

# SOSTENIBILIDAD Y DERECHO DE LA COMPETENCIA: UNA APROXIMACIÓN A LOS BENEFICIOS DE SOSTENIBILIDAD EN LOS ACUERDOS ENTRE EMPRESAS

## SUSTAINABILITY AND COMPETITION LAW: AN APPROACH TO SUSTAINABILITY BENEFITS IN AGREEMENTS BETWEEN UNDERTAKINGS

Sílvia GÓMEZ TRINIDAD\*

### RESUMEN

El objetivo de la sostenibilidad económica pasa por el análisis concurrencial de las conductas de sostenibilidad. Los problemas para abordar este análisis pasan por su admisibilidad a nivel legislativo y por su cuantificación. El presente artículo revisará el estado de la cuestión.

**Palabras clave:** Beneficios de sostenibilidad, cuantificación de beneficios, derecho de la competencia, autoridades de competencia.

### ABSTRACT

The conducts under the umbrella of economic sustainability require a Competition Law analysis. The problems in tackling this analysis are its acceptability at a legislative level and the methods for quantifying these benefits. This article reviews the state of the art.

**Keywords:** Sustainability benefits, benefits' quantification, Competition Law, Competition Authorities.

**SUMARIO:** I.PRELIMINAR. — II. PROPUESTAS DE ANÁLISIS ECONÓMICO DE LOS BENEFICIOS DE SOSTENIBILIDAD EN EL DERECHO DE LA COMPETENCIA. — 1. La problemática existente en torno a la cuantificación económica de los acuerdos de sostenibilidad. — 2. Acercamiento a los beneficios de sostenibilidad considerados como eficiencias fuera del mercado o *out-of-market efficiencies* en el análisis concurrencial. — III. LA REGULACIÓN NORMATIVA DE LOS ACUERDOS DE SOSTENIBILIDAD EN EL DERECHO DE LA UNIÓN. — 1. Aproximación al análisis de la normativa concurrencial bajo el prisma de la sostenibilidad. — 1.1. *Acercamiento tradicional de análisis a conductas con elemen-*

---

\* Profesora Agregada SH de Derecho Mercantil. Universitat de Barcelona. Dirección electrónica [sgomez@ub.edu](mailto:sgomez@ub.edu) Artículo incardinado en el módulo Jean Monnet SIPR-COMP con estancia de investigación en el MPI Hamburg.

*tos de sostenibilidad. — 1.2. Algunos aspectos de la reforma del Derecho de la Competencia de la Unión para la valoración de los acuerdos de sostenibilidad. — 1.2.1 La Comunicación de la Comisión relativa a la definición del mercado de referencia. — 1.2.2 Las Directrices sobre acuerdos horizontales de cooperación: los acuerdos de sostenibilidad. — IV. LA POSICIÓN DEL BUNDESKARTELLAMT Y DE LA CNMC PARA ABORDAR LOS ACUERDOS DE SOSTENIBILIDAD. — 1. La legislación antimonopolio alemana, el beneficio de sostenibilidad y la función del Bundeskartellamt. — 2. La legislación española de defensa de la competencia, los acuerdos de sostenibilidad y la función de la CNMC. — V. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS DE ACERCAMIENTO A ESTA PROBLEMÁTICA. — VI. BIBLIOGRAFÍA.*

**CONTENTS: I. INTRODUCTION. — II. PROPOSALS FOR THE ECONOMIC ANALYSIS OF SUSTAINABILITY BENEFITS IN COMPETITION LAW. — 1. Existing problems in the economic quantification of sustainability agreements. — 2. Approaches to sustainability benefits considered as out-of-market efficiencies in the competition analysis. — III. THE REGULATION OF SUSTAINABILITY AGREEMENTS UNDER EUROPEAN UNION LAW. — 1. Traditional analysis of conducts with sustainability elements. — 1.2. Some references on the reform of EU Competition Law for the assessment of sustainability agreements. — 1.2.1 The Commission Notice on the definition of the relevant market. — 1.2.2 The EU Guidelines to horizontal cooperation agreements: sustainability agreements. — IV. THE POSITION OF THE BUNDESKARTELLAMT AND THE CNMC ON SUSTAINABILITY AGREEMENTS. — 1. German antitrust law, the sustainability benefit and the role of the Bundeskartellamt. — 2. Spanish Competition Law, sustainability agreements and the role of the CNMC. — V. CONCLUSIONS AND FINAL PROPOSALS. — VI. BIBLIOGRAPHY.**

## I. PRELIMINAR

El artículo que se presenta tiene por objeto revisar el papel del Derecho de defensa de la competencia en la valoración de conductas vinculadas al desarrollo sostenible de la economía. El artículo abordará la evolución y las aproximaciones efectuadas hasta el momento en torno a la posible cuantificación económica de los beneficios de sostenibilidad en el análisis concurrencial. Seguidamente revisaremos desde una perspectiva de derecho comparado, el alcance de los elementos de sostenibilidad en la legislación de derecho concurrencial y cuál ha sido la aproximación dada desde la práctica decisoria de las autoridades de competencia hasta el momento. Finalizaremos con unas reflexiones que nos deberían permitir hacer una primera valoración sobre cuál debería ser el papel del Derecho de la competencia ante este nuevo paradigma.

## II. PROPUESTAS DE ANÁLISIS ECONÓMICO DE LOS BENEFICIOS DE SOSTENIBILIDAD EN EL DERECHO DE LA COMPETENCIA

### 1. La problemática existente en torno a la cuantificación económica de los acuerdos de sostenibilidad

El Derecho de Defensa de la Competencia es un derecho del mercado. Nos hallamos ante una disciplina en la que la problemática en torno al análisis de los beneficios de la sostenibilidad tiene diversas causas en origen. Una de ellas parte de la inexistencia de un consenso en torno al concepto de sostenibilidad<sup>1</sup>. Si nos aproximamos al concepto de sostenibilidad desde el funcionamiento del

<sup>1</sup> El informe de la OECD (2020), *Sustainability and Competition, OECD Competition Committee Discussion Paper*, <http://www.oecd.org/daf/competition/sustainability-and-competition-2020.pdf>. [consultado en septiembre de 2024] afirma que el desarrollo de la sostenibilidad se integra por tres variables, a saber, medioambiental, social y económica. El informe reconoce que una economía sostenible conlleva el equilibrio de esas tres variables, equilibrio que permitiría promover una economía que preserve el medioambiente y el crecimiento económico y social. Lo anterior incluiría alcanzar los objetivos de sostenibilidad también desde el ámbito concurrencial.

mercado y las normas de competencia, hay un cierto consenso en que los beneficios medioambientales en la producción y distribución de los bienes llevarían a calificar esos procesos industriales como sostenibles. Ese desarrollo económico sostenible pasaría por un análisis concurrencial basado en la innovación tecnológica y su impacto en el denominado bienestar del consumidor a pesar de posibles restricciones en el mercado. De este modo, se puede delimitar el análisis concurrencial en torno a la «sostenibilidad» de una conducta en la generación de la misma de eficiencias en el mercado y afrontar desde nuevos paradigmas su impacto en el bienestar del consumidor, incluyendo en el análisis las eficiencias fuera del mercado. Otra de las causas parte de la dificultad del análisis económico de los beneficios de sostenibilidad<sup>2</sup>. En este sentido, los estudios realizados por la OCDE representan el punto de partida de algunos análisis de conductas con elementos de sostenibilidad principalmente medioambiental, a nivel económico y, asimismo, de la revisión legislativa vigente en el momento de su elaboración en el marco concurrencial<sup>3</sup>.

Diversos autores han planteado la evolución en el análisis concurrencial de los acuerdos de sostenibilidad por parte de las autoridades de competencia (en adelante, AC) y cómo abordar los beneficios de sostenibilidad. KINGSTON ha descrito la evolución de los cambios en las políticas medioambientales y económicas llevadas a cabo desde la UE que han generado un diferente acercamiento en el análisis concurrencial de las operaciones empresariales con elementos de sostenibilidad<sup>4</sup>. La autora reconoce que desde la perspectiva de análisis del 101.3TFUE, la postura de la Comisión Europea en los años 2000, pasaba por declarar única-

---

<sup>2</sup> La mayor parte de los estudios económicos que han analizado los beneficios de sostenibilidad provienen del análisis de las diferentes posiciones adoptadas bien en materia de política legislativa, bien mediante guías de AC y de informes de diversas organizaciones internacionales.

<sup>3</sup> En particular, hacemos referencia a los informes *Sustainability and Competition* de 2020 OECD (2020), *Sustainability and Competition* ... cit ut supra. Téngase presente que con anterioridad, la OCDE se había manifestado en informes derivados de mesas redondas de debate en torno a la relación entre sostenibilidad y competencia como el OECD (2011), «*Horizontal Agreements in the Environmental Context: Key findings, summary and notes*», *OECD Roundtables on Competition Policy Papers*, No. 120, OECD Publishing, Paris, <https://doi.org/10.1787/c788a7fb-en>. [consulta efectuada en octubre de 2024] en el que únicamente se reconocía el análisis concurrencial por las autoridades de competencia de aquellos acuerdos entre competidores que perseguían políticas medioambientales, si se podían analizar bajo criterios económicos tradicionales de análisis. Este análisis versaba sobre la cuantificación de beneficios económicos directos, sin valorar los beneficios indirectos o medioambientales. Como veremos a lo largo del presente artículo, los informes de la OCDE recogen un cambio sustancial sobre la admisión de otras perspectivas de análisis de los beneficios de sostenibilidad a lo largo de estos últimos años a raíz de la implementación de los ODS, el informe *OECD (2023), Out-of-Market Efficiencies in Competition Enforcement, OECD Competition Policy Roundtable Background Note*, <http://www.oecd.org/daf/competition/out-of-market-efficiencies-in-competition-enforcement-2023.pdf>. [consulta efectuada en septiembre de 2024]. Todos estos informes valoran propuestas normativas o estudios económicos que se aproximan a cómo afrontar la evaluación del objetivo de sostenibilidad por las diferentes jurisdicciones y el papel de las AC. A pesar de que se puede afirmar que no hay un consenso claro desde la literatura económica sobre cómo afrontar este reto, se han ido delimitando diversos posibles métodos de cuantificación de los beneficios de sostenibilidad.

<sup>4</sup> KINGSTON (2024) págs.142-147. A tenor de la autora, los principales cambios que han generado este viraje son la premura en el cambio climático de nuestro planeta y la modificación del tradicional rol en el sector público y privado en la regulación de medidas medioambientales y su cumplimiento. Esta evolución queda reflejada en las regulaciones que afectan a las sociedades mercantiles y, en particular, las Directivas de diligencia debida, la Directiva sobre responsabilidad social corporativa y los desarrollos en las técnicas de cuantificación de los beneficios medioambientales. *Vid.* en este sentido la opinión de la academia alemana, representada por FLEISCHER (2024) que analiza, diversos planteamientos a nivel académico y doctrinal que estudian, entre otros debates, el impacto de las normas de sostenibilidad en principios fundacionales del derecho de sociedades como el concepto de interés social en sociedades mercantiles o el alcance de la responsabilidad del órgano de administración en un contexto de transición ecológica global

mente aplicable su exención a acuerdos que generaban eficiencias objetivas a raíz de la integración empresarial o si se mantenían efectos pro-competitivos, como por ejemplo la mejora en la calidad del producto, la innovación del insumo o la prueba de un beneficio considerable para el consumidor<sup>5</sup>. Una vez superado este acercamiento, actualmente, la cuestión más debatida en este ámbito pasa por cómo cuantificar económicamente el «valor sostenibilidad». El debate se centra en si es posible esa cuantificación a través de parámetros de análisis económicos tradicionales, valorando únicamente eficiencias directas, o bien si esa cuantificación puede efectuarse mediante la inclusión de eficiencias generadas fuera del mercado. La relación coste-beneficio del insumo o procedimiento coordinado, parece insuficiente para cuantificar cualquier tipo de beneficio derivado de los hacen que, según la autora, que acuerdos de sostenibilidad<sup>6</sup>. Tal y como recoge KINGSTON los beneficios medioambientales de un producto o proceso industrial se incorporan en la calidad del mismo y, este elemento es susceptible de ser percibido y valorado por los consumidores y, por tanto, pueden adquirir u optar por ese producto medioambientalmente sostenible<sup>7</sup>. Con este tenor sería válido mantener el análisis concurrencial tradicional respecto de esos beneficios.

En opinión de VAN DER ZEE<sup>8</sup>, a pesar de que diversas AC han incluido métodos económicos diversos en el análisis de conductas que incorporen elementos de sostenibilidad, estos pueden no ser suficientemente válidos, por el único enfoque económico de los mismos, ante la falta de consideración de parámetros no económicos<sup>9</sup>. Si únicamente se puede cuantificar el bienestar del consumidor como ser humano, quedarían fuera de valoración (y entendemos como externalidad positiva del acuerdo de sostenibilidad) aquello que afecte al medioambiente en general, por ejemplo, o al incremento de estándares de vida o salud de futuras generaciones. Estos beneficios únicamente serían cuantificables si se valorase por la población. A tenor de la autora estos beneficios quedarían fuera de una posible valoración económica ante esa ausencia de concesión de valor desde una perspectiva económica. Junto con estos elementos la existencia de errores

<sup>5</sup> KINGSTON (2024) págs. 141-142.

<sup>6</sup> La literatura científica consultada abre la opción a esa posible cuantificación, si bien en la mayor parte de casos (dejando al margen la innovación técnica del producto que pasaría por el tradicional análisis coste-beneficio) se traslada al impacto cuantitativo en el bienestar del consumidor.

<sup>7</sup> KINGSTON (2024) pág. 148. La autora considera que la evolución en las técnicas de cuantificación económica en el ámbito medioambiental, permiten dar valor económico a estos beneficios, citando los métodos propuestos por las autoridades holandesa y griega como plausibles valorar cuantitativamente el producto sostenible. Debido a la extensión del presente artículo, no entraremos a valorar a pesar de haber sido determinantes para estudios económicos e informes de autoridades posteriores, las propuestas de métodos de valoración económica hecha por las autoridades helena y neerlandesa, obrantes en su guía, «*Technical Report on Sustainability and Competition*» en enero de 2021 que desde la perspectiva del beneficio para el bienestar del consumidor han planteado algunos elementos de valor para su cuantificación. *Vid.* respecto de la autoridad holandesa de competencia, el documento: *Autoriteit Consument and Markt: "Guidelines Sustainability agreements. Opportunities within competition law."* Y el documento conjunto de la *Hellenic Competition Commission (HCC)* y *The Netherlands Authority for consumers and markets (ACM)*, «*Technical Report on Sustainability and Competition*» January 2021.

