto, la normatividad vigente puede responder de manera coherente a los nuevos intereses y dinámicas de los mercados, como se evidenció en el estudio previo de casos. Por supuesto, la clave es tener certeza y seguridad jurídica; por tanto, cobran especial interés las guías y directrices construidas y publicadas por autoridades a fin de orientar los acuerdos de sostenibilidad ambiental. Como lo mencionó Vestager (2023), vicepresidenta de la Comisión Europea y Autoridad de

44 El llamado *green washing* y sus variantes.

Competencia, "*antitrust rules should support the green transition*" [las normas antimonopolio deben apoyar la transición ecológica] (p. 76). Por ello, es esencial que las autoridades ofrezcan certeza y orientación hacia las iniciativas ambientales para, de esta manera, como se evidenció en el acuerdo de Shell y TotalEnergies, lograr un acuerdo sostenible que pueda promover la competencia e innovación favoreciendo a todos los agentes del mercado y a la sociedad en general.

Asimismo, es importante recalcar que la tendencia del *green antitrust* no es excusa para dejar regular, sino que debe ser insumo para esto; en otros términos, la creciente popularidad entre las corporaciones, empresas y gobiernos por construir y promover iniciativas verdes siempre debe hacerse de manera coherente y bien estructurada, no simplemente como un afán de aceptación al mostrar una imagen "eco-amigable".

Por lo anterior, se considera que en el ámbito local a fin de promover la transición energética y las FNCER el gobierno no debió tomar la "salida fácil", al pretender eliminar las prohibiciones y restricciones sobre la integración de Ecopetrol-ISA, sino que, con el propósito de promover los beneficios ambientales y energéticos de las FNCER, la estrategia y plan de ruta propicia era considerar aplicar la excepción demostrando los impactos positivos y necesidad de esta operación con miras a impulsar un eficiente servicio público de energía, o centrarse realmente sobre el problema de la conflictividad social y los trámites ambientales que aquejan el desarrollo de los proyectos. Incluso, pensar en desregular (a la consideración desregular es también regular) o simplificar los procesos y centrar los esfuerzos sobre otros aspectos vitales con las comunidades. En otros términos, garantizar y promover marcos regulatorios eficientes y correctamente estructurados, con el objetivo de promover iniciativas ambientales sin comprometer la libre competencia e innovación, y maximizar los beneficios hacia el medioambiente y la población.

REFERENCIAS

- Aramis (2024). *About The Aramis Project*. <https://www.aramis-ccs.com/project/>
- Authority for Consumer & Markets (2013). *ACM analysis of closing down 5 coal power plants as part of SER Energieakkoord*. <https://www.acm.nl/en/publications/publication/12082/ACM-analysis-of-closing-down-5-coal-power-plants-as-part-of-SER-Energieakkoord>
- Barroso Tanoira, F. (2007). "Responsabilidad social empresarial: concepto y sugerencias para su aplicación en empresas constructoras". *Ingeniería*, 11(3), pp. 65-72.
- Beter Leven (s.f) "The Better Life label". *Beter leven* <https://beterleven.dierenbescherming.nl/english/>
- Cantú Rivera, H., & Esparza García, L. A. (2021). *Debida diligencia en derechos humanos y procesos de compliance*. Universidad de Monterrey.
- Comisión de las Comunidades Europeas (1999). *Decisión de la comisión de 24 de enero de 1999 relativa a un procedimiento de conformidad con el artículo 81 del tratado ce y el artículo 53 del acuerdo EEE*. <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2000:187:0047:0054:ES:PDF>

