

# ACUERDOS ENTRE COMPETIDORES QUE PERSIGUEN OBJETIVOS SOSTENIBLES

## AGREEMENTS BETWEEN COMPETITORS TO ACHIEVE SUSTAINABILITY GOALS

Fernando CACHAFEIRO\*

### RESUMEN

El artículo estudia la incidencia de las cuestiones de sostenibilidad en el análisis de los acuerdos entre competidores desde el punto de vista del Derecho europeo de la competencia, tras la publicación de las Directrices horizontales de 2023. El nuevo enfoque de la Comisión Europea se traduce en una interpretación más flexible de las condiciones de exención de los acuerdos sostenibles según el art. 101.3 TFUE, particularmente respecto de los requisitos de indispensabilidad y de participación equitativa de los usuarios, si bien también incide en el ámbito del artículo 101.1 TFUE al excluir que los acuerdos que persiguen principalmente objetivos sostenibles puedan calificarse de restricciones «por objeto».

**Palabras clave:** Derecho europeo de la competencia, acuerdos de sostenibilidad, objetivos de sostenibilidad, prohibición de colusión, carteles, acuerdos anticompetitivos, artículo 101.1 TFUE, artículo 101.3 TFUE, cambio climático, ganancias de eficiencia, bienestar del consumidor, consideraciones no económicas.

### ABSTRACT

This paper examines the impact of sustainability issues on the analysis of agreements between competitors under European competition law, following the publication of the 2023 Horizontal Guidelines. The European Commission's new approach results in a more flexible interpretation of the exemption conditions for sustainable agreements under Art. 101(3) TFEU, particularly with regard to the indispensability and fair user participation requirements, but also impinges on the scope of Art. 101(1) TFEU by excluding that the agreements that primarily pursue sustainable objectives can qualify as restrictions «by object».

**Keywords:** EU competition law, sustainability agreements, sustainability objectives, Article 101(1) TFEU, collusion, cartels, anticompetitive agreements, Article 101(3) TFEU, climate change, efficiency gains, consumer welfare, non-economic considerations.

\* Profesor Titular de Derecho mercantil, Universidad de A Coruña. Dirección de correo electrónico: [fernando.cachafeiro@udc.es](mailto:fernando.cachafeiro@udc.es)

Este trabajo ha sido realizado en el marco del proyecto de investigación «Big Data, competencia y protección de datos» (PID2021-127172NB-I00), del Plan Estatal de Investigación Científica, Técnica y de Innovación 2021-2023, cofinanciado por la Unión Europea y el Ministerio de Ciencia e Innovación – Agencia Estatal de Investigación.

Fecha de recepción: 8 de mayo de 2024 // Fecha de aceptación: 16 de mayo de 2024

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN.—II. SOSTENIBILIDAD Y COMPETENCIA.—III. LA SOSTENIBILIDAD NO SE LIMITA AL MEDIO AMBIENTE.—IV. ¿UNA FORMA «SUI GENERIS» DE ACUERDO DE COLABORACIÓN?—V. LOS ACUERDOS DE SOSTENIBILIDAD.—1. Objeto o efecto restrictivo de la competencia (artículo 101.1 TFUE).—1.1. Acuerdos de sostenibilidad que no restringen la competencia.—1.2. Acuerdos de sostenibilidad restrictivos «por objeto».—1.3. Acuerdos de sostenibilidad restrictivos «por efecto».—2. Análisis de las ventajas derivadas de los acuerdos de sostenibilidad (artículo 101.3 TFUE).—2.1. Mejoras de eficiencia.—2.2. Carácter indispensable.—2.2.1. *Fallos de mercado*.—2.2.2. *Margen de apreciación de las mejoras por parte de los usuarios*.—2.3. Beneficio de los usuarios.—2.3.1. *Beneficios individuales del valor de uso*.—2.3.2. *Beneficios individuales del valor de no uso*.—2.3.3. *Beneficios colectivos*.—2.4. No eliminación de la competencia.—VI. LOS ACUERDOS DE «ESTANDARIZACIÓN DE LA SOSTENIBILIDAD».—1. Acuerdos de estandarización de la sostenibilidad que no restringen la competencia.—2. Estándares restrictivos «por objeto».—3. Estándares restrictivos «por efecto»: salvaguardia blanda.—VII. LOS ACUERDOS DE SOSTENIBILIDAD EN EL ÁMBITO DE LA AGRICULTURA.—VIII. CONCLUSIONES.—IX. BIBLIOGRAFÍA.