<sup>8</sup> VAN DER ZEE (2024) págs. 412-425. En el artículo, la autora plantea que el denominado bienestar del consumidor no necesariamente pasa por una cuantificación económica del mismo, sino que podrían valorarse otros elementos psicológicos, pero en mayor medida, filosóficos para poder otorgar una mayor certeza y evitar fallos en encuestas o cuestionarios presentados para valorar los beneficios de sostenibilidad.

<sup>9</sup> *Vid.* VAN DER ZEE (2024) págs. 418 a 420. La perspectiva a corto plazo del beneficio también es un elemento a tener en cuenta según la autora que ratifica el limitado valor de los sistemas de cuantificación económicos tradicionales. En su opinión, los errores de información pueden ir desde la inconsistencia en la elección del producto de forma tanto más consciente como inconsciente, hasta la falta de confianza en las marcas de sostenibilidad o las certificaciones.

en la información proporcionada o, en la toma de decisión de los consumidores hacen que, según la autora, los tradicionales métodos económicos de valoración de eficiencias decaigan en el ámbito de la sostenibilidad<sup>10</sup>.

Economistas como INDERST y THOMAS<sup>11</sup> han planteado en diversos estudios<sup>12</sup> el debate económico existente. Los autores plantean algunas posibles formas de valoración de aquellos acuerdos de cooperación horizontal que pueden incorporar restricciones potenciales o una disminución de la competencia. Los autores analizan el alcance de la denominada *voluntad de pagar reflexiva* (*reflective willingness to pay*) más que la *disponibilidad o voluntad de pagar* (WTP) de los consumidores para medir los beneficios de sostenibilidad de un acuerdo que puede incorporar elementos restrictivos de la competencia<sup>13</sup>. Con este acercamiento el análisis de los beneficios de sostenibilidad se aproxima al grado de información y tipo de información que se entrega al consumidor del producto sostenible, cuando la exención de la restricción contenida en el acuerdo se fundamenta en su impacto en el bienestar del consumidor. Los autores afrontan el WTP del consumidor bajo la premisa de que la restricción y el beneficio de sostenibilidad afectan al consumidor incluido en el mercado relevante. En este contexto se cuestiona la valoración y cuantificación de las externalidades positivas del acuerdo<sup>14</sup>. Los autores proponen distintas técnicas para formular encuestas de valoración de preferencias de los consumidores a los efectos de evitar errores o sesgos. En todo caso, siempre pueden existir límites en el análisis de este tipo de beneficios teniendo presente el método WTP del consumidor y por ello se afirma la necesidad de llevar a cabo un análisis contrafactual al mismo tiempo —que igualmente puede variar dependiendo del contexto del producto y el interés del consumidor—, que permita atender otros factores tales como, el grado de introducción del producto sostenible en el mercado y el tipo y la cantidad de información que puede tener el consumidor. En suma, los autores proponen un cambio de paradigma en el WTP del consumidor, teniendo presentes los retos que implican los beneficios de sostenibilidad y los límites que toda elección

<sup>10</sup> Es por ello que VAN DER ZEE (2024) págs. 424-425 plantea un acercamiento más filosófico a la valoración de los beneficios de sostenibilidad *vid.* VAN DER ZEE.

<sup>11</sup> INDERST – THOMAS (2021) págs.705-709.

<sup>12</sup> Para un mayor desarrollo *vid.* INDERST – THOMAS (2021): «The scope and limitations of incorporating externalities in Competition Analysis within a Consumer welfare approach».

<sup>13</sup> INDERST – THOMAS (2021) el estudio analiza la restricción concurrencial y el posible beneficio con impacto en el bienestar del consumidor. Los autores introducen como métrica la voluntad de pagar por un producto, y la necesidad de pasar del WTP a la denominada opción reflexiva del WTP. Ese carácter reflexivo abarca el tipo de información que conoce el consumidor. Asimismo, los autores plantean que cuando se alcanza un patrón de conducta que genera homogeneidad en la elección del consumidor y permite definir las preferencias actuales —asumiendo que el consumidor se encuentra debidamente informado— se puede pautar la voluntad de pagar e incluso, como indica el artículo, delimitar las características del producto. El patrón permite cuantificar el bienestar del consumidor a nivel individual, para posteriormente trasladarlo a nivel colectivo.

<sup>14</sup> INDERST – THOMAS (2021) págs.706-707. Los autores abogan por considerar que los beneficios de sostenibilidad se caracterizan por el denominado valor de no-uso, por cuanto pueden carecer de un impacto directo en los consumidores que adquieren el producto sostenible. En todo caso se plantean diferentes técnicas estadísticas y/o económicas para conocer de una manera más realista las preferencias del consumidor en relación con productos sostenibles/ecológicos que ya se encuentran en el mercado, y aquellos que todavía deben entrar en el mercado a los efectos de valorar esa voluntad de pagar más por el producto en cuestión. Para nuevos productos, el uso de una descripción detallada de los mismos o el denominado «*bidding game*» con incrementos de precios progresivos a los efectos de determinar la elección son técnicas válidas para valorar esas preferencias. Estos elementos se han tenido presentes en el estudio económico conjunto elaborado por la AC helena y neerlandesa anteriormente citados. La Comisión Europea reconoce el valor de no-uso y vincula los beneficios colectivos del acuerdo de sostenibilidad restrictivo al mismo.

lleva inherente<sup>15</sup> (por cuanto la elección siempre puede variar dentro del mismo grupo de consumidores, en el mismo mercado y para el mismo producto). Así mismo, los autores mantienen que, si se aboga por una elección de política económica que valore la sostenibilidad como un objetivo global a nivel social, el WTP sería válido sin que ello comporte una ruptura con la clásica concepción del impacto en el análisis del bienestar del consumidor

Como es de ver y, como en todo análisis económico, se parten de diversas asunciones para alcanzar unas conclusiones aplicando un método más o menos fiable de cuantificación. En este sentido el consenso es claro entre los distintos autores citados y en los documentos de trabajo de los organismos referenciados: Una inadecuada medición de los parámetros de un acuerdo de sostenibilidad comportará a un error en la valoración. Ese error podrá venir dado tanto por el examen que se haga por una AC o por un órgano judicial de aquellas declaraciones de sostenibilidad que aporten las empresas y, que podrían conllevar, con su aceptación un fallo en el mercado. De ahí la necesidad de llegar a un acuerdo en torno a los parámetros que permitan cuantificar los beneficios de sostenibilidad.

## **2. Acercamiento a los beneficios de sostenibilidad considerados como eficiencias fuera del mercado o *out-of-market efficiencies* en el análisis concurrencial.**

Los acuerdos entre empresas que contengan elementos de sostenibilidad pueden generar restricciones en el mercado. Ello no obstante, esos mismos acuerdos restrictivos pueden originar eficiencias positivas bajo los parámetros de sostenibilidad. El documento de la OCDE «*Out-of-market efficiencies in Competition enforcement, OCDE competition Policy Roundtable Background Note*»<sup>16</sup> define las eficiencias positivas fuera de mercado o *out-of-market (OOM) efficiencies*, como «(...) cualquier aspecto beneficioso que derive de una conducta anticompetitiva o de una concentración que podría perjudicar a la competencia. Esto incluye las eficiencias que mejoran la rivalidad, que contrarrestan los efectos anticompetitivos (especialmente los de una fusión), así como los “beneficios para el consumidor (u otros)”, que no surgen de sus efectos sobre la competencia y que compensan, en lugar de contrarrestar, los efectos anticompetitivos.»<sup>17</sup> Y en este sentido se definen como fuera del mercado aquellas eficiencias que «[...] surgen en un mercado distinto del mercado en el que se determina que se produce el daño anticompetitivo»<sup>18</sup>. Atendiendo a estas definiciones, los beneficios de sostenibilidad también se podrían incluir dentro de las denominadas eficiencias fuera de mercado. En este estudio los beneficios de sostenibilidad podrían considerarse válidos en el contexto del análisis concurrencial si se genera algún tipo de eficiencia que pueda abarcar desde aspectos de innovación del insumo hasta alcanzar un mayor grado de bienestar en el consumidor<sup>19</sup>.

<sup>15</sup> INDERST – THOMAS (2021) págs. 708-709 reconocen que a pesar de que los beneficios de sostenibilidad puedan implicar una mejora para un colectivo por ejemplo, el análisis concurrencial debe fundamentarse en la elección subjetiva del consumidor como tal, e individualmente, considerado y partir de ahí, crear un parámetro extensible al resto de consumidores.

<sup>16</sup> Informe *cit. ut supra*.

<sup>17</sup> En el informe *Out-off-market efficiencies... cit. ut supra* pág. 9.

<sup>18</sup> En el informe *Out-off-market efficiencies... cit. ut supra* pág. 9.

<sup>19</sup> *Vid.* análisis del estándar del bienestar del consumidor, informe *Out-off-market efficiencies... cit ut supra*, pág. 11, no es objeto de estudio en el presente artículo, pero diversos autores han cuestionado la aproxi-

Como es bien sabido, la revisión de los efectos de las conductas en el mercado es común en el análisis concurrencial. En situaciones de abuso de posición de dominio, por ejemplo, o en acuerdos entre empresas con restricciones verticales, las AC contemplan los efectos de las conductas en mercados ascendentes o descendentes del mercado afectado, e incluso en mercados conexos o accesorios<sup>20</sup>. El análisis comporta el estudio de los efectos perniciosos o anticompetitivos de la conducta y se cuantifican en el mercado en términos económicos<sup>21</sup>. En acuerdos de cooperación horizontal o en el examen de algunos tipos de operaciones de concentración, esa valoración parece más compleja. Ello es así por cuanto nos hallamos ante empresas que operan en el mismo mercado y, este hecho comporta, por definición una posible reducción de la competencia a través de acuerdos entre competidores y/o una probable disminución de los operadores existentes en el mercado.

El documento citado plantea cómo valorar los beneficios de sostenibilidad considerándolos como eficiencias positivas fuera del mercado<sup>22</sup> a los efectos de justificar una autorización de conductas que *per se* puedan generar un perjuicio a la competencia. La OCDE plantea que, ello es posible si las opciones legislativas admiten este tipo de beneficios, si se determina como las AC pueden valorar las eficiencias medioambientales o si se fijan los límites en su valoración. El documento incide en que una vez identificados los operadores que se pueden ver beneficiados por esa eficiencia, es necesario determinar a lo largo de qué período se conseguiría ese beneficio y como cuantificarlo frente aquellos que se podrían ver perjudicados por la conducta de admitirse esa eficiencia. No obstante, actualmente ante la ausencia de suficiente evidencia empírica, no permite marcar un patrón común de evaluación de estos beneficios. La admisión, como eficiencias fuera de mercado<sup>23</sup> de los beneficios de sostenibilidad debería conllevar su admisibilidad por la legislación concurrencial y, además, la determinación del método económico para su valoración, los elementos que pueden justificar ese análisis y su cuantificación para considerar las externalidades positivas fuera del mercado. Un acercamiento a través de una opción de política legislativa clara, como la adoptada por la Comisión Europea, puede clarificar el alcance del análisis concurrencial en el ámbito de la sostenibilidad.

---

mación tradicional al concepto del bienestar del consumidor y su relación con los beneficios de sostenibilidad. Las diversas propuestas pasan por considerar que se conseguiría un estándar si el beneficio afecta a todos los consumidores de un mercado concreto, sólo a una parte de ellos en ese mismo mercado (los que reciben el beneficio) o se valora el beneficio a consumidores de mercados conexos, pudiendo llegar a aprobarse una conducta con un efecto dañino en el mercado, por valorar esas eficiencias fuera del mercado afectado.

<sup>20</sup> Vid. STJUE ya clásicas como STJCEE Consten S.à.R.L. - Grundig-Verkaufs-GmbH v CEE, asuntos 56 and 58/64 de 13 de julio de 1966 o STJCEE Hugin v CEE, asunto 22/78 de 31 de mayo de 1979. En situaciones de abuso de posición de dominio, por ejemplo, se evalúan los efectos que la conducta puede tener en diferentes grupos de consumidores atendiendo a los mercados afectados. Este análisis económico es un análisis tradicional respecto a una posible conducta anticoncurrencial.

<sup>21</sup> Vid. el informe *Out-off-market efficiencies...* op. cit ut supra pág. 12.

<sup>22</sup> Los argumentos a favor y los contrarios a utilizar las OOMs de sostenibilidad en el análisis concurrencial son diversos, vid pág 4 y ss. del documento citado. Los argumentos que niegan su validez en el análisis concurrencial van desde aducir la quiebra de principios generales del Derecho de defensa de la competencia —a más laxitud en las exenciones, mayor riesgo de daño en el mercado—, así como por las dificultades en el análisis de esos efectos por las AC o los tribunales que podrían conllevar a resultados erróneos aprobando conductas y concentraciones empresariales que dañen el mercado. Los argumentos positivos pasan por plantear que ciertas jurisdicciones reconocen las eficiencias positivas fuera de mercado en el análisis de sostenibilidad, a pesar de los problemas que su asunción comporta. De ahí que se lleve como a última consecuencia, que exista un cierto debate sobre la legitimidad de las AC para evaluar desde un punto de vista concurrencial, los acuerdos de sostenibilidad, págs. 28 a 30 del informe citado.

<sup>23</sup> Págs. 20 a 23 del informe cit ut supra.