- Congreso de la República de Colombia (24 de diciembre de 1959). Ley por la cual se dictan algunas disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas. [Ley 155 de 1959]. DO: 30.138.
- Congreso de la República de Colombia (24 de julio de 2003). Ley por medio de la cual se dictan normas en materia de protección de la competencia. [Ley 1340 de 2009]. DO: 47.420.
- Congreso de la República de Colombia (julio 11 de 1994). Por la cual se establece el régimen para la generación, interconexión, trasmisión, distribución y comercialización de electricidad en el territorio nacional, se conceden unas autorizaciones y se dictan otras disposiciones en materia energética. [Ley 143 de 1994]. DO: 41.434.
- Congreso de la República de Colombia (julio 11 de 1994). Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones. [Ley 142 de 1994]. DO: 41.433.
- Congreso de la República de Colombia (julio 24 de 2009). Por medio de la cual se dictan normas en materia de protección de la competencia. [Ley 1340 de 2009]. DO: 47.420.
- Constitución Política de Colombia [C.P.] (1991) Artículo 333 [Título XII].
- Correa Henao, M., Roa Roa, J. (2019). "Derechos Humanos y su influencia en el ámbito empresarial". En J. Toledano Martínez (Ed.), *Derechos humanos y la actividad empresarial en Colombia: Implicaciones para el Estado Social de Derecho*, pp. 151-194. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Corte Constitucional (23 de octubre de 1997). Sentencia de Constitucionalidad C-535 [M.P. Cifuentes, E.].
- CREG. (2023). *Reglas generales de integración vertical en la cadena de prestación del servicio de energía eléctrica*. Documento CREG-701 007. [http://apolo.creg.gov.co/Publicac.nsf/1c09d18d2d5f-fb5b05256eee00709c02/0507cb0719524cdb052589a300719f1a/\\$FILE/Doc_sop_701%20007_2023_consulta_limites_integracion_EE.pdf](http://apolo.creg.gov.co/Publicac.nsf/1c09d18d2d5f-fb5b05256eee00709c02/0507cb0719524cdb052589a300719f1a/$FILE/Doc_sop_701%20007_2023_consulta_limites_integracion_EE.pdf)
- Cruz Camargo, D. (2010). "Excepciones y exenciones particulares a la aplicación de la ley de protección de la competencia por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio". *Con-Texto* (32), pp. 97-114. <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/contexto/article/view/2527>
- de Freitas Netto, S. V., Sobral, M. F. F., Ribeiro, A. R. B., & Soares, G. R. D. L. (2020). "Concepts and forms of greenwashing: A systematic review". *Environmental Sciences Europe*, 32, pp. 1-12.
- De La Calle, J. M. (2023). ¿"Green antitrust" bajo la nueva Guía Europea de Acuerdos Horizontales". *Ámbito Jurídico*. <https://www.ambitojuridico.com/noticias/columnista-impreso/green-antitrust-bajo-la-nueva-guia-europea-de-acuerdos-horizontales>
- Defensoría del Pueblo - Defensoría delegada para los Derechos Colectivos y del Ambiente (2023). *La libre competencia y su impacto en los derechos ciudadanos*. https://www.defensoria.gov.co/documents/20123/2658188/LIBRE_COMPETENCIA_DIGITAL.pdf
- Dutch Competition Authority [ACM] (22 may, 1997). New Rules for Economic Competition (Competition Act) [Act of 22 May 1997].
- Ecopetrol (2024). *El Grupo Ecopetrol registró la cifra más alta en producción de petróleo y gas*. https://www.ecopetrol.com.co/wps/portal/Home/es/noticias/detalleNoticias/!ut/p/z0/rY6xDsIgFEW_piOBUIN1NNUmOhjdWhbypGielrSA1f69xMHRye3cm-

- 5ObSwVtqLAW4gUiOgsm5VaUcs_LKt_O8gNbf0t23NQVr-cLzqqC7qj4LaQFvA6D-WFGhnI36FWmjlet19M7lp7pLgycPfsoYBKIDxqyLqBASfT3ide98dKTTIYKcZoVU-hYeJH0yWT4_HhBM5owWrUPuUtCWc8ejfO7S_ifYNLEZr3A!!/
- Enel (2023). *Enel Colombia suspende indefinidamente la construcción del Parque Eólico Windpeshi en La Guajira*. <https://www.enel.com.co/es/prensa/news/d202305-suspension-indefinida-windpeshi.html>
- Europe Union [EU] (2012). *Treaty on European Union and the Treaty on The Functioning of the European Union*. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A12012E%2FTXT>
- Facuse, A. & Goecke, S. (2021). *Sostenibilidad Y Competencia: Un Entendimiento Desafiante. Investigaciones CeCo*. <https://centrocompetencia.com/facuse-goecke-sostenibilidad-y-competencia-un-entendimiento-desafiante/>
- Gudz, T. (2017). "Financial Equilibrium as Basis for Enterprise's Sustainable Development: Economic and Mathematical Foundation". *Economics of EntErprisEs*. 5(37), pp. 51-56.
- Hermann, M., Pentek, T. & Otto, B. (2015). "Design Principles for Industry 4.0 Scenarios". *A Literature Review. 49th Hawaii International Conference on System Sciences (HICSS)*. 49, 3928-3937. <https://doi.org/10.13140/RG.2.2.29269.22248>.
- Izquierdo Arguello, O. (2020). *¿Por qué no necesariamente debería sancionarse una conducta investigada bajo la prohibición general del régimen de competencia?: Una propuesta basada en los bienes jurídicamente protegidos*. (Tesis de maestría). Universidad de Los Andes.
- Khemani, R. (2002). *Application of Competition Law: Exemptions and Exceptions*. New York and Geneva: United Nations.
- Klossterhuis, E. & Mulder, M. (2013). "Competition Law and Public Interests: The Dutch Agreement on Coal-Fired Power Plants". *Journal of Competition Law & Economics*, 11(4), pp. 855-880. <https://doi.org/10.1093/joclec/nhv017>
- Koc, T., Teker, S., (2019). "Industrial Revolutions and its effects on quality of life. *PressAcademia Procedia (PAP)*, V.9, pp. 304-311. <http://doi.org/10.17261/Pressacademia.2019.1109>
- Lachmann, W. (1999). *The Development Dimension of Competition Law And Policy*. United Nations Conference on Trade and Development. <https://digitallibrary.un.org/record/406905?ln=es&v=pdf>
- Lastra, Lastra, J. M. Rifkin, Jeremy, (2017). "La Tercera Revolución Industrial". *Boletín mexicano de derecho comparado*, 50 (150), pp. 1.457-1.462. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2017.150.11847>
- Lizcano, J., Castelló, E. (2004). *Rentabilidad Empresarial Rentabilidad Empresarial Propuesta Práctica De Análisis y Evaluación*. Cámaras de Comercio. Servicios de Estudios. https://www.camara.es/sites/default/files/publicaciones/rentab_emp.pdf
- Lock, W., Paulson, B., Demine, V. (2019). "La ventaja ESG". *Global Equity Observer* https://www.morganstanley.com/im/publication/insights/investment-insights/ii_theesgadvan tage_es.pdf
- Meadows, D. H., Meadows, D.L., Randers, J. & Behrens III, W.W. (1972) *The limits to growth: A report for the club of rome's project on the predicament of mankind*. Universe Books.
- Mensah, J. (2019). "Sustainable development: Meaning, history, principles, pillars, and implications for human action". *Literature review. Cogent Social Sciences*, 5(1), pp. 1-21. <https://doi.org/10.1080/23311886.2019.1653531>.