**CONTENTS:** I. INTRODUCTION.—II. SUSTAINABILITY AND COMPETITION.—III. SUSTAINABILITY IS NOT LIMITED TO THE ENVIRONMENT.—IV. A SUI GENERIS FORM OF COLLABORATION AGREEMENT; V. SUSTAINABILITY AGREEMENTS: 1. SUSTAINABILITY AGREEMENTS.—1. Assessment under Article 101(1).—1.1. Sustainability agreements that do not restrict competition.—1.2. Sustainability agreements restrictive by object.—1.3. Sustainability agreements restrictive by effect.—2. Assessment of sustainability agreements under Article 101(3).—2.1. Efficiency gains.—2.2. Indispensability.—2.2.1. *Market failures*.—2.2.2. *Users' margin of appreciation of the improvements*.—2.3. Pass-on to consumers.—2.3.1. *Individual use value benefits*.—2.3.2. *Individual non-use value benefits*.—2.3.3. *Collective benefits*.—2.4. No elimination of competition.—V. SUSTAINABILITY STANDARDISATION AGREEMENTS.—1. Sustainability standardization agreements that do not restrict competition.—2. Restrictive standards by object.—3. Restrictive standards by effect: safe harbour.—VII. SUSTAINABILITY AGREEMENTS IN AGRICULTURE.—VIII. CONCLUSIONS. IX. BIBLIOGRAPHY.

## I. INTRODUCCIÓN

El Derecho de la competencia tiene como objetivo proteger el funcionamiento competitivo de los mercados lo cual se traduce en menores precios, productos de más calidad y con mayor innovación. Cuando examinan los acuerdos entre competidores, las autoridades de la competencia han de valorar si las restricciones que causan al libre mercado se compensan con mejoras de eficiencia de las que se benefician los usuarios. Es decir, deben ponerse en un lado de la balanza los efectos restrictivos de la competencia y en el otro los positivos (eficiencias), de manera que cuando los segundos compensen los primeros, el pacto se considera compatible con la legislación de competencia. A la hora de realizar este análisis, lo que cuenta son las restricciones de la competencia y las eficiencias que se generan en el mercado del producto y geográfico afectado, las cuales se valoran en función de sus efectos, positivos o negativos, sobre los parámetros de la competencia: precio, cantidad, calidad o innovación.

Sin embargo, si se traslada esta metodología clásica a los acuerdos entre competidores que persiguen objetivos sostenibles —los denominados «acuerdos de sostenibilidad»— se corre el riesgo de que la autoridad de competencia infravalore las virtudes de los acuerdos y, consiguientemente, considere que están prohibidos pactos entre competidores que resultan beneficiosos en su conjunto. Por una parte, respecto del mercado afectado, las consecuencias de los acuerdos de sostenibilidad se pueden manifestar fuera del mercado de producto (se benefician personas que nos son usuarias del mismo, por ejemplo, los trabajadores de una fábrica), en otros ámbitos geográficos (las personas que residen en la ciudad del tercer mundo donde se reduce la contaminación de una fábrica) o en el futuro (al evitar la destrucción irreversible de un entorno natural). Por

otro lado, acerca del impacto sobre los parámetros de competencia, la colaboración empresarial puede no incidir favorablemente en estos indicadores (la mejora de las condiciones de laborales, por ejemplo, no implica necesariamente un producto de más calidad) e, incluso, puede tener un impacto negativo, como sucede cuando la mejora medioambiental entraña un aumento de costes de fabricación que se traduce en precios más altos de los productos.