### III. LA REGULACIÓN NORMATIVA DE LOS ACUERDOS DE SOSTENIBILIDAD EN EL DERECHO DE LA UNIÓN.

#### 1. Aproximación al análisis de la normativa concurrencial bajo el prisma de la sostenibilidad.

##### 1.1. *Acercamiento tradicional de análisis a conductas con elementos de sostenibilidad*

La Comisión Europea ha sancionado conductas entre empresas, examinado operaciones de concentración y ayudas de estado con componentes de sostenibilidad medioambiental, calificable como un acercamiento estricto al concepto de sostenibilidad.<sup>24</sup> Se puede afirmar que todos aquellos acuerdos entre empresas que afecten a parámetros diversos como el precio, la calidad, la cantidad o la innovación de un insumo se incardinan dentro del análisis tradicional concurrencial. La implementación de los ODS y, en particular, la sostenibilidad medioambiental o de economía circular han generado un replanteamiento de cómo afrontar el análisis de acuerdos celebrados entre empresas o en concentraciones a la luz de la normativa concurrencial. A continuación, veremos cómo la UE ha introducido, por el momento, los beneficios de sostenibilidad desde un punto de vista normativo las opciones de valoración desde el análisis concurrencial.

##### 1.2. *Algunos aspectos de la reforma del Derecho de la Competencia de la Unión para la valoración de los acuerdos de sostenibilidad.*

Actualmente, los cambios normativos habidos en la UE, parecen mostrar expresamente otras formas de evaluación de conductas acercándose a valorar acuerdos vinculados a sostenibilidad o a las eficiencias que dichos acuerdos generen en materia de sostenibilidad. El legislador europeo no ha abordado este cambio mediante una modificación de los Tratados constitutivos<sup>25</sup>, sino que ha llevado a cabo la incorporación de los beneficios de sostenibilidad mediante instrumentos de derecho derivado<sup>26</sup>. En el presente estudio nos limitaremos a

<sup>24</sup> Por ejemplo, el análisis de conductas se ha fundamentado en los criterios de aplicación del art. 101.1 TFUE, sancionado cárteles que implicaban la fijación de precios de los productos y la limitación del desarrollo tecnológico para la protección del medioambiente (asunto camiones, AT.39824 — Camiones de 16.07.2016); el intercambio de información sensible entre competidores con el objeto de pactar las características y medidas de productos para retardar la aplicación de medidas tecnológicas con impacto medioambiental en vehículo (asunto Addblue AT.40178 – Emisiones coches de 8.07.2021), y, en el sector energético, se han sancionado conductas de abuso de posición de dominio bajo el 102TFUE en acuerdos de suministro de gas (asunto Gazprom AT.39816 - Gazprom de 11. 07.2018) o se han adoptado decisiones con compromisos para dar acceso a operadores en redes de entidades públicas que detentaban monopolios en sectores concretos como el energético (asunto mercado griego de electricidad AT.38700 - Electricidad en el mercado griego de 2.08.2022). *Vid.* HOLMES, SIMON (2024) págs. 140-153 sobre diferentes formas de actuación de la Comisión Europea ante los acuerdos de sostenibilidad.

<sup>25</sup> Baste recordar que esta modificación no se hizo antaño con la reforma introducida en el proceso de modernización en la aplicación de las normas de competencia y que ello se ejecutó mediante un reglamento, el Reglamento 1/2003. En consecuencia, tampoco cabría esperar una modificación de los preceptos constitucionales de la UE cuando hay otros medios para incluir pautas de análisis de acuerdos o conductas vinculados a sostenibilidad.

<sup>26</sup> En este sentido, la Unión Europea en materia concurrencial no ha abogado por una exclusión directa de la prohibición del art. 101.1TFUE en materia de sostenibilidad a pesar de poder hallar cierto fundamento jurídico en jurisprudencia del TJUE. En diversa jurisprudencia del TJUE queda excluido del análisis del 101.1TFUE el acuerdo restrictivo cuando es necesario para alcanzar la medida carente de finalidad económica, como en

revisar las dos últimas modificaciones normativas habidas en Derecho europeo de defensa de la competencia<sup>27</sup> que nos pueden aportar algunas clarificaciones acerca de la valoración de los acuerdos de sostenibilidad o a conductas con elementos de sostenibilidad en el mercado<sup>28</sup>. Este acercamiento lo hallamos, por ejemplo, tanto en la Comunicación sobre el mercado relevante de 2024, como en las Directrices de la Comisión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal de 2023<sup>29</sup>.

### 1.2.1. La Comunicación de la Comisión relativa a la definición del mercado de referencia.

La Comunicación de la Comisión Europea relativa a la definición de mercado de referencia<sup>30</sup> de 2024 es un instrumento de *soft-law* en el que aparece el concepto sostenibilidad como un elemento más para delimitar el mercado de referencia de un producto o servicio previo al análisis de competencia. Varios puntos de la Comunicación incorporan nuevos elementos que dan paso a la evaluación del factor sostenibilidad para su definición. En este sentido, el punto 3 de su introducción señala: «la política de competencia puede contribuir a prevenir la dependencia excesiva y a aumentar la resiliencia de la economía de la Unión al posibilitar cadenas de suministro fuertes y diversificadas, y puede completar

---

relación con los estatutos de los colegios profesionales, en STJUE Wouters C-309/99, la no aplicación en sistemas concretos de control del dopaje como en los deportes en STJUE Meca Medina C-519/ 04P , o en el ámbito laboral en STJUE Albany C-67/96, donde se excluyó del análisis concurrencial un sistema de remuneración de los trabajadores, buscando el equilibrio entre objetivos diversos de derecho primario de la Unión en el ámbito laboral y derecho de la competencia. *Vid.* comentarios de MAILLO GONZÁLEZ-ORÚS págs. 337-359 donde se revisa la posibilidad de priorización de acuerdos de sostenibilidad atendiendo a la jurisprudencia del TJUE. La posibilidad de exclusión del análisis concurrencial fundamentadas en la jurisprudencia del TJUE se han considerado por el *Bundeskartellamt*, *vid.* apartado IV del presente artículo. Como veremos a lo largo de este texto, la Comisión ha optado por un sistema de exenciones coherente bajo el paraguas del art.101.3TFUE, en particular, respecto a los acuerdos de sostenibilidad. Partiendo de este contexto, en nuestra opinión, abordar los retos de sostenibilidad por parte de la norma concurrencial, pasan por el nudo gordiano que representa la cuantificación de los beneficios de sostenibilidad.

<sup>27</sup> Se deja al margen la valoración del sistema de ayudas públicas como instrumento que puede servir para introducir objetivos de sostenibilidad medioambiental. Este puede ser un muy buen mecanismo que permita a las empresas cumplir con los ODS en el camino de la transformación ecológica. Así como la evaluación de la regulación en materia de concentraciones empresariales.

<sup>28</sup> *Vid.* HUFFMAN, PARKE (2024) págs. 535 a 553. Los autores revisan los pros y los contras de introducir una exención de sostenibilidad en el análisis concurrencial desde el derecho norteamericano antitrust. Los autores marcan los posibles fallos en el mercado que una exención de acuerdos de sostenibilidad podría conllevar. Estos fallos pasan por un posible *greenwashing* y el detrimento en la innovación o progreso técnico en otros sectores industriales, fuera del ámbito de la sostenibilidad. Los autores sugieren que exenciones del análisis concurrencial en materia laboral, como derechos laborales, podrían considerarse medidas de sostenibilidad social.

<sup>29</sup> Comunicación de la Comisión. Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal (2023/C 259/01) DOUE de 21.07.2023. Baste señalar que la *Comunicación de la Comisión. Directrices relativas a las restricciones verticales* (2022/C 248/01) DOUE de 30.06.2022 incluyen también aspectos de sostenibilidad, si bien como hemos indicado anteriormente el análisis de los efectos en distintos mercados son habituales en acuerdos de este tipo, los beneficios de sostenibilidad no se categorizan de forma especial en el Reglamento de restricciones verticales y sus Directrices remiten a un ulterior desarrollo del concepto sostenibilidad por la Comisión para su aplicación posterior en el análisis de este tipo de acuerdos. Algunos ejemplos se exponen en la Comunicación de Directrices verticales en el contexto de acuerdos de distribución selectiva (*vid* punto 144) como la imposición de condiciones de sostenibilidad en una red como criterio cualitativo del sistema de distribución o la flexibilidad en la aplicación de las cláusulas de no competencia que superen los cinco años establecidos en el Reglamento a los efectos de abordar los problemas de cautividad en la inversión en, por ejemplo, energías renovables.

<sup>30</sup> *Comunicación* de la Comisión relativa a la definición del mercado de referencia a efectos de la normativa de la Unión en materia de competencia (C/2024/1645) DOUE de 22.2.2024.

el marco regulador de la Unión en materia de sostenibilidad ambiental al tener en cuenta factores de sostenibilidad en la medida pertinente para la evaluación de la competencia, también como parte de la definición del mercado»(el subrayado es nuestro). Del anterior párrafo se pueden extraer algunas reflexiones: La Comunicación reconoce que la política de competencia es un instrumento más en los objetivos para alcanzar una economía sostenible (o más respetuosa con el medio ambiente). Se remarca la interrelación entre las políticas de competencia, junto con otras políticas de la UE que permitan hacer efectivos los objetivos de sostenibilidad en sentido amplio. A pesar de esta constatación, el propio párrafo reconoce el papel de las políticas de competencia como garantes de las denominadas cadenas de valor en el suministro de materias primas, insumos u otros. En suma, se adopta un acercamiento amplio al concepto de sostenibilidad. Los factores de sostenibilidad que se desprendan de un acuerdo entre empresas o de un examen de una operación de concentración, por ejemplo, pueden ser utilizados en la «*medida pertinente*» por la Comisión para evaluar las dinámicas de competencia y formar parte de la definición del mercado de referencia. Si bien se admite esa valoración para un posterior examen concurrencial de la conducta, ello se efectúa sin una mayor concreción y bajo el poder discrecional de la Comisión.

La Comunicación declara que en el momento de definir el mercado del producto concreto, se puede valorar la *calidad del producto*, bajo el parámetro de la sostenibilidad, incluyendo y, aquí sí se utiliza un concepto amplio de sostenibilidad «*la resiliencia de las cadenas de suministro, fiabilidad de suministro y costes de transporte*». Por tanto, en el momento de definir un mercado, los inputs económicos y logísticos que afectan a las empresas como los costes de transporte del producto (no sólo medioambientales sino también económicos) y aspectos contractuales que pueden afectar al suministro del bien o de elementos integrantes del mismo, como la garantía en el suministro y la fiabilidad de las empresas que formen parte de la cadena de elaboración del producto como la fabricación o distribución del mismo pueden generar un valor de sostenibilidad. Todos estos elementos pueden integrar la calidad del producto. Si bien en este estadio, previo al análisis concurrencial, todas estas cualidades del producto pueden servir para delimitar el mercado, a bote pronto se antojan de difícil concreción por cuanto variará del tipo de insumo, la externalización en la fabricación del mismo y, sobre todo, los criterios de cuantificación económica de estos elementos.

De este modo, cuando la Comunicación pauta los elementos para apreciar la definición del mercado del producto<sup>31</sup>, señala junto con el precio, las características del producto —donde se incluye la calidad del mismo como descrito anteriormente en el sentido de innovación, fiabilidad en las cadenas de suministro, por tanto elementos de sostenibilidad—, el uso previsto y las preferencias de los consumidores. En este punto la Comisión introduce los elementos de sostenibilidad que pueden ser valorados por los consumidores para elegir entre distintos

<sup>31</sup> Apartado 3, epígrafe 2, ptos. 47 y ss. de la Comunicación: Elementos para la definición de los mercados de producto. La Comisión distribuye en los epígrafes de este apartado distintos elementos que forman parte de evaluación del mismo, los distintos parámetros de análisis. Los elementos de sustitución de la demanda, incluyen, las características del producto, precios, uso previsto y preferencias generales de los clientes; elementos sobre la sustitución en el pasado; transiciones estructurales de la industria y, otras valoraciones incluyen los productos potencialmente sustituibles con los analizados, las opiniones del sector industrial y, en menor medida, la prueba del monopolista hipotético.

tipos de productos, su intercambiabilidad o la integración en otro mercado. Se citan como ejemplos elementos que incorporen nuevas tecnologías, innovación del producto o cualquier otro elemento que sea atractivo para el cliente o consumidor en términos de sostenibilidad.

A bote pronto, el problema de esta valoración radica desde el punto de vista de la demanda del producto sostenible, en la información que se pueda dar al consumidor sobre las características o calidad del producto para que pueda optar por este. Las asimetrías en la información pueden generar sesgos en la elección y desviaciones en la delimitación del mercado afectado. El conjunto de información obtenida puede permitir determinar el grado de sustituibilidad entre productos y valorar hallarnos ante diferentes mercados<sup>32</sup>.

No obstante lo anterior, la Comunicación deja en un segundo plano la definición del mercado relevante bajo determinadas circunstancias<sup>33</sup>. La Comunicación puntualiza que dejar abierta la definición del mercado puede darse en supuestos en los que podrían existir problemas de competencia independientemente de una definición de mercado<sup>34</sup>. Claramente, las empresas son las que deben efectuar la declaración de sostenibilidad, probando el beneficio que aporta ese producto u otorgar unos beneficios distintos a los ya existentes para que pueda definirse el mercado del producto sostenible como un mercado diferenciado. Asimismo, la Comisión admite que las decisiones precedentes pueden no ser una guía para asuntos venideros que sean objeto de valoración<sup>35</sup>.

El nudo gordiano de este análisis es cómo se calculan las eficiencias de sostenibilidad de una conducta al margen de los parámetros tradicionales de cálculo de eficiencias en el mercado. Si consideramos parámetros tradicionales el precio del producto o los costes de entrada en un determinado mercado, las eficiencias fuera del mercado como la sostenibilidad del producto, considerada como la calidad que ofrece el producto a futuro o, su impacto en distintos grupos de consumidores o incluso a la sociedad en general, es de difícil valoración económica por los motivos anteriormente expuestos, tanto para determinar el mercado relevante, cuanto, para valorar y evaluar posteriormente conductas desarrolladas por las empresas desde el ámbito concurrencial.