- Mohammed, M. (2018). "Challenges and Benefits of Industry 4.0: An overview". *International Journal of Supply and Operations Management*. 5(3), pp. 256-265. <https://dx.doi.org/10.22034/2018.3.7>.
- Navarrete, Villalba. J. C. (2017). "Efectos de la Cuarta Revolución Industrial en el Derecho". *Revista Facultad de Jurisprudencia RFJ*, 1 (2), pp. 79-98. <https://doi.org/10.26807/rfj.v1i2.19>
- Noviello, I. & Tey, S. (2021). *Green Agreement in the Electricity Market: An ex-post evaluation of the 2013 Dutch Coal Power Plants Closure Agreement*. (Tesis de maestría). Barcelona School of Economics.
- 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
- Organización de las Naciones Unidas [ONU] (1973). *Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano*, Estocolmo, 5 a 16 de junio de 1972 (A/CONF.48/14/Rev.1).
- Perasso, V. (2016, 16 de octubre). "Qué es la cuarta revolución industrial (y por qué debería preocuparnos)". *BBC News*. <https://www.bbc.com/mundo/noticias-37631834>
- Presidencia de la República de Colombia (julio 22 de 2022). *Por el cual se reglamenta el uso de la publicidad alusiva a cualidades, características o atributos ambientales de los productos*. [Decreto 1369 de 2022].
- Resico, M. (2010). *Introducción a la Economía Social de Mercado*. Konrad Adenauer Stiftung.
- Rifkin, J. (2011). *The third industrial revolution: how lateral power is transforming energy, the economy, and the world*. Macmillan.
- Robertson, V. (marzo 1 de 2022). *The World's First Green Antitrust Provision Shows that Climate Action is the Newest Antitrust Frontier*. PROMARKET. <https://www.promarket.org/2022/03/10/the-worlds-first-green-antitrust-provision-shows-that-climate-action-is-the-newest-antitrust-frontier/>
- Rosado, Millán, M. J. & García, García, F. (2018). *Hacia un feminismo del punto medio: nueva teoría para la igualdad de género*. Fundación iS+D para la Investigación Social Avanzada
- Sánchez Jiménez, V. (2015). "La redefinición del papel de la empresa en la sociedad". *Barataria. Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales*, (20), 129-145. <https://www.redalyc.org/pdf/3221/322142550008.pdf>
- Sarmiento Rodríguez, N. (2024). "Nueva gobernanza empresarial: criterios ESG y *blockchain*". *Revista e-mercatoria*. 23(1), 187-204. <https://doi.org/10.18601/16923960.v23n1.07>.
- Schinkel, M. P., & Treuren, L. (2021). "Green Antitrust: Friendly Fire in the Fight against Climate Change". In S. Holmes, D. Middelschulte, & M. Snoep (Eds.), *Competition Law, Climate Change & Environmental Sustainability* (pp. 69-90). Concurrences.
- Schwab, K. (2016). *La cuarta revolución industrial*. (Trad. Portafolio) [The fourth industrial revolution]. Penguin Random House Grupo Editorial.
- Sohn, L.B. (1973). "The Stockholm Declaration on the Human Environment". *The Harvard International Law Journal*, 14(3), pp. 423-515. https://wedocs.unep.org/bitstream/handle/20.500.11822/28247/Stkhm_DcltnHE.pdf

- Tole Martínez, J. (2019). Introducción. En J. Tole Martínez (Ed.), *Desafíos para la regulación de los derechos humanos y las empresas: ¿Cómo lograr proteger, respetar y remediar?* (pp. 15-20). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Van Der Veer, J. P. (2015). *Valuing Sustainability? The ACM's analysis of "Chicken for Tomorrow" under Art. 101(3)*. <https://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2015/02/18/valuing-sustainability-the-acms-analysis-of-chicken-for-tomorrow-under-art-1013/>
- Zenghelis, D., Agarwala, M., Coyle, D., Felici, M., Lu, S., and J. Wdowin (2020). 'Valuing Wealth, Building Prosperity.' Wealth Economy Project first year report to LetterOne. <https://www.bennettinstitute.cam.ac.uk/publications/valuing-wealth-building-prosperity/>