Consciente de estas dificultades, la Comisión Europea ha incluido en la última versión de las Directrices sobre colaboración horizontal de 2023 (Directrices Horizontales)<sup>1</sup> un apartado dedicado a los acuerdos de sostenibilidad en el que trata de plasmar una visión más «verde» del Derecho de la competencia<sup>2</sup>. Como expondremos a lo largo del trabajo, el nuevo enfoque se traduce en una mayor flexibilidad para incorporar las cuestiones de sostenibilidad al estudio de las condiciones de exención previstas en el artículo 101.3 TFUE. Entre otros aspectos, se amplía el espectro de personas a tener en cuenta para valorar si los usuarios participan en las ventajas del acuerdo (siempre que exista una conexión siquiera indirecta con el mercado de producto afectado) y se reconoce que las ventajas de la sostenibilidad pueden compensar (hasta cierto punto) el impacto negativo sobre los precios, la calidad o la cantidad de producto. Además, se admite expresamente que ciertos fallos del mercado y la dificultad de los usuarios para apreciar las ventajas sostenibles pueden justificar el carácter indispensable de la colaboración «verde» entre competidores.

Respecto del artículo 101.1 TFUE, las Directrices permiten que la sostenibilidad se invoque como una de las finalidades legítimas que evitan la calificación de restricción «por objeto», siempre y cuando sea su finalidad «principal», quedando pues reservada la calificación para los pactos en los que la finalidad sostenible es secundaria respecto de la restricción de la competencia y también para los acuerdos pretendidamente sostenibles que enmascaran una fijación de precios u otra restricción grave de la competencia. Por otro lado, las orientaciones de la Comisión contemplan una exención de la prohibición (se presumen no restrictivos de la competencia) respecto de un tipo particular de pactos, de estandarización de la sostenibilidad, siempre que cumplan las condiciones detalladas en las Directrices y no incluyan una limitación de la producción.

Para ahondar en estas cuestiones, el trabajo se estructura en cinco partes: en la primera, se esboza con carácter general la relación del Derecho de la competencia con los objetivos sostenibles; la segunda alude al concepto de sostenibilidad que utiliza el Derecho de la competencia, el cual que va más allá de la protección del medioambiente; la tercera se detiene en la categorización de los acuerdos de sostenibilidad y sus relaciones con otras formas de colaboración horizontal ya conocidas; en la cuarta y más extensa parte del trabajo se analizan con detalle las disposiciones sobre acuerdos de sostenibilidad de las Directrices

---

<sup>1</sup> Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del TFUE a los acuerdos de cooperación horizontal (2023/C 259/01).

<sup>2</sup> En el presente trabajo vamos a limitarnos a estudiar el impacto que los objetivos de desarrollo sostenible tienen en una de las esferas del Derecho de la competencia, la prohibición de conductas colusorias, pues es en este ámbito en el que se está manifestando con mayor intensidad la interacción entre competencia y sostenibilidad. Y, dentro de este, nuestro estudio se circunscribe a los acuerdos entre competidores (denominados «horizontales»), aunque no conviene perder de vista que también en materia de acuerdos de distribución («verticales»), la sostenibilidad está llamada a jugar un papel cada vez más importante (*Vid.*, al respecto, DE LA VEGA, Fernando [2022], págs. 831-833).

de colaboración horizontal; los acuerdos de estandarización de la sostenibilidad, que en determinadas condiciones pueden estar exentos de la prohibición del artículo 101.1 TFUE, se examinan en la quinta parte del trabajo; finalmente, en la sexta y última parte, se alude a la inaplicabilidad de las Directrices a los acuerdos sobre sostenibilidad en el ámbito de la agricultura.

## II. SOSTENIBILIDAD Y COMPETENCIA

El desarrollo sostenible y la protección del medio ambiente son dos principios fundamentales de la Unión Europea, recogidos en los Tratados y en la Carta de Derechos Fundamentales. Así, el Tratado de la Unión Europea, en su artículo 3, establece que el «desarrollo sostenible» de Europa y del resto del planeta, y «un nivel elevado de protección y mejora de la calidad del medio ambiente», constituyen dos de los objetivos fundamentales de la Unión. Por su parte, el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, reconoce en su artículo 4 la competencia compartida de la Unión en materia de protección del medio ambiente, al tiempo que declara en su artículo 11 que las exigencias medioambientales deberán integrarse en otras políticas y acciones de la Unión, en particular aquellas «con objeto de fomentar un desarrollo sostenible». En la medida en que constituye una competencia de la Unión, el TFUE dedica su título XX, artículos 191 a 193, a la política europea de medio ambiente. Por su parte, la Carta Europea de Derechos Fundamentales dispone, en su artículo 37, que «las políticas de la Unión integrarán y garantizarán con arreglo al principio de desarrollo sostenible un alto nivel de protección del medio ambiente y la mejora de su calidad».