La paradoja con la que nos hallamos tras esta somera revisión de la Comunicación es que, si bien este instrumento tiene por objeto ayudar a definir el mer-

<sup>32</sup> Las preferencias de los clientes indicarán si un producto es sustituible o no por otro, en este sentido, será objeto de valoración «si el cliente puede tener en cuenta “si un producto se ha fabricado utilizando tecnologías más o menos sostenibles” o el “impacto medioambiental de su fabricación”, en ese caso, los insumos sostenibles podrían formar parte de un mercado diferente». De este modo se limitaría el análisis del mercado relevante a los consumidores del producto que otorga un beneficio de sostenibilidad. La Comunicación se remite a su punto 15, donde como indicado se admiten los beneficios de sostenibilidad en la fabricación del producto como susceptibles de valoración para determinar el mercado de referencia.

<sup>33</sup> Vid. Considerando 20 [la Comisión] «[...] no está obligada a alcanzar una conclusión definitiva sobre el alcance preciso del mercado cuando distintas definiciones de mercado plausibles no alterarían el resultado de su evaluación».

<sup>34</sup> En este sentido cita a M.10078 Cargotec/Konecranes en el que se generaban restricciones en el mercado independientemente de su delimitación. Y en otros asuntos finalizados con compromisos, citados en la Comunicación, admiten que cuando las partes resuelven las dudas sobre los posibles límites concurrenciales o ante los posibles límites concurrenciales se amplían los compromisos adoptados por las empresas, no es necesario definir el mercado de referencia AT37966 *Distrigaz* y AT40153 *Libros electrónicos*, ap. 48. En estos dos últimos asuntos se define el mercado incluyendo opiniones de operadores afectados.

<sup>35</sup> Pto. 14 de la Comunicación.

cado, las pautas de análisis para cuantificar los beneficios de la sostenibilidad no se hallan claramente delimitados, sino únicamente expresados como nuevos elementos de valoración. De hecho, como hemos visto, algunos aspectos relacionados con la sostenibilidad empresarial o económica quedan abiertos y deberían interpretarse junto con otros instrumentos legislativos de la Unión<sup>36</sup>. La seguridad jurídica a la que aspiran las empresas en el momento de celebrar acuerdos bien sea en el ámbito de cooperación empresarial, bien sea en la celebración de acuerdos de producción, suministro o distribución, o ante una concentración empresarial, difícilmente parece que este instrumento, por sí sólo, pueda aportar mayor certeza en la evaluación de sus posibles conductas sostenibles.

### 1.2.2. Las Directrices sobre acuerdos horizontales de cooperación: los acuerdos de sostenibilidad

La *Comunicación de la Comisión Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del TFUE a los acuerdos de cooperación horizontal* de 21 de julio de 2023<sup>37</sup> se incardina en el contexto del Pacto Verde para la Unión Europea<sup>38</sup>. La Comunicación incluye en su capítulo 9 un apartado específico dedicado a los acuerdos de sostenibilidad<sup>39</sup>. La Comisión de inicio propone la emisión de orientaciones informales cuando los operadores tengan dudas en relación con los acuerdos individuales de sostenibilidad. Es decir, todo acuerdo que no encaje en el contenido de las Directrices y de la exención del 101.3TFUE, tal y como queda plasmado en las mismas, pueden ser objeto de consulta informal ante la Comisión atendiendo a la Comunicación sobre orientaciones informales o cartas de orientación de 2022<sup>40</sup>. La Comisión plantea que cuando al margen de

<sup>36</sup> Por ejemplo, la durabilidad del producto y la valoración de las cadenas de suministro también son factores que se incardinan en el concepto sostenibilidad pero que entendemos, que en el primer supuesto, se hallan más vinculados a la innovación del producto y, en el segundo supuesto, van más allá de la sostenibilidad medioambiental y desembocan en la «sostenibilidad corporativa» o diligencia debida de las sociedades mercantiles.

<sup>37</sup> Las Directrices de 2023 sustituyen a la Guía de 2011 en el contexto de la nueva regulación contenida en los Reglamentos de exención por categorías de acuerdos de investigación y desarrollo y el Reglamento de acuerdos de especialización. La Comisión ha contextualizado la interpretación de las Directrices de 2023 de conformidad con el resto de normativa vigente en materia concurrencial de la UE y la jurisprudencia proveniente de los tribunales de la Unión, al igual que su normativa predecesora. Consideramos interesante indicar que las Directrices de 2023 dedican diversos de sus capítulos a acuerdos de I+D, acuerdos de producción, acuerdos de comercialización, el intercambio de información entre empresas y a los acuerdos de estandarización. *Vid.* apartado 1, 1.1 párrafo 2 y los capítulos 2 a 8 respectivamente. En este sentido es relevante tener presente que las Directrices plantean que un acuerdo de cooperación, a pesar de tener, como todo contrato, un objeto central o *centro de gravedad*, puede incluir cláusulas que deben evaluarse de igual manera junto con ese objeto nuclear del acuerdo atendiendo al contenido de las Directrices. Con ello se hace referencia al grado de integración de las cláusulas del contrato y pauta cómo se puede identificar cual es el objeto central de un acuerdo a efectos de evaluación (*Vid* apartado 1 puntos 6 a 8 de las Directrices de 2023).

<sup>38</sup> *Vid.* apartado 1, Introducción de las Directrices de 2023, donde se declara como objetivo de las mismas ser una guía para aquellos operadores que pretendan cooperar para generar una actividad empresarial que les permita el traspaso a una transición ecológica, digital y de resiliencia ante los cambios previstos por la UE en un modelo económico más sostenible

<sup>39</sup> Ciertamente la Comisión no modifica el concepto desarrollo sostenible, ni delimita el concepto de sostenibilidad que los ODS plantean, como han definido Naciones Unidas y la OCDE. En suma, se entiende que toda actividad empresarial detenta un objetivo de sostenibilidad, si promueve el desarrollo económico sostenible (por ejemplo, fomentando infraestructuras resilientes), medioambiental (lucha contra el cambio climático, reducción de contaminación, límite de uso y explotación de recursos naturales) y social (respeto de los derechos humanos y laborales con ingresos dignos, por ejemplo).

<sup>40</sup> Comunicación de la Comisión sobre orientaciones informales relativas a cuestiones nuevas o no resueltas concernientes a los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea que surjan en casos individuales (cartas de orientación) C 2022/381. DOUE 4.10.2022.

actuaciones públicas, por ejemplo, en materia de prevención del cambio climático, existan fallos en el mercado, los acuerdos de cooperación entre empresas que integren elementos de desarrollo sostenible, pueden ser el apoyo para el cumplimiento de los ODS<sup>41</sup>.

El concepto acuerdo de sostenibilidad dado en las Directrices es bastante laxo, al igual que el concepto de desarrollo económico sostenible. Así se entiende por acuerdo de sostenibilidad «(..) cualquier acuerdo de cooperación horizontal que persiga un objetivo de sostenibilidad, independientemente de la forma de cooperación»<sup>42</sup>. La Comisión, partiendo de este concepto elabora la exégesis del análisis seguido tradicionalmente de todo acuerdo de exención por categorías<sup>43</sup>. La Comisión Europea plantea, a modo de lista blanca, una serie de ejemplos a tenor de los cuales posiblemente no existiría infracción del art. 101.1TFUE<sup>44</sup>; otros ejemplos sobre cómo abordar el examen del art. 101.1TFUE en relación con los acuerdos de estandarización y, finalmente, unas pautas de análisis de los acuerdos de sostenibilidad más plausibles en la práctica bajo el parámetro del art. 101.3TFUE. Finalmente, las Directrices horizontales exponen cuál debería ser el papel de las AC en este contexto.

Los acuerdos de sostenibilidad que incluyan en su clausulado las prohibiciones del 101.1TFUE se hallarán prohibidos independientemente del presunto objetivo de sostenibilidad que persigan. Las Directrices exponen las cuatro condiciones para obtener la exención del art. 101.3TFUE a los acuerdos de sostenibilidad de forma cumulativa: fomento del progreso técnico, carácter indispensable de la medida restrictiva, beneficio al consumidor y no eliminación de toda la competencia posible. Baste recordar en este punto que corresponde a las partes del acuerdo demostrar el cumplimiento de las cuatro condiciones. La mejora del progreso técnico es una condición objetiva por cuanto la mayor parte de los elementos que la integran son contrastables a pesar de tratarse de acuerdos que incorporen aspectos de sostenibilidad. Ello es así por cuanto pue-

<sup>41</sup> *Vid.* anteriormente los comentarios de KINGSTON *op. cit., ut supra*. En nuestra opinión, La Comisión admite que esos acuerdos de cooperación, pueden valorarse positivamente desde un punto de vista concurrencial si además incluyen supuestos en los que se promuevan medidas de diligencia corporativa instauradas en los ODS como la resiliencia en el suministro de productos y el fomento de las cadenas de valor con respeto a los ODS. Por tanto, la Comisión delimita, a modo de principio, la necesidad de una coordinación entre la acción pública mediante políticas económicas concretas y la acción privada de los operadores en el mercado mediante acuerdos de cooperación. Es en esta última actuación, donde la Comisión y, en particular el Derecho de la Competencia, entrará a valorar la aplicación del art. 101.1TFUE y, en su caso, la revisión de un acuerdo a través de una posible exención incardinada en el 101.3TFUE.

<sup>42</sup> Punto 521 de las Directrices de 2023.

<sup>43</sup> En primer lugar, se revisa si el acuerdo detenta cláusulas que pueden ser contrarias al apartado 1 del art. 101TFUE. Seguidamente, dependiendo del tipo de acuerdo será necesario iniciar el análisis a través del apartado 3 del art. 101TFUE revisar los reglamentos de acuerdos de I+D o de especialización que persigan acuerdos de sostenibilidad y de no ser aplicables las provisiones de los citados reglamentos, se deberían seguir las pautas contenidas con carácter especial en las Directrices.

<sup>44</sup> Acuerdos entre empresas competidoras que puedan hacer que éstas cumplan con las normas de diligencia debida como por ejemplo: (i) el cumplimiento de convenios o tratados internacionales que comporten prohibiciones a la importación de productos provenientes de Estados que vulneren los ODS; (ii) crear bases de datos de intercambio de información que no incluyan obligaciones o prohibiciones de contratar con empresas que incumplan o cumplan aspectos de sostenibilidad y ello afecte a las denominadas cadenas de valor, en este sentido, no se considera información confidencial, si no se comparte quienes son proveedores y clientes y las condiciones de contratación o (iii) campañas publicitarias sobre el carácter sostenible de productos en determinados sectores.

den valorarse las eficiencias objetivas y las directas del acuerdo<sup>45</sup>. La segunda condición referente al carácter indispensable de la restricción incluye algunos elementos de análisis vinculados a los intereses del consumidor: el efecto de la demanda del producto justificará el carácter indispensable de la restricción<sup>46</sup>. Las Directrices ponen de manifiesto el posible sesgo que puede en la elección del producto atendiendo a la percepción y valoración que hagan los consumidores de ese producto ante la falta de suficiente información, información deficiente o incluso engañosa que reciban de las empresas<sup>47</sup>. La indispensabilidad de la restricción incluiría la compensación de otras externalidades negativas, como el parasitismo en fases iniciales de la innovación del producto o favorecer economías de escala. La cuarta condición de análisis es la no eliminación de la competencia<sup>48</sup> admitiéndose una competencia residual, por ejemplo, cuando el acuerdo de sostenibilidad afecta a todo un sector, pero los operadores pueden competir en la distinta gama de productos o, si bien, a pesar de compartir los mismos estándares en el beneficio técnico, pueden competir bien en el precio, bien en la calidad del producto final o bien en un pacto que temporalmente limite la competencia hasta la entrada del producto sostenible en el mercado.

La clave que puede hacer decantar la consideración de un acuerdo de cooperación desde un punto de vista pro-competitivo es computar los beneficios del acuerdo sostenible con impacto en el bienestar del consumidor. La Comunicación estudia la condición establecida en la letra b) del art.101.3TFUE atendiendo a los beneficios para el consumidor de los acuerdos de sostenibilidad.

A diferencia de la Comunicación sobre el mercado de referencia, que puede permitir en algunos supuestos una ausencia de delimitación exacta del mercado previo al análisis concurrencial, las Directrices horizontales parten del mercado afectado por el acuerdo de cooperación entre empresas y de ahí, dependiendo del tipo de cooperación, producto resultante o procedimiento conjunto, se analizan las restricciones en el mercado afectado. De ese modo se delimitan los consumidores beneficiados por el acuerdo y, aquellos que sufren la restricción del mismo. De ahí podrían surgir recelos en torno a ese diferente alcance más o menos aperturista de ambas Comunicaciones<sup>49</sup> ante la delimitación del

<sup>45</sup> Vid. puntos de 556 a 558. La primera condición, a tenor de las Directrices es la valoración de las mejoras en la eficiencia entendidas como eficiencias objetivas o directas del acuerdo de sostenibilidad (reducción de costes o mejoras en los procesos de producción) en aquello que afecta a la mejora de la producción, la distribución del producto o al progreso económico o técnico. Esta valoración incluiría la mejora en la resiliencia de las cadenas de suministro, acortar la entrada en el mercado de productos sostenibles o permitir decisiones informadas de los consumidores. A nuestro parecer este análisis no supone novedad alguna por cuanto todos estos elementos son contrastables.

<sup>46</sup> Es evidente que la restricción a la competencia comportaría alegar que no existen otros medios menos restrictivos a los adoptados y que son necesarios para el cumplimiento del objetivo de sostenibilidad. En este sentido la elección del consumidor de unos productos (los que contienen la restricción) u otros harán que el mercado decida sobre su viabilidad.

<sup>47</sup> La ausencia de una correcta información puede generar una inadecuada valoración de los beneficios del producto de forma inmediata si, por ejemplo, disminuye su consumo por comportar el aumento de precios del producto, hecho que haría que la calidad del mismo no se pudiera valorar objetivamente por los consumidores del producto en ese momento. Ello no obstante si la falta de apreciación del beneficio del producto sostenible, considerada como externalidad negativa, puede superarse a través de una acción desde el punto de vista de Derecho Público, los acuerdos de cooperación no se considerarían necesarios. Si los acuerdos de cooperación comportan una mejora de los estándares mínimos fijados por la normativa reguladora correspondiente, sí que podrían justificar la restricción.

<sup>48</sup> Punto 9.4.4 de las Directrices.

<sup>49</sup> Ciertamente los acuerdos de cooperación horizontal pueden conllevar, independientemente del objeto del contrato, otros elementos restrictivos de la competencia, tales como, compartir información entre las partes

mercado de referencia, por ejemplo, en el supuesto en el que los efectos restrictivos de un acuerdo de sostenibilidad se extiendan a mercados conexos del producto. Este hecho plantearía como incluir los beneficios de sostenibilidad en el análisis concurrencial de las conductas. Ambas Comunicaciones intentan introducir las eficiencias positivas fuera del mercado afectado para evaluar el acuerdo pero de forma diversa<sup>50</sup>.

A pesar de lo anterior, las Directrices de acuerdos horizontales plantean el acercamiento a la evaluación de los beneficios de sostenibilidad examinando los beneficios para los consumidores distinguiendo entre el *valor de uso individual*<sup>51</sup>, el *valor de no uso*<sup>52</sup> y los posibles beneficios colectivos del acuerdo<sup>53</sup>. La Comisión únicamente toma como consumidores de referencia para evaluar los beneficios de sostenibilidad a aquellos incluidos en el mercado afectado por el acuerdo restrictivo. Sobre éstos pivota el análisis de la exención del art. 101.3TFUE<sup>54</sup>.

del acuerdo e incluso acuerdos de estandarización u homologación de productos. En este caso, el mercado afectado por el acuerdo, en principio, se hallaría perfectamente determinado.

<sup>50</sup> El anterior planteamiento se fundamenta bien sin una delimitación del mercado para no excluir posibles beneficios de sostenibilidad, como ocurre con la Comunicación sobre el mercado relevante, bien mediante una revisión de los efectos partiendo del mercado afectado y de los sujetos que se pueden ver beneficiados a pesar de las posibles restricciones del acuerdo en el mercado afectado, pero con ulteriores beneficios para estos consumidores, para ulteriores consumidores a largo plazo o para la sociedad en su conjunto. Nos hallamos ante diferentes aproximaciones de análisis para intentar dar respuesta a los beneficios de sostenibilidad.

<sup>51</sup> El parámetro referente al *valor de uso individual*, se rige por los principios clásicos de valoración, calidad o innovación del producto, por tanto eficiencias cualitativas tradicionales en el análisis concurrencial. Los beneficios que obtienen los consumidores del producto son mayores que la restricción aparente del acuerdo en el mercado. Los ejemplos citados por la Comisión van desde la mejora en la calidad del producto, hasta la mejora de la distribución del producto y las infraestructuras de transporte. Si del acuerdo se derivaran ulteriores beneficios hacia consumidores fuera del mercado de referencia, se considerarían beneficios colectivos como externalidades positivas y recaerán fuera del valor de uso individual, esas externalidades podrían por ejemplo afectar positivamente a la protección del medio ambiente. En suma, la Comisión introduce elementos de cuantificación y valor del acuerdo restrictivo desde una perspectiva tradicional, para pasar a sopesar otras eficiencias y redirigir la evaluación de estos beneficios como beneficios colectivos o eficiencias positivas fuera del mercado relevante. Por tanto, cuando se atiende a la variable *valor uso* no se excluye incorporar como externalidades positivas los beneficios colectivos, tomando como referencia a los consumidores del mercado afectado por el acuerdo sostenible.

<sup>52</sup> El parámetro *valor de no uso* de un producto se fundamenta en el interés subjetivo del consumidor del producto. Ese interés plasmado en la compra del insumo puede comportar la asunción de un incremento del precio y su pago por el consumidor de ese mercado, si bien las externalidades positivas, no tienen porque afectar al consumidor de ese insumo, sino que puede tener su impacto en mejorar aspectos concretos para generaciones futuras o un impacto positivo en el medio ambiente. La utilización de este parámetro casa con el contenido del documento de la OCDE *Out-off-market-efficiencies*, anteriormente citado, donde se afirma que las partes del acuerdo de cooperación deberían probar el valor de no uso y el beneficio de sostenibilidad a través, por ejemplo, de encuestas que marquen el *WTP* del consumidor, a pesar de los reconocidos sesgos en la información disponible. En este sentido, las externalidades positivas de un acuerdo de sostenibilidad a través del valor de uso individual y el valor no uso del insumo se admiten en la Comunicación. Las empresas tendrán algunos instrumentos para valorar si la restricción es necesaria y asumible por el mercado.

<sup>53</sup> Estos beneficios denotan una mayor complejidad de cuantificación en su análisis, a pesar de que la Comisión los contemple en sus Directrices. Se definen los beneficios colectivos como «aquellos que se producen independientemente de la apreciación individual del producto por parte de los consumidores y beneficia a un sector más amplio de la sociedad que sólo a los consumidores del mercado de referencia.» (pto. 582 in fine). Esa dificultad de análisis de los beneficios colectivos ya quedó reflejado en el documento de la OCDE *out-off-market efficiencies*, anteriormente citado y son recogidos por la Comunicación con el mismo tenor. La problemática que suscita la valoración de los acuerdos restrictivos que puedan ser beneficiosos a nivel colectivo yace en su propia concreción. Ello es de ver en los propios ejemplos citados por la Comisión Europea, a saber: el insumo debe tener elementos de sostenibilidad y algunos de estos elementos podrán incorporar beneficios colectivos, por ejemplo, envases más pequeños para disminuir el uso de plástico; electrodomésticos más eficientes por comportar un menor uso de electricidad y de agua o la distinción de productos ecosostenibles fabricados por distintos empresarios bajo una única marca.

<sup>54</sup> Puntos 569 y 570 de las Directrices. El concepto consumidor incluye a los consumidores directos e indirectos.

Si nos detenemos en el análisis de los beneficios colectivos, la Comisión plantea como punto de partida la delimitación del mercado de referencia del acuerdo y su impacto en mercados separados (conexos, ascendentes o descendentes). Tras ese examen, la Comisión considerará si los consumidores que se ven afectados por la restricción y aquellos que se benefician de las eficiencias forman sustancialmente parte del mismo mercado. Es decir, la Comisión aborda los beneficios colectivos desde los consumidores que formen parte del mercado afectado por el acuerdo<sup>55</sup>. El análisis contenido en las Directrices asume que si los consumidores del mercado de referencia se solapan con los beneficiarios ajenos al mismo o forman parte sustancial de ese grupo de consumidores, las restricciones de ese acuerdo se valorarán positivamente si los beneficios colectivos son significativos y compensan los perjuicios para los consumidores de ese mercado. Es necesario incidir en que, de los propios ejemplos que marca la Comisión Europea se desprende que hay una tendencia a intentar cuantificar esos beneficios colectivos redirigiéndolos, por ejemplo, a los denominados beneficios individuales sin valor de uso. Ello sucede, cuando no hay solapamiento entre los consumidores incluidos en el mercado de referencia y los beneficiarios de la eficiencia<sup>56</sup>. En suma, la Comisión intenta redirigir su valoración a parámetros (valor uso/valor no uso) que puedan ser cuantificables. La Comunicación reitera que los beneficios colectivos deben tener una cobertura de mercado significativa para ser considerados y cuantificables. Todos estos elementos, en cualquier caso, han de ser probados por las empresas con la declaración de sostenibilidad del acuerdo<sup>57</sup>.

#### IV. LA POSICIÓN DEL *BUNDESKARTELLAMT* Y DE LA CNMC PARA ABORDAR LOS ACUERDOS DE SOSTENIBILIDAD

La legislación antimonopolio alemana y la ley de defensa de la competencia española no han introducido cambios normativos que permitan afirmar la admisión de un beneficio de sostenibilidad de *lege ferenda* por el momento. La academia alemana se halla en un punto de reflexión ante la posible revisión interpretativa de la GWGB<sup>58</sup> de los acuerdos de sostenibilidad por vía de exención de acuerdos siguiendo los pasos de la Comisión Europea. Por el momento, no parece que se vayan a introducir modificaciones en la legislación española,

<sup>55</sup> Vid. Directrices pto. 589.

<sup>56</sup> El acuerdo de cooperación revierte en un beneficio colectivo tanto para los consumidores de ese producto como para los que se encuentran fuera de ese mercado, siempre y cuando exista una voluntad de pagar un precio superior por los consumidores del producto sostenible, ad ex. los beneficios de fabricación de productos de ropa extraída de cultivos sostenibles. En otro caso, cuando existe un solapamiento entre los consumidores del mercado afectado y los beneficiarios en sentido amplio, los beneficios de sostenibilidad se pueden cuantificar de una manera más válida.

<sup>57</sup> La Comisión Europea, no excluye que puedan existir referencias a análisis de instituciones u organismos, que permitan a los operadores plantear declaraciones de sostenibilidad sobre la base de los mismos. Y, en ese caso, aportarlos como pruebas favorables a los beneficios colectivos alegados en sus acuerdos de cooperación.

<sup>58</sup> Vid. BUEREN, CROWDER (2024) pág. 102, donde se plantea el debate académico existente en torno a si una posible justificación teleológica basada en los principios fundamentales del Derecho de la Unión permitiría salvar la prohibición impuesta en materia de cárteles, si la restricción que se asocia a la conducta está fundamentada en un objetivo empresarial no económico. Diversos argumentos abogan por una ausencia de admisibilidad, fundamentada en la jurisprudencia alemana existente hasta el momento que no ha reconocido esa exención de prohibición, sino que ha fundamentado el análisis concurrencial de las conductas de forma más estricta, imponiendo mayores sanciones por infracciones en materia concurrencial.

si bien, como veremos, la CNMC abogó de inicio en algunos documentos e informes seguir las pautas interpretativas y las directrices promovidas desde la Comisión Europea.

Ambas jurisdicciones parten de la inexistencia de una definición concreta del concepto de sostenibilidad en el ámbito concurrencial. El marco jurídico del que parten ambos ordenamientos y la actuación de ambas autoridades son similares, a pesar de la diferencia en el acercamiento al problema. Los documentos preparados por el *Bundeskartellamt*<sup>59</sup> de 2020 y la opinión emitida por la CNMC<sup>60</sup> del mismo año, toman como premisa el art. 37 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea que recoge la protección del medio ambiente, y los arts. 11TFUE y 191TFUE que vinculan las políticas de la Unión hacia la búsqueda de una sostenibilidad económica y la protección al medio ambiente, y el artículo 101 TFUE. Los preceptos de las respectivas constituciones nacionales son el fundamento legal interno para la promoción y protección de los objetivos de sostenibilidad y las medidas legislativas que promuevan su alcance. Bajo este marco normativo de inicio, las aproximaciones convergen en algunos extremos, si bien, el *Bundeskartellamt* plantea una posible modificación legislativa de la legislación concurrencial para valorar los beneficios de sostenibilidad. Esta opción se ha plasmado en el *Offene Märkte und nachhaltiges Wirtschaften – Gemeinwohlziele als Herausforderung für die Kartellrechtspraxis*<sup>61</sup> (en adelante, citado como Documento sobre mercados abiertos y economía sostenible). La CNMC planteó su postura respecto de los beneficios de sostenibilidad en un documento de observaciones<sup>62</sup> «Respuesta de la CNMC — *Competition policy supporting the green deal*» (en adelante, Contribución CNMC al Pacto Verde) al *call for papers* de la Comisión Europea ante los cambios legislativos a emprender a nivel europeo. No obstante, el diferente alcance de análisis, ambas autoridades han lidiado con expedientes vinculados con acuerdos u operaciones de concentración vinculados a sostenibilidad económica o medioambiental en un sentido amplio.

## 1. La legislación antimonopolio alemana, el beneficio de sostenibilidad y la función del *Bundeskartellamt*

Al igual que en otras jurisdicciones el centro del debate sobre el papel de la legislación de competencia en Derecho alemán reside en como incardinar y medir los objetivos de sostenibilidad. El *Bundeskartellamt* en el *Documento sobre mercados abiertos y economía sostenible* de octubre de 2020 presentó un acercamiento a los objetivos de sostenibilidad en el ámbito concurrencial.

El *Bundeskartellamt* parte de que el Derecho de la Competencia tiene por objeto el correcto funcionamiento de los mercados, siendo éste un objetivo de interés público. Bajo esta premisa se plantea no tanto el papel del Derecho de

<sup>59</sup> [https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Diskussions\\_Hintergrundpapier/2020/Working\\_Group\\_on\\_Competition\\_Law\\_2020.html](https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Diskussions_Hintergrundpapier/2020/Working_Group_on_Competition_Law_2020.html) [Consulta efectuada en octubre de 2024].

<sup>60</sup> Contribución de la CNMC *Competition policy supporting the green deal. Call for contributions* [https://www.cnmec.es/sites/default/files/editor\\_contenidos/Notas%20de%20prensa/2020/Consulta%20CE%20pol%C3%ADtica%20de%20competencia%20y%20Green%20Deal.pdf](https://www.cnmec.es/sites/default/files/editor_contenidos/Notas%20de%20prensa/2020/Consulta%20CE%20pol%C3%ADtica%20de%20competencia%20y%20Green%20Deal.pdf) [Consulta efectuada en octubre de 2024].

<sup>61</sup> Documento disponible en la página web del *Bundeskartellamt* cit. *ut supra*.

<sup>62</sup> Cit. nota *ut supra*.

la competencia sino los efectos que los objetivos de sostenibilidad (entendidos en sentido amplio) pueden tener en el mercado. El *Documento sobre mercados abiertos y economía sostenible* considera que ante distintas políticas que promuevan un interés público y puedan entrar en conflicto con el Derecho de defensa de la competencia será necesario buscar un equilibrio en el análisis concurrencial para proteger los diferentes intereses públicos en conjunto<sup>63</sup>. La AC alemana asume como punto de partida que el Derecho de la competencia ya persigue objetivos de interés público, como la optimización de recursos, para obtener una máxima eficiencia económica en los resultados, por ende máximo desarrollo económico, promoción de la innovación y el desarrollo técnico. Sobre esta premisa, el *Bundeskartellamt* marca los problemas que pueden surgir ante una ausencia de regulación expresa en materia de sostenibilidad, hecho que debería conllevar una autoevaluación por parte de las sociedades mercantiles que participan en el mercado. De ahí los problemas que destaca como el posible *greenwashing* bajo supuestos acuerdos sostenible ecológicamente o con la adopción de códigos de conducta cuyas cláusulas vayan más allá de unos estándares mínimos y competitivos entre las empresas firmantes de ese acuerdo<sup>64</sup>.