En consonancia con dichos principios, la Unión Europea aprobó a finales de 2019 el «Pacto Verde Europeo» que contiene un paquete de políticas sobre el clima, el medio ambiente, la energía, el transporte, la industria, la agricultura o las finanzas, con el objetivo de situar a la UE en el camino hacia una transición ecológica, con el objetivo último de alcanzar la neutralidad climática en el año 2050<sup>3</sup>. En el plano internacional, la Unión Europea se ha adherido a la Agenda de las Naciones Unidas para el Desarrollo Sostenible, que se define como «el desarrollo capaz de satisfacer las necesidades del presente sin comprometer la capacidad de las futuras generaciones para satisfacer sus propias necesidades»<sup>4</sup>. Para alcanzar el desarrollo sostenible, la ONU exige armonizar tres elementos

<sup>3</sup> Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: El Pacto Verde Europeo, COM (2019) 640 final. El Pacto Verde es una iniciativa que, aunque está centrada principalmente en la lucha contra el cambio climático, incluye otras medidas que van más allá de la ecología. Entre las políticas adoptadas al amparo del plan, cabe destacar las siguientes: a) «Objetivo 55» para reducir las emisiones de gases de efecto; b) «Estrategia sobre diversidad», con el objetivo de contribuir a recuperar la biodiversidad de Europa; c) Estrategia «De la Granja a la Mesa» para apoyar una agricultura y unos hábitos de consumo más sostenibles; d) «Estrategia Industrial» para que la industria europea lidere la transición ecológica y digital y se convierta en la fuerza motriz mundial en el camino hacia la neutralidad climática y la digitalización; e) «Plan de Acción para una economía circular» que prevé la circularidad de los procesos de producción y el empoderamiento de los consumidores; f) «Pilas y baterías y sus residuos» que aborda el ciclo de vida de las baterías; g) «Transición justa» para proporcionar apoyo financiero y técnico a las regiones más afectadas por la transición hacia una economía baja en emisiones; h) «Energía limpia, asequible y segura» que apoya la adopción de fuentes de energía más limpias, como la energía marina y el hidrógeno; en detrimento de otras más contaminantes como el carbón; i) «sostenibilidad de las sustancias químicas» que evite que sean perjudiciales para las personas y el medio ambiente; y, finalmente, j) «Estrategia forestal e importaciones libres de deforestación» que para promover la gestión forestal sostenible.

<sup>4</sup> La Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, adoptada por todos los Estados miembros de las Naciones Unidas en 2015, incluye una lista de diecisiete Objetivos Sostenibles entre los que se incluye poner fin a la

básicos: el crecimiento económico, la inclusión social y la protección del medio ambiente<sup>5</sup>.

Por lo que respecta al Derecho de la competencia, los artículos 101 a 106 del TFUE, que contienen el Derecho europeo en este ámbito, no contemplan ninguna referencia a la sostenibilidad o al medio ambiente. Pese a ello, en virtud del principio de aplicación coherente del artículo 7 TFUE, las autoridades de competencia deben garantizar «la coherencia entre sus distintas políticas y actividades, teniendo todos sus objetivos en cuenta». De ahí que el Derecho de la competencia deba aplicarse en consonancia con los objetivos del desarrollo sostenible y la protección del medio ambiente<sup>6</sup>. Sin embargo, históricamente el Derecho de la competencia no ha sido muy receptivo respecto de los acuerdos entre competidores que perseguían objetivos de sostenibilidad pues el foco se ponía en la restricción de la competencia que podían ocasionar. En efecto, las autoridades de competencia solían considerar que las eficiencias sociales o de otro tipo derivadas de la colaboración empresarial bastaban para justificar una exención de la prohibición de colusión: lo importante es preservar el funcionamiento competitivo de los mercados de cara a maximizar el beneficio del consumidor. Para subsanar esta carencia, las Directrices horizontales publicadas en 2023 permiten un mayor margen de maniobra para apreciar las virtudes de los acuerdos entre competidores que persiguen objetivos de desarrollo sostenible, tal y como se expone en los siguientes apartados del trabajo.

La posición adoptada por la Comisión Europea se incardina en una línea de opinión que podríamos denominar «moderada» en el sentido de abrir paso a una interpretación flexible de las nociones tradicionales del Derecho de la competencia para adaptarse a las exigencias de la sostenibilidad<sup>7</sup>, que se sitúa en el medio de posiciones más extremas defendiendo, de un lado, que las consideraciones sostenibles no han de tener cabida en el Derecho de la competencia y, en el lado opuesto, que la Comisión debería ser más ambiciosa en su visión «verde» para dar prioridad a los objetivos sostenibles en el análisis de los acuerdos entre competidores<sup>8</sup>.

En efecto, un sector de la doctrina considera que no es necesario hacer cambios en la interpretación del artículo 101 TFUE. La aplicación del Derecho de la competencia contribuye al desarrollo sostenible en la medida en que la com-

---

pobreza, la lucha contra el hambre y la seguridad alimentaria, la salud, la educación, el crecimiento económico, reducir la desigualdad entre países, cambio climático, diversidad biológica o la paz y la justicia.

<sup>5</sup> La declaración de la ONU parte de la idea de que el objetivo del Desarrollo sostenible no puede lograrse sólo con medidas destinadas directamente a proteger el medioambiente. Por el contrario, es imprescindible luchar también contra la pobreza y lograr un desarrollo económico equitativo que incluya a todos los sectores de la población. Se trata, en definitiva, de promover un crecimiento económico sostenible, inclusivo y equitativo, que cree mayores oportunidades para todos, que reduzca las desigualdades, mejore los niveles de vida básicos, fomente el desarrollo social equitativo e inclusivo y promueva la explotación sostenible de los recursos naturales.

<sup>6</sup> «El principio de coherencia de la legislación de la UE exige que la política de competencia y el Pacto Verde de la UE no se contradigan entre sí», DE STEFANO, Gianni (2020), pág. 6.

<sup>7</sup> La Comisaria VESTAGER pone de manifiesto la posición moderada adoptada por la Comisión pues al tiempo que destaca la necesidad de que el Derecho de la competencia contribuya a los objetivos del «Pacto Verde» (conferencia en Bruselas en octubre de 2019), también afirma que «la política de competencia no es, ni puede ser, la principal herramienta en lo que se refiere a hacer que Europa sea verde» («The green deal and Competition policy», Renew Webinar, 22 septiembre 2020).

<sup>8</sup> Un resumen de las distintas posturas puede verse en GERBRANDY, Anna (2017), págs. 543-544 y en WARD, Andrew, SÁNCHEZ SANTAMARÍA, Camila, TRAPET LLAMAS, Marie, SEMENT, Floriane, CABEZALI PLATÓN, Beatriz (2022), págs. 289 y ss.

petencia efectiva garantiza la innovación y el aumento de la calidad y de las alternativas para los usuarios, así como una asignación eficaz de los recursos y la reducción de los costes de producción. Desde este punto de vista, no tiene sentido flexibilizar la aplicación de las normas de competencia a los acuerdos entre competidores que buscan objetivos sostenibles, pues si los mismos suponen una restricción de la competencia no susceptible de autorización (según el análisis tradicional), no tiene sentido permitir conductas con un efecto negativo sobre el funcionamiento de la competencia (y por tanto, sobre la innovación y la sostenibilidad) buscando otro tipo de beneficios cuyo efecto no está contrastado. Los partidarios de esta tesis consideran que es mejor dejar el Derecho de la competencia como está y reforzar el esfuerzo contra el cambio climático y otros objetivos sostenibles mediante medidas públicas más eficaces para ello, como la regulación o la política fiscal<sup>9</sup>.