El enfoque de análisis difiere de inicio respecto al de otras AC<sup>65</sup>. El documento plantea la posibilidad de exención construida bajo el art. 101.1TFUE de

<sup>63</sup> El planteamiento inicial del *Bundeskartellamt* es muy interesante porque define cuál es el papel de cada uno de los operadores que intervienen en el mercado y cuál puede ser la forma más eficiente para obtener beneficios de interés público. En este sentido, la argumentación por la que pasa la autoridad, es afirmar que es el legislador el que debe determinar los objetivos de interés público, entre éstas las posibles políticas en materia de sostenibilidad. De ahí que resalte el papel del legislador, y seguidamente, determine el papel de las sociedades mercantiles que mediante iniciativas de carácter privado pueden promover aspectos de sostenibilidad, incardinados en un marco de interés público. En nuestra opinión, cuando las empresas promueven estos objetivos, su finalidad económica, normalmente será distinta (dependiendo del tipo de sociedad y el objeto social), al del objetivo público, a pesar de ese posible objetivo de sostenibilidad. Y de ahí los posibles riesgos de colusión entre empresas. El *Bundeskartellamt* de una forma muy didáctica desglosa qué se entiende por interés público, qué objetivos se pueden cubrir con ese interés público por los distintos intervinientes en el mercado, incluida la autoridad de competencia, si bien el papel de ésta es de mero acompañante. De esta manera se argumenta la inexistencia de colisión en los distintos roles, pero sí la intervención de la autoridad de competencia para controlar las posibles limitaciones del mercado cuando las empresas establezcan, por ejemplo, pactos de cooperación entre competidores. Ahí entrará el análisis concurrencial.

<sup>64</sup> La AC alemana incide en el papel de las sociedades mercantiles, como operadores de mercado, para alcanzar estos objetivos de sostenibilidad, tanto desde una perspectiva interna societaria, como externa con la celebración de acuerdos entre empresas. En este sentido el *Documento sobre mercados abiertos y economía sostenible* sostiene que el concepto de sostenibilidad incluye aspectos medioambientales o sociales siguiendo la Agenda 2030 de Naciones Unidas, si bien la mayor parte de la literatura académica y los casos habidos hasta el momento se vincula sostenibilidad a medioambiente y a aspectos climáticos, no alcanzando a aspectos de gobernanza corporativa. El documento de referencia plantea un análisis de los acuerdos restrictivos de la competencia que pueden celebrar las empresas en el mercado y el impacto de las concentraciones empresariales que estén vinculadas a sostenibilidad. Así mismo expone la actuación llevada a cabo por otras autoridades como la AC griega y holandesa (referenciados ut supra), junto con las actuaciones de la Comisión Europea en el análisis concurrencial de conductas con aspectos medioambientales. Y finalmente, valora como se puede abordar ese análisis desde la actuación de la autoridad de competencia.

<sup>65</sup> Por ejemplo, como sucede en el informe de la autoridad austríaca de competencia, que introduce directamente una exención vía reforma legislativa de la norma austríaca en materia de exenciones en acuerdos. Si bien la exención únicamente se aplicará a acuerdos de cooperación horizontal con efectos en el territorio austríaco, siendo limitado el alcance de la exención desde un punto de vista práctico. Como indicado ut supra no es objeto del presente estudio analizar las diferentes aproximaciones hechas a los acuerdos de sostenibilidad por las AC de nuestro entorno. No obstante *vid. Austrian Federal Competition Authority: Guidelines on the Application of Sec. 2 para. 1 Cartel Act to Sustainability Cooperations (Sustainability Guidelines)*. Vienna, September 2022. [disponible en <https://www.bwb.gv.at/> consulta efectuada en septiembre de 2024] Y con mayor detalle *vid. KUBAT, TOKIĆ* (2024) que han apuntado en pág. 34 que del literal de la norma no se pueden excluir totalmente, los aspectos de sostenibilidad social cuando hay una mejora, atendiendo a los tests concurrenciales aplicables

todo acuerdo de sostenibilidad, sobre la base de diversa jurisprudencia del TJUE aplicable en otros ámbitos, por carecer los acuerdos de un objeto económico. Ello no obstante, se excluye esta posibilidad por el simple hecho de detentar un mero beneficio medioambiental como a continuación veremos. El *Bundeskartellamt* plantea que todos aquellos acuerdos entre empresas que, serían de imposible cumplimiento sin la restricción contenida en el acuerdo, quedarían excluidos de la prohibición del art. 101.1TFUE o art. 1 GWBG. Del documento se infiere que el análisis de un acuerdo de sostenibilidad se puede incardinar dentro de los objetivos generales del derecho antitrust como son la innovación y el progreso técnico en el mercado, la eficiencia económica y el beneficio del consumidor. Desde la academia<sup>66</sup> y el propio *Bundeskartellamt* se ha planteado el difícil encaje que pueden tener los beneficios de sostenibilidad ante una aproximación teleológica de la norma, por cuanto ello podría llevar a aceptar acercamientos más amplios e incluso vagos que podrían justificar cualquier tipo de acuerdo en otros ámbitos, no únicamente en el de la sostenibilidad. Otro de los argumentos en contra de una admisión de una exclusión directa de la prohibición es que, llevada al extremo, podría comportar la autorización de conductas anticompetitivas bajo el paraguas de la sostenibilidad. De hecho, la redacción actual de la GWB no reconoce una exclusión del análisis concurrencial por causa de interés público<sup>67</sup>. Interés público, que no es otro que la protección del medioambiente, pudiendo ser uno de los fundamentos de un acuerdo entre empresas. Por tanto, a pesar de que los acuerdos de sostenibilidad puedan incardinarse en los objetivos generales del Derecho de la competencia, no se aboga por una exención de sostenibilidad dentro del art. 1GWB, sino por una revisión por la vía de exención, a través del art. 2GWB o 101.3TFUE, atendiendo a la necesidad de la restricción concurrencial para poder conseguir el beneficio de sostenibilidad<sup>68</sup>. Se subsume el análisis de los acuerdos de sostenibilidad al art. 101.3 TFUE o 2GWBG siguiendo los cuatro elementos de análisis para valorar la posible exención<sup>69</sup>.

Nos detendremos en el aspecto referente a como encajar las conductas restrictivas en el beneficio para el consumidor. El razonamiento que se plantea es similar al revisado anteriormente por la Comisión Europea. El consumidor del mercado afectado no tiene por qué verse beneficiado directamente por los efectos de ese acuerdo de cooperación horizontal. Ese efecto puede tener lugar en otros mercados o aparecer ese beneficio a futuro. En todo caso, ese beneficio

---

de la calidad del producto, puesto que ello comporta un beneficio compensable a los consumidores del producto sostenible y podría incorporar un respeto a condiciones laborales o mejoras de éstas.

<sup>66</sup> Vid. BUEREN, CROWDER, (2024) págs. 93 y 94 y 102. Los autores plantean la dificultad de incorporar los acuerdos de sostenibilidad dentro de una exención general y bajo los fines del Derecho de la competencia.

<sup>67</sup> Vid. BUEREN, CROWDER (2024) pág. 93.

<sup>68</sup> Al igual que se ha planteado en otros organismos internacionales y por la Comisión Europea, la autoridad alemana señala que la exclusión de acuerdos restrictivos de la competencia con beneficios medioambientales podría comportar una disminución en la innovación tecnológica o un beneficio para los consumidores. Por el contrario, plantea que una aproximación muy aperturista podría conllevar la aprobación de conductas anticompetitivas bajo el paraguas de un supuesto producto o procedimiento con elementos de sostenibilidad. Esto último ya entraría en el debate de si la sostenibilidad es una finalidad per se del Derecho de la competencia. El *Bundeskartellamt* aboga por un equilibrio necesario entre la valoración de los acuerdos de sostenibilidad y la inexistencia de regulación, que en este último caso podría comportar, falta de seguridad jurídica para los administrados, e incluso, el inicio de acciones judiciales para dirimir cuestiones que puedan ir desde el concepto de lo que es sostenible hasta el análisis concurrencial de acuerdos entre empresas puede ser pro-competitivo o anticompetitivo recogiendo los aspectos de sostenibilidad.

<sup>69</sup> Análisis plasmado también por otras AC como la holandesa y griega en los informes cit. en nota *ut supra*.

se consideraría externalidad positiva. En este punto se plasma la dificultad de medir económicamente el valor de ese beneficio<sup>70</sup>. El *Bundeskartellamt* admite que los consumidores afectados directamente por la restricción contenida en el acuerdo, no deberían carecer de compensación por el daño, sino que el acuerdo, como mínimo ante la inexistente compensación, debería tener un impacto neutro en ese grupo de afectados<sup>71</sup>. El documento plantea la necesidad de una revisión en el acercamiento de estas eficiencias en lo que afecta a los acuerdos de sostenibilidad, si bien es cierto que la carga de la prueba de los beneficios recae en las empresas. No se aborda el medio por el cual la AC podría generar cierta seguridad jurídica a los administrados cuando celebren acuerdos de cooperación con sus competidores<sup>72</sup>.

Ello no obstante, el *Bundeskartellamt* ha contestado a diversas cuestiones individuales planteadas que podrían estar vinculadas a aspectos de sostenibilidad en sentido amplio. Un ejemplo son las denominadas «iniciativas de sostenibilidad», que se caracterizan por ser un conjunto de compromisos voluntarios con apoyo político y con una finalidad económica de amplio espectro. Estas iniciativas suelen perseguir objetivos no competitivos como la protección del medio ambiente, la salud animal, el respeto a normativa laboral o la protección de la salud. Acuerdos o iniciativas cuya implementación deberían tener lugar fuera de Alemania. Ejemplos de tales iniciativas —algunas de las cuales se han promovido en los últimos años— son el sistema *Fairtrade*, la Iniciativa de Bienestar Animal<sup>73</sup>, el acuerdo sobre el etiquetado de los depósitos desechables, la denominada alianza textil o el acuerdo sobre la reducción de bolsas de plástico<sup>74</sup>. En todos estos acuerdos o alianzas se prima la involucración del mayor número de empresas que operan en el mismo nivel de producción o distribución. Estas alianzas integran intercambios de información de precios, proveedores y elementos de estandarización o promueven marcas de calidad.<sup>75</sup> El último de los asuntos revisados que puede tener cierto impacto en materia de sostenibilidad es el denominado foro del cacao. El «*Forum Nachhaltiger Kakao e.V.*» – «Kakaoforum»<sup>76</sup> tiene por objeto el comercio de cacao y vincula a organismos

<sup>70</sup> El documento, recordemos anterior a las Directrices de 2023, plantea que este tipo de externalidades no son cuantificables y, que, por tanto, difícilmente recaerán dentro del ámbito de aplicación del 101.3TFUE. A pesar de lo anterior, es necesario tener presente que la legislación alemana se encuentra coordinada con el Derecho europeo de la competencia, y esta afirmación parecería una contradicción si se mantiene tras la aprobación de las nuevas Directrices horizontales de 2023. Al hilo de la valoración que posteriormente revisaremos efectuada por la CNMC y, con anterioridad, a las reflexiones efectuadas en torno a la incorporación de la exención de sostenibilidad en la legislación austríaca, la valoración de externalidades positivas de forma divergente a aquellas fijadas por la Comisión Europea podría incluso vulnerar el principio de interpretación conforme con el Derecho de la Unión. Ante una inexistente ampliación de la exención por sostenibilidad medioambiental, entendemos, que dejar abierto el debate a la interpretación de las diferentes AC puede generar una distorsión en la aplicación concurrencial, cuanto menos a en la UE.

<sup>71</sup> *Vid.* Punto 2. II del documento.

<sup>72</sup> En este sentido, el documento no valora la posibilidad de la emisión de cartas de conformidad, ni de abrir los denominados sand-box como plantearon ya con anterioridad otras autoridades, tal y como, también recoge la CNMC como posibles propuestas de solución.

<sup>73</sup> *Vid.* para mayor detalle [https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2023/25\\_05\\_2023\\_ITW.html?nn=49312](https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2023/25_05_2023_ITW.html?nn=49312) [consulta efectuada en octubre de 2024]

<sup>74</sup> [https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2024/08\\_05\\_2024\\_Plant\\_Tray.html?nn=49312](https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2024/08_05_2024_Plant_Tray.html?nn=49312) [consulta efectuada en octubre de 2024]

<sup>75</sup> *Bundeskartellamt, Tätigkeitsbericht 2015/16, BT-Drs. 18/12760, p. 54. Vid.* también comentarios sobre algunos de los casos citados por BUEREN en *op cit ut supra*.

<sup>76</sup> *Bundeskartellamt — Cartels — German Initiative on Sustainable Cocoa — Bundeskartellamt sees no reason for detailed examination* <https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilun->

públicos, industria fabricante de cacao, principalmente empresas alemanas, y a organizaciones no gubernamentales. El *Bundeskartellamt* fue consultado para valorar los límites concurrenciales de este acuerdo. La decisión de la autoridad alemana se incardinó en acuerdos de ayuda al desarrollo con terceros países. La AC no prosiguió con la revisión de este acuerdo atendiendo al carácter no vinculante de los acuerdos celebrados entre sus asociados, la inexistencia de un impacto real en materia concurrencial del precio recomendado a lo largo de toda la cadena de producción hasta la venta del producto y el mínimo intercambio de información entre sus participantes<sup>77</sup>.

Independientemente de lo anteriormente expuesto, la *Monopolkommission* actualmente está planteando la necesidad de revisar, en sede de exenciones del art. 2GWB y del art.101.3TFUE, la valoración de las eficiencias fuera de mercado. Este planteamiento va desde su encaje, la delimitación de su materialización y el ámbito temporal en el que tienen efecto<sup>78</sup>. El documento reconoce que las eficiencias fuera de mercado se deben valorar si cómo mínimo las ventajas superan las desventajas para con los consumidores del mercado afectado. El problema que plantea es, el ya conocido, la desvinculación de esas eficiencias del mercado o mercados afectados por el acuerdo. Si bien se reconoce que el impacto positivo de una restricción con beneficio climático afectará a otros consumidores o a la sociedad en general puede ser posible que los consumidores del mercado afectado no perciban esa mejora o, en su caso, que la restricción que se genere no sea compensable en su totalidad para los adquirentes del insumo. En suma, el debate sobre la validez en el análisis concurrencial de las eficiencias fuera del mercado relevante se halla abierto, si bien se consolida en el marco de la interpretación concurrencial.

## 2. La legislación española de defensa de la competencia, los acuerdos de sostenibilidad y la función de la CNMC

La CNMC a lo largo de estos años se ha pronunciado a través de distintos documentos sobre como integrar los ODS dentro de la política de competencia y cual debería ser su marco de actuación. La CNMC incardina la implementación de los ODS en el contexto de sus funciones como garante de la competencia, supervisora

[gen/2023/13\\_06\\_2023\\_Kakaoforum.html?nm=49312](https://www.gen/2023/13_06_2023_Kakaoforum.html?nm=49312) consulta efectuada en octubre de 2024. El objetivo de este foro es mejorar el nivel de vida de terceros países en relación con su producción, exportación y distribución de cacao, en particular de Costa de Marfil y Gambia. Los objetivos del foro son garantizar un precio justo por el producto, es decir, asumir unos precios mínimos por los importadores de cacao, la fijación de cuotas de adquisición de producto y sistemas premium. La asociación no obliga a seguir las mismas pautas en cantidades de compra o en fijaciones de precio, sino que se fundamenta en unas recomendaciones de precios, la libertad de sus asociados en cambiar las cuotas de compra o en sistemas de priorización de resultado.

<sup>77</sup> Ciertamente, desde nuestro punto de vista, el análisis concurrencial podría pasar por el efecto red de los acuerdos individualizados celebrados entre importadores y fabricantes de cacao dentro del territorio de la Unión y comportara, a una discriminación de acuerdos similares de importadores de otros Estados miembros. Este caso es un ejemplo claro de comercio sostenible, siendo cuantificables los beneficios de sostenibilidad en un precio equitativo del producto, la producción y el beneficio económico para con los participantes del acuerdo.

<sup>78</sup> Vid. BUEREN, CROWDE (2024) pág. 123. Vid. el desarrollo por la autoridad alemana en <https://dsserver.bundestag.de/btd/20/030/2003065.pdf> [consulta efectuada en octubre de 2024] BT-Drs. 20/3065, párrs. 434-438. El documento de la *Monopolkommission* es de fecha julio de 2022 y replantea la introducción de las eficiencias fuera de mercado en acuerdos con restricciones que puedan mejorar el medio ambiente. El documento es interesante por cuanto recoge la posibilidad de valorar estas eficiencias en mercados distintos a los afectados por el acuerdo y plantea la opción de cómo valorarlos a nivel temporal, distinguiendo entre si las eficiencias afectan sólo a los consumidores de ese mercado o si implica a consumidores de otros mercados.

de mercados y en su tarea de promoción de la competencia<sup>79</sup>. El *Plan Estratégico de la Autoridad 2021-2026*<sup>80</sup> y, más recientemente, el documento *Plan de actuaciones 2024*<sup>81</sup> marcan como prioritarios la implementación de los ODS por la autoridad<sup>82</sup>. La CNMC plantea la necesidad de efectuar un análisis concurrencial conforme a la legislación vigente en derecho interno y en Derecho de la Unión<sup>83</sup>.

Históricamente, la AC española ha revisado prácticas colusorias, conductas abusivas o concentraciones empresariales que tenían por objeto aspectos vinculados a lo que, actualmente, se podría denominar sostenibilidad medioambiental, economía circular o economía sostenible en la década del 2000 hasta la actualidad. Ese análisis se hizo a la luz del estudio de conductas que podían recaer dentro del art. 1.1LDC, evaluando fijaciones de precios y la distribución del mercado entre empresas competidoras<sup>84</sup>. En aplicación del art. 2LDC se examinaron posibles abusos de posición de dominio en el análisis de operaciones de concentración o en la aplicación del art. 3LDC<sup>85</sup> en el sector energético. A título de ejemplo, se pueden citar las recientes resoluciones en este sector, con decisiones de diverso alcance y contenido, como el expediente *Enel Green Power España*<sup>86</sup>, cuyo marco legal se incardina en la normativa reguladora de la liberalización del sector eléctrico. En esta resolución se constató una conducta de abuso de posición de dominio consistente en limitar el acceso al mercado en la comercialización de energía hacia aquellos operadores competidores que debían acceder a la red gestionada por *Enel Green Power España*<sup>87</sup> como interlocutor único de nudo en la red de transporte de energía. En el mismo mercado, el

<sup>79</sup> En el ámbito de la promoción de la competencia, la CNMC ha presentado diversos estudios, informes o guías que inciden en una mayor aproximación en la liberación del sector energético y en la transformación ecológica del mismo con impacto en el beneficio del consumidor.

<sup>80</sup> Este documento únicamente marca la actuación de la autoridad con carácter general sin plasmar medidas concretas de actuación, como una posible modificación de la Ley 15/2007 para reconocer los beneficios de sostenibilidad. A pesar de lo anterior, el Plan estratégico de actuación de la CNMC hasta 2026 deja constancia de la voluntad de adaptar la actuación de la autoridad a los objetivos de transformación digital y transición ecológica como elementos clave de la modernización de la economía. Y en este sentido se incide en el papel de la autoridad en el ámbito regulatorio y en la protección del consumidor. La protección del consumidor se define desde un punto de vista activo en el sector energético como sujeto bien informado entre las distintas opciones que se le plantea por los operadores en el mercado de la energía y, desde un punto de vista pasivo, como operador a ser beneficiado por la actuación de la autoridad. Esta actuación se desdobra desde la defensa de la competencia y en el ámbito de promoción de la competencia.

<sup>81</sup> [https://www.cnmec.es/sites/default/files/editor\\_contenidos/CNMC/PortalTransparencia/2024\\_Plan%20de%20Actuaciones%202024.pdf](https://www.cnmec.es/sites/default/files/editor_contenidos/CNMC/PortalTransparencia/2024_Plan%20de%20Actuaciones%202024.pdf) [consulta de octubre de 2024].

<sup>82</sup> El contenido difiere de las iniciativas de otras autoridades como la propuesta comentada de las autoridades austríaca, griega y neerlandesa.

<sup>83</sup> En cualquier caso, la CNMC marca como objetivos actuar específicamente en sectores regulados en los que la transición ecológica es parte integrante de los mismos y objetivo de otras políticas económicas, por ejemplo, en el mercado de la energía y de las telecomunicaciones.

<sup>84</sup> *Vid.* por ejemplo, la vulneración del art. 1.1LDC expte. S/0107/08, *Plataforma del mejillón*, de 26 de abril de 2011, si se considera protección de ecosistemas, la fijación de precios, la cuota de producción y la distribución de clientes en una plataforma que incorporaba a diversas asociaciones de productores y distribuidores de este molusco.

<sup>85</sup> *Vid.* resolución de archivo de expediente en el expdte. *Enagás S/0001/20*, de 6 de noviembre de 2023, por no quedar acreditada una conducta de posición dominante abusiva en el mercado. *Vid.* entre otras resoluciones en operaciones de concentración que afectan al mercado del sector eléctrico y gasista, el expdte. C-94/05 *Gas Natural / Endesa* de 5 de enero de 2006 o el expte. C/0465/12 *Iberdrola / Navasfrías* de 17 de octubre de 2012 y la posible vulneración del art. 3 LDC el expdte. S/0015/19 *Bono social* resolución de 9 de enero de 2020.

<sup>86</sup> Expediente S/0022/20 de 10 de junio de 2022

<sup>87</sup> En este expediente se constató una conducta consistente en el abuso de posición de dominio que comportó unos límites de acceso al mercado en la comercialización de energía por parte de otros operadores a los que se les negó el acceso por el interlocutor único de nudo, en dos nudos de acceso y conexión a la red de transporte de energía eléctrica e instalación de sus proyectos fotovoltaicos.

expediente *Luminora*<sup>88</sup>, sancionó al interlocutor único de nudo por priorizar el acceso a las subestaciones o nudos de acceso a la red de transporte de energía a las empresas parte de su grupo empresarial frente a otros competidores. Algún pronunciamiento ha habido en relación con el art. 3LDC, véase el archivo de actuaciones en el expediente *Naturgy Iberia*<sup>89</sup>, concerniente al mercado de suministro de energía eléctrica, ante un posible falseamiento de las normas de competencia por infracción del art.3LDC de la empresa suministradora en la publicidad de sus servicios. De los expedientes citados, se desprende que una conducta vinculada a sostenibilidad medioambiental podría ser cualquier aspecto relacionado con procesos industriales que incorporaran sistemas de producción dirigidos a la transición ecológica o, incluso, un acuerdo que soslayara una supuesta protección de la biodiversidad y los ecosistemas.

Junto a las decisiones adoptadas sancionando conductas o bajo el control de operaciones de concentración, la CNMC al igual que otras AC del estado español, como la Autoridad Catalana de la Competencia<sup>90</sup>, han preparado estudios, por ejemplo en el mercado energético, analizando estructuras de mercado tras su liberalización y el impacto de políticas públicas en el tránsito hacia una economía más sostenible con el medio ambiente. Asimismo, en el ámbito de promoción de la competencia la CNMC ha formulado opiniones a anteproyectos de ley vinculados a aspectos de sostenibilidad<sup>91</sup>. Por tanto, se puede afirmar que la actuación de la AC española se ha adecuado al contenido de la legislación vigente a los retos de sostenibilidad con los parámetros de análisis y funciones tradicionales de la AC.

Independientemente de los supuestos anteriormente citados, la CNMC se ha pronunciado en torno al alcance y los límites de la evaluación concurrencial en materia de sostenibilidad mediante el documento anteriormente citado *Contribución CNMC al Pacto Verde*<sup>92</sup> de diciembre de 2020<sup>93</sup>. Concretamente, este documento delimitó cual era la posición de la AC española respecto a la valoración de aspectos de sostenibilidad medioambiental en el análisis concurrencial. En este sentido, la función de la AC alcanza actuaciones concretas como la elaboración de guías y estudios vinculados a aspectos de sostenibilidad hasta el análisis de conductas con impacto en materia de sostenibilidad. La CNMC

<sup>88</sup> S/0003/23 de 20 de diciembre de 2023.

<sup>89</sup> S/0037/19 de 29 de julio de 2024.

<sup>90</sup> Vid. CNMC <https://www.cnmc.es/ambitos-de-actuacion/promocion-de-la-competencia/mejora-regulatoria#estudios> Véase el estudio reciente de la Autoridad Catalana de la Competencia sobre energías renovables en Catalunya, [https://acco.gencat.cat/web/.content/80\\_acco/documents/arxiu/actuacions/20240619\\_resum-estudirenovables-catalunya-cat.pdf](https://acco.gencat.cat/web/.content/80_acco/documents/arxiu/actuacions/20240619_resum-estudirenovables-catalunya-cat.pdf) El estudio plantea la evolución e implementación de las energías renovables a gran y pequeña escala junto con los beneficios económicos que implementación más extensa podría tener en materia de sostenibilidad ambiental y consumo frente a otras fuentes de energía fósiles. Tras ello se plantea un análisis concurrencial del mercado, desde el grado de concentración empresarial a nivel de producción y de generación de energía, a nivel de distribución y el impacto que su implementación en una mayor parte del territorio puede tener en materia de precios y consumo de energía. Vid. asimismo el estudio *Análisis del servicio de recarga de vehículos eléctricos de acceso público en Cataluña eléctricos* [https://acco.gencat.cat/web/.content/80\\_acco/documents/arxiu/actuacions/20240118-estudi-recarrega-vehicles-electrics-esp.pdf](https://acco.gencat.cat/web/.content/80_acco/documents/arxiu/actuacions/20240118-estudi-recarrega-vehicles-electrics-esp.pdf)

<sup>91</sup> Vid. por ejemplo el Informe sobre el anteproyecto de ley de industria y autonomía estratégica, expediente nº: IPN/CNMC/019/24 de 22 de julio de 2024; o el *Informe sobre el anteproyecto de ley por la que se regula el marco de información corporativa sobre cuestiones medioambientales, sociales y de gobernanza* IPN/CNMC/010/24 de 14 de abril de 2024.

<sup>92</sup> Documento cit. en nota *ut supra* y disponible en <https://www.cnmc.es/prensa/cnmc-posicion-green-deal-20201210>.

<sup>93</sup> Esta finalidad se recogió asimismo en el *Plan Estratégico de la autoridad 2021-2026* cit *ut supra*.

advirtió sobre posibles interpretaciones y resoluciones contradictorias, si las jurisdicciones europeas no actuasen bajo los parámetros de análisis pautados por la Comisión Europea en venideras regulaciones. En puridad, la respuesta contenida en el documento es muy laxa y modulable ante el devenir de futuras regulaciones.

En nuestra opinión de este documento de la CNMC se desprenden dos aspectos relevantes de inicio, que marcan el posicionamiento de la autoridad, a saber: En primer lugar, afirma que las políticas de competencia evalúan conductas de las empresas en el mercado bajo parámetros económicos y, en segundo lugar, reitera que la AC únicamente puede valorar eficiencias no cuantificables económicamente de forma excepcional. Sí que es cierto que el documento plantea la necesidad de cumplir con los objetivos de sostenibilidad y, los reconoce desde un ámbito social y medioambiental, pero sin proponer una modificación del análisis sustantivo del derecho de la competencia. Se sigue por tanto la misma postura hasta el momento sostenida por el *Bundeskartellamt* y, en consecuencia, con la propia reforma efectuada por la Comisión Europea. En el documento se plasma que esa modificación podría llevar a sesgar la aplicación de la normativa de competencia en el mercado e ir en contra de los propios fines del Derecho concurrencial, puesto que llevado hasta el límite podría conllevar la aprobación de cárteles o concentraciones dañinas bajo supuestos parámetros de sostenibilidad. El documento de la CNMC abogaba por un acercamiento siguiendo directrices de la Comisión contenidas en futuros reglamentos de exenciones y en el examen de operaciones de concentración.