En el otro extremo de la balanza se sitúan los que consideran que la Comisión Europea se ha quedado corta y que debería darse más peso a las consideraciones relacionadas con la sostenibilidad. Entre los partidarios de esta línea de opinión hay un sector que aboga por introducir conceptos nuevos en el examen de los acuerdos entre competidores, como puede ser recurrir al «beneficio de la sociedad» (frente al tradicional «beneficio de los usuarios») para justificar, en sede del artículo 101.3 TFUE, acuerdos que restringen la competencia y causan aumentos de precios para los usuarios, pero que se compensan con los beneficios ambientales que recibe la sociedad en su conjunto<sup>10</sup>. Otros autores van más allá y consideran que los objetivos sostenibles deberían eximir de la prohibición (artículo 101.1 TFUE) a los acuerdos restrictivos de la competencia de carácter sostenible con apoyo, entre otras, en la doctrina de las restricciones accesorias («ancillary restraints»)<sup>11</sup>. En las páginas siguientes analizaremos con más detalle los distintos puntos de vista respecto de la sostenibilidad.

### III. LA SOSTENIBILIDAD NO SE LIMITA AL MEDIO AMBIENTE

Continuando con la línea marcada por la Unión Europea tanto en el plano interno como en el internacional, la Comisión ha acogido esta noción de sostenibilidad amplia, que incluye consideraciones ambientales, pero también económicas y sociales. Así las cosas, las Directrices sobre acuerdos horizontales disponen que la sostenibilidad incluye la promoción del «desarrollo económico, medioambiental y social (incluidos los derechos laborales y humanos)», lo cual exige considerar, entre otros, los objetivos de «luchar contra el cambio climático (por ejemplo, mediante la reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero), eliminar la contaminación, limitar el uso de los recursos naturales, respetar los derechos humanos, fomentar infraestructuras resilientes

<sup>9</sup> Vid. SCHINKEL Maarten Pieter y TREUREN Leonard (2021), pág. 1, quienes sostienen que «el movimiento por un Derecho de la competencia verde pretende aumentar los esfuerzos de sostenibilidad permitiendo restricciones a la competencia. Sin embargo, los datos económicos disponibles hasta la fecha apuntan a que el estímulo adecuado para inducir los esfuerzos de sostenibilidad es más competencia, no menos. Los incentivos para producir de forma más sostenible son mayores cuando las empresas compiten que cuando se les permite llegar a acuerdos de sostenibilidad».

<sup>10</sup> Vid. infra el apartado V.2 de este trabajo.

<sup>11</sup> Vid. infra el apartado V.1 de este trabajo.

y la innovación, reducir el desperdicio de alimentos, facilitar la transición hacia alimentos saludables y nutritivos, garantizar el bienestar animal, etc.»<sup>12</sup>.

El empleo de un concepto amplio de sostenibilidad es coherente con los objetivos y prioridades de la Unión Europea pues resultaría difícil explicar por qué la política de la competencia utiliza una noción distinta de sostenibilidad que el resto de las políticas de la Unión. Ahora bien, desde una perspectiva estrictamente jurídica, supone un desafío de enormes dimensiones pues exige introducir un amplio elenco de cuestiones nuevas en el examen de las autoridades de competencia. Si se hubiera optado por una noción estricta de sostenibilidad, vinculada a la lucha contra el cambio climático, la cuestión no estaría exenta de dificultades pues —como se verá más adelante— resulta difícil analizar los acuerdos entre competidores bajo el doble prisma de los efectos sobre la competencia y sobre el medio ambiente. Pero, al menos, tendríamos la ventaja de tener que analizar únicamente dos tipos de objetivos —eficiencia del mercado y conservación del medio ambiente—, siendo esta última, además, una cuestión que no ha sido ajena a las autoridades de competencia en el pasado<sup>13</sup>.

El reto se convierte en hercúleo —inalcanzable, tal vez— si al análisis de las autoridades de la competencia se amplía para incluir cuestiones no ya vinculadas con el medio ambiente, sino también con la lucha contra la pobreza o la equidad social<sup>14</sup>. Para paliar este inconveniente, algunos Estados miembros<sup>15</sup> y algunas autoridades nacionales de la competencia, como la holandesa (en el pasado)<sup>16</sup> y la británica<sup>17</sup> son partidarios de aplicar un enfoque específico a los aspectos medioambientales, respecto del resto de objetivos sostenibles. Dicha diferencia de trato se traduce en que, respecto de los primeros, se puedan tener en cuenta los beneficios que se derivan para la sociedad en su conjunto y no sólo los que reciben los usuarios del producto afectado por el acuerdo<sup>18</sup>. Otros autores sugieren limitar los objetivos sostenibles a aquellos recogidos en acuerdos internacionales o normativas nacionales que no resulten vinculantes para las empresas (si son vinculantes, los acuerdos empresariales son innecesarios), dejando a un lado otras finalidades sin amparo en un texto legal. En estos términos, el alcance y los beneficios de la sostenibilidad estarían delimitados en

<sup>12</sup> Párrafo 517 de las Directrices horizontales.

<sup>13</sup> *Vid. infra* el apartado V.2.1 del trabajo.

<sup>14</sup> Ante la dificultad de incluir este tipo de parámetros en el análisis del Derecho de la competencia, no sorprende que las Directrices Horizontales estén orientadas claramente a la sostenibilidad ambiental, tal y como se observa en los numerosos ejemplos que utiliza para explicar su análisis de los acuerdos sostenibles.

<sup>15</sup> En Austria se ha reformado la legislación de competencia nacional para crear una presunción legal de que los usuarios del producto se benefician cuando el acuerdo produce mejoras medioambientales. *Vid. ROBERTSON, Vicktoria (2022)* págs. 426 y ss.

<sup>16</sup> La autoridad holandesa de la competencia, en la segunda versión de su propuesta de Directrices sobre acuerdos de sostenibilidad, sugería emplear criterios distintos para valorar los beneficios obtenidos por los usuarios en términos medioambientales. En este ámbito podían considerarse los beneficios de la sociedad en su conjunto, mientras que en el resto de los objetivos sostenibles debía limitarse a los beneficios para los usuarios (párrafos 43 y ss.). Sin embargo, tras la publicación de las Directrices europeas, la *Autoriteit Consument & Markt* se ha visto obligada a abandonar este doble criterio para cumplir con el principio de interpretación coherente de las normas europeas de competencia. De este modo, la versión definitiva de 2023 señala que «es importante que los consumidores del mercado de referencia reciban una parte apreciable y objetiva de las ventajas (medioambientales). Esto significa en cualquier caso que los consumidores deben pertenecer al grupo que se beneficia del acuerdo» (párrafo 23).

<sup>17</sup> *Vid. las Directrices de la Competition and Markets Authority sobre compatibilidad con la Competition Act* de 1988 de los acuerdos sobre sostenibilidad ambiental, publicadas el 12 de octubre de 2023.

<sup>18</sup> *Vid., entre otros, LOOZEN, Edith (2024)* pág. 78 y ss. y CAMPO COMBA, María (2022) pág. 197.

una disposición legal, lo que permitiría evaluarlos más fácilmente junto con los objetivos tradicionales del Derecho de la competencia<sup>19</sup>.

#### IV. ¿UNA FORMA «*SUI GENERIS*» DE ACUERDO DE COLABORACIÓN?

Una cuestión controvertida es determinar si los acuerdos de sostenibilidad constituyen una nueva modalidad de acuerdo horizontal<sup>20</sup>. Las Directrices responden negativamente a esta cuestión al afirmar que los acuerdos de sostenibilidad no constituyen una forma de colaboración distinta, de manera que cualquiera de los tipos de acuerdos ya conocidos, recibirán dicha calificación siempre que persigan uno o varios objetivos relacionados con la sostenibilidad<sup>21</sup>. Las Directrices ofrecen varios ejemplos para ilustrar este tipo de situaciones. Así, una colaboración entre competidores para desarrollar conjuntamente una tecnología de producción que reduzca el consumo de energía se considera, al mismo tiempo, un acuerdo de I+D y de sostenibilidad. Lo mismo sucede con un pacto para compartir infraestructuras con vistas a reducir el impacto medioambiental de un proceso de producción, que igualmente encaja en las categorías de acuerdo de especialización y de sostenibilidad. Siguiendo con los ejemplos de la Comisión Europea, un compromiso conjunto para adquirir únicamente insumos para la producción que tengan un impacto medioambiental limitado o comprar exclusivamente a proveedores que respeten determinadas normas de sostenibilidad, nos lleva a los acuerdos de compra en común y de sostenibilidad<sup>22</sup>. Así las cosas, podemos distinguir dos situaciones: la de aquellos acuerdos con un fin sostenible que encajen en alguna de las categorías de acuerdos de las Directrices, de aquellos otros que no resultan encuadrables en ningún tipo de colaboración conocido. En el primer caso, las Directrices afirman que se deberán aplicar las normas de dicha categoría, junto con las normas sobre acuerdos sostenibles, mientras que los segundos regirán únicamente por las disposiciones sobre acuerdos sostenibles.