La vigente Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia no reconoce una exención general de sostenibilidad para la evaluación de conductas empresariales, operaciones de concentración empresarial o la revisión de ayudas públicas. En materia de cárteles o prácticas concertadas entre empresas, el art.1.1LDC debe regir el examen concurrencial y su art. 1.3 LDC, tal y como se encuentra regulado, no incluye en su literal una exención de sostenibilidad. Atendiendo a la legislación aprobada por la Comisión Europea en estos tres últimos años, en nuestra opinión y a tenor de lo expuesto por la CNMC, la AC debería interpretar y aplicar la legislación concurrencial española de conformidad con los cambios introducidos por la Comisión Europea. A fecha de hoy deberemos estar a la espera de nuevos planteamientos a ser adoptados por el legislador español en su caso o a las interpretaciones de la CNMC de los acuerdos de sostenibilidad.

La CNMC menciona que ante una falta de regulación aquellos acuerdos de sostenibilidad que incorporen un elemento medioambiental beneficioso, a pesar de ser limitativo de la competencia, deberían examinarse a la luz de la exención del art. 101.3 TFUE y, en consecuencia, propone una interpretación acorde del análisis económico desde la perspectiva concurrencial. La CNMC abogaba por una revisión económica de aquellos elementos que son claves en el análisis concurrencial, no únicamente admitiendo beneficios directos en los acuerdos de sostenibilidad, sino también la consideración de externalidades positivas como beneficios del acuerdo y una revisión conceptual sobre los beneficios posibles

para el consumidor o como valorar el reparto equitativo de beneficios, si estos impactan en la sociedad en general<sup>94</sup>.

Si bien el documento de la CNMC es anterior a la reforma habida en Derecho europeo en materia concurrencial con la introducción de elementos de sostenibilidad, del texto se desprenden varias cuestiones clave que entendemos se hallan vigentes: (i) la interpretación de los acuerdos de sostenibilidad y los beneficios de sostenibilidad deben limitarse al marco legislativo vigente, hecho que se desmerece sin una delimitación clara de este concepto ni su alcance (social y/o medioambiental) (ii) la necesidad de una modificación legislativa adecuada desde el Derecho de la Unión; (iii) el principio de efectividad en la aplicación de las normas concurrenciales y el principio de interpretación conforme de la legislación concurrencial son básicos para obviar sesgar el mercado interior; (iv) la necesidad de garantizar seguridad jurídica para con los administrados definiendo el alcance de los beneficios de sostenibilidad a los efectos de que todos los operadores del mercado puedan evaluar sus conductas a nivel de la UE; (v) la necesaria revisión de los parámetros de evaluación de los acuerdos de cooperación horizontal con posibles revisiones de conceptos clave como su efecto en el bienestar del consumidor, una revisión económica de las externalidades obtenidas por los beneficios de sostenibilidad o la reformulación de los costes económicos para valorar criterios cualitativos que permitan la aplicación del 101.3 TFUE a estos acuerdos<sup>95</sup> y (vi) la admisibilidad de consultas informales a la autoridad por las empresas en relación con acuerdos de sostenibilidad para adecuar su conducta al marco legal vigente.

Como es observable, de inicio, la CNMC no se ha opuesto a valorar eficiencias fuera de mercado de los acuerdos de sostenibilidad. La postura de la CNMC, hasta el momento, no pasa por una propuesta de modificación legislativa a nivel interno, sino de una interpretación conforme con el Derecho de la Unión. A pesar de parecer una postura conservadora, posiblemente es una de las mejores opciones puesto que la práctica es mínima en torno a los acuerdos de sostenibilidad ante la falta de consensos en cuestiones de evaluación económica, e incluso, conceptual.

## V. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS DE ACERCAMIENTO A ESTA PROBLEMÁTICA

La incorporación de los elementos de sostenibilidad se ha efectuado al margen de una modificación legislativa del TFUE en materia concurrencial. Este hecho no es necesariamente cuestionable por diversos motivos. En primer lugar, en nuestra opinión, ello responde a la necesidad de un acercamiento transversal a la implementación de los ODS que va más allá del Derecho de Defensa de la competencia. Diversos preceptos del TFUE promueven la protección del medio ambiente, el desarrollo sostenible de la economía y la protección de la libre competencia en el mercado. Asimismo, las políticas económicas e industriales de la Unión promueven el desarrollo sostenible de los mercados. A ello se

<sup>94</sup> Págs. 21 y 22 del documento citado de la CNMC en nota al pie ut supra. Así mismo, la CNMC planteaba en el documento como se deberían replantear el sistema de ayudas públicas y las operaciones de concentración. Punto 2 y 4 del documento citado de la CNMC en nota al pie ut supra.

<sup>95</sup> Instrumento ya previsto por la ley 3/2013, art. 5.2, en la legislación española.

unen iniciativas legislativas que dirigidas a las empresas como operadores del mercado para alcanzar ese desarrollo sostenible de la economía. En segundo lugar, el legislador europeo ha optado por la fijación de unos parámetros de evaluación de conductas a través de instrumentos de derecho derivado sin plantear una exención general en materia de sostenibilidad con una modificación del art.101TFUE. Finalmente, la inexistencia de un consenso sobre el concepto de sostenibilidad hace que todo acuerdo que pueda afectar, cuanto menos, a mejores productos o procesos de I+D que incluyan elementos de sostenibilidad medioambiental podrán ser analizados mediante un análisis económico tradicional concurrencial. Sin duda alguna, se puede afirmar que en la opción legislativa de la UE ha primado evitar situaciones de *greenwashing* frente a la posible creación de un daño en el mercado.

Si el Derecho de defensa de la competencia es un derecho del mercado, aquello que no se pueda cuantificar o dar un valor económico, difícilmente podrá encajar plenamente en su análisis. Este es el límite al que se enfrentan las eficiencias positivas de los beneficios de sostenibilidad: El cálculo cuantitativo del impacto del acuerdo en consumidores fuera del mercado donde el acuerdo tenga sus efectos, mejora para la sociedad o para las generaciones futuras. Esta afirmación no implica que su cálculo no sea factible, pero necesariamente los parámetros de cuantificación se deberían adaptar al elemento de evaluación. Como hemos plasmado a lo largo del texto, el primer paso se halla en su reconocimiento a nivel legislativo. Las Directrices de cooperación horizontal de 2023, en mayor medida, y la Comunicación del mercado de referencia de 2024, introducen legislativamente, espacios para valorar estas eficiencias de sostenibilidad. A lo anterior se debe añadir un cierto consenso en los parámetros que pueden permitir la cuantificación de esas eficiencias a través de la literatura económica existente hasta el momento y los diferentes informes o estudios de organismos internacionales. Así mismo podemos afirmar que otras disciplinas del Derecho pueden abordar los problemas vinculados a la sostenibilidad, cuando las sociedades u otros operadores del mercado cometan actos de competencia desleal mediante publicidad ilícita sobre los productos presuntamente sostenibles, siendo posiblemente los actos de competencia desleal la mejor vía de protección de los consumidores.

La UE ha plasmado el marco de referencia para con las AC de los Estados miembros. Ante la ausencia de un bagaje práctico que permita un muestreo o trabajo de campo, las AC tendrán un papel difícil en la evaluación de algunos tipos de acuerdos u operaciones vinculados a sostenibilidad. Por otra parte, hasta el momento, la limitada aceptación de las eficiencias fuera de mercado como beneficios de sostenibilidad y la ausencia de un criterio claro en su cuantificación, más que el *WTP* cuando el análisis de la restricción deba medir el bienestar del consumidor, puede incrementar aún más esa falta de seguridad jurídica para con los operadores en el mercado en la evaluación de la exención. En cualquier caso, la evolución en la aproximación a diferentes métodos de cuantificación de los beneficios de sostenibilidad, pueden llegar a permitir un análisis concurrencial más robusto de los mismos. Asimismo, la interpretación conforme con el Derecho de la Unión y las decisiones de la Comisión Europea representarán el límite de las AC cuando deban interpretar derecho interno y europeo. Todo ello con independencia de las posibles modificaciones legislativas introducidas en el derecho interno de los Estados miembros.

La práctica habida hasta el momento muestra como las AC se han pronunciado en torno a conductas que incluían infracciones «clásicas» del derecho concurrencial. Estas resoluciones se han ventilado mediante métodos económicos tradicionales en este ámbito. Todos los ejemplos citados se podían incluir dentro del ámbito de la sostenibilidad medioambiental. A esta tipología de acuerdos se incluyen otro tipo de iniciativas económicas y empresariales como las revisadas por el *Bundeskartellamt* que pueden ir incrementándose a futuro y que necesitarán de un acercamiento jurídico, económico y medioambiental conjunto y robusto.

La Comisión Europea mantiene la opción de presentar consultas informales por las empresas, instrumento ya existente con el paquete de modernización del Reglamento 1/2003. El documento de la OCDE *Competition in the circular economy* plantea diversas opciones que las AC disponen para otorgar una mayor seguridad jurídica a las empresas. Estas opciones pasan por fundamentar las declaraciones de sostenibilidad en informes de instituciones, la elaboración de guías o estudios y abrir buzones de consulta, *sand-boxes* o emitir cartas de orientación a las empresas involucradas en acuerdos de sostenibilidad. La CNMC admite esta última opción por cuanto el marco legislativo español lo reconoce, si bien se admite la necesidad de actuar bajo una armonización legislativa y de forma coordinada con el resto de autoridades.

Las consultas informales, a nuestro parecer, podrían comportar diversos problemas de inicio. El primero es la diversidad de consultas que se pueden formular ante la autoridad bajo el paraguas de los acuerdos de sostenibilidad y que pueden llevar a un sistema de notificación encubierto. El segundo, la falta de seguridad jurídica que estas cartas de conformidad conllevan. Recordemos que ya históricamente, se constató su alcance, límites y carencias con las denominadas cartas de archivo con anterioridad a la reforma implementada por el Reglamento 1/2003. En nuestra opinión, la emisión de cartas de orientación denota complejidad por las características de las mismas, puesto que no vinculan a la autoridad en ningún caso hecho que conlleva a que si el contenido acuerdo o la posición legislativa varían al respecto, cualquier consideración contenida en la misma sería ineficaz. En suma, estas cartas no generan derecho alguno, ni garantía alguna para los administrados. Ello entrañaría un riesgo en el examen de las conductas y causa un sesgo en la voluntad de otorgar seguridad jurídica a los operadores que soliciten esta opinión.

Ciertamente nos hallamos ante un momento inicial del análisis concurrencial de conductas con elementos de sostenibilidad. En nuestra opinión, es necesario abogar por una amplitud de miras en el análisis concurrencial de las eficiencias de sostenibilidad entendidas como eficiencias fuera de mercado y su admisibilidad a pesar de entrañar una cierta dificultad en su cuantificación. Otro de los problemas con los que nos enfrentamos es que ante una falta de posicionamiento legislativo a nivel concurrencial o unos criterios claros de evaluación de los beneficios de sostenibilidad, siempre quedará la posibilidad de reclamar judicialmente daños derivados de conductas anticoncurrenciales soslayadas bajo parámetros de sostenibilidad. Y a pesar de la complejidad del análisis de los elementos de sostenibilidad, no sería descartable, la opción de acudir al *amicus curiae* tal y como se encuentra reconocida esta figura cuanto menos en la legislación española.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

- BUEREN, Eckart, CROWDER, Jennifer (2024), «Sustainability and Competition Law in Germany», en 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, ed. Springer, Switzerland, ISSN 2199-742X/ISSN 2199-7438 (electronic), págs.83-127 [consulta efectuada en septiembre de 2024].
- FLEISCHER, Holger (2024): «Corporate Purpose: A Management Concept and its Implications for Company Law». *Research Paper Series*, No. 21/26, Max Planck Institute for Comparative and International Private Law, 2024, ECFR, págs. 161-189.
- HOLMES, Simon (2024), «Cartels harming sustainability (and those that don't) in Europe», en NOWAG, J. (dir.), *Research handbook on sustainability and competition law*, Elgar online, págs.337 a 351 [consulta efectuada en septiembre de 2024].
- HUFFMAN, Max, PARKE, Jack (2024), «Sustainability and antitrust – what to expect from the US», en NOWAG, J. (dir.), *Research handbook on sustainability and competition law*, Elgar online, págs.535 a 553 [consulta efectuada en septiembre de 2024].
- INDERST, Roman, THOMAS, Stefan (2021): «Integrating Benefits from Sustainability into the Competitive Assessment—How Can We Measure Them?» *Journal of European Competition Law & Practice*, 2021, Vol. 12, No. 9, Oxford Univ. Press, Oxford págs.705-709 [consulta efectuada en septiembre de 2024].
- INDERST, Roman, THOMAS, Stefan (2021): «The scope and limitations of incorporating externalities in Competition Analysis within a Consumer welfare approach». December 2021, [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3896243](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3896243) págs.1-28 [consulta efectuada en septiembre de 2024].
- KINGSTON, Suzanne (2024), «Competition and sustainability in EU Law: Nearer resolution of the old debate?», en NOWAG, J. (dir.), *Research handbook on sustainability and competition law*, Elgar online, págs.140-153 [consulta efectuada en septiembre de 2024].
- KUBAT, Adrian, TOKIĆ, Adnan (2024): «Sustainability and Competition Law in Austria», en 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, ed. Springer, Switzerland, ISSN 2199-742X/ISSN 2199-7438 (electronic), págs.34-50 [consulta efectuada en septiembre de 2024].
- MAILLO GONZÁLEZ-ORÚS, Jerónimo (2022), «Cooperación empresarial “verde” bajo el artículo 101TFUE: Un análisis de opciones», en ROBLES MARTÍN-LABORDA, A., ZURIMENDI ISLA, A. (dirs.) *Estudios de la Red Académica de Defensa de la Competencia*, (RADCA), ed. Aranzadi, Cizur Menor, págs.337-359.
- VAN DER ZEE, Eva (2024), «European competition law: measuring sustainability benefits under article 101 (3) TFEU», en NOWAG, J. (dir.) *Research handbook on sustainability and competition law*, Elgar online, págs.412-425 [consulta efectuada en septiembre de 2024].