La aplicación simultánea de las orientaciones destinadas a un tipo de colaboración específico, junto con las referidas al objetivo de la sostenibilidad, no está exenta de dificultades pues no está claro cómo ha de funcionar en la práctica. Las Directrices afirman que las partes deben aplicar primero las orienta-

<sup>19</sup> Vid. CAMPO COMBA, María (2022) págs. 197-198.

<sup>20</sup> Las primeras Directrices sobre colaboración horizontal, de 2001, incluyeron un capítulo destinado a los acuerdos entonces limitados al «medioambiente», que se definían como aquellos que tienen como finalidad principal reducir la contaminación o contribuir a los objetivos de la política ambiental europea. Sin embargo, en la siguiente versión de las Directrices, de 2011, los acuerdos sobre medio ambiente desaparecieron como categoría de acuerdo horizontal, con el argumento de que —en la mayoría de los casos— se trataba de acuerdos de estandarización sobre condiciones medio ambientales, que podían ser objeto de análisis dentro de esta categoría específica de acuerdos de colaboración (párrafo 517 de las Directrices de 2011). Las actuales Directrices de 2023 vuelven a recoger expresamente los acuerdos relacionados con el medio ambiente, pero con dos cambios sustanciales respecto de la versión de 2001. De un lado, los pactos sobre medio ambiente quedan subsumidos en la categoría más amplia de «acuerdos de sostenibilidad» y, de otro lado, dichos pactos no constituyen una modalidad independiente de acuerdos horizontales, sino que la sostenibilidad constituye una circunstancia que habrá de ser tenida en cuenta para valorar la colaboración entre competidores dentro de la categoría específica de acuerdo en el que se enmarquen (estandarización, investigación y desarrollo, producción en común, etc.).

<sup>21</sup> Párrafo 523: Los acuerdos de sostenibilidad no constituyen una categoría distinta de acuerdos de cooperación horizontal a efectos de la aplicación del artículo 101.

<sup>22</sup> Párrafo 524 de las Directrices horizontales.

ciones relativas al tipo de acuerdo de colaboración de que se trate (por ejemplo, acuerdos de I+D) y, en el caso de que éstas no admitan el tipo de colaboración con fines sostenibles que se propone adoptar, se podrá recurrir a los aspectos específicos sobre sostenibilidad previstos en las Directrices<sup>23</sup>. Llegados a este punto, las normas sobre acuerdos de sostenibilidad no pretenden imponerse a las normas específicas, sino que la evaluación de los acuerdos deberá ser «completa» teniendo en cuenta lo dispuesto en la normativa específica del tipo de acuerdo y la relativa a la sostenibilidad<sup>24</sup>. En cualquier caso, si la aplicación conjunta genera algún tipo de incoherencia entre ambas normativas, se autoriza a las partes a aplicar aquella que le resulte más favorable<sup>25</sup>.

## V. LOS ACUERDOS DE SOSTENIBILIDAD

El artículo 101 del TFUE contiene una prohibición relativa en el sentido de que los acuerdos entre competidores sólo están prohibidos si las restricciones de la competencia que generan, no se compensan con ganancias de eficiencia a largo plazo de las que participan los usuarios del producto o servicio. Por consiguiente, cuando se estudia un acuerdo entre competidores desde la óptica del Derecho de la competencia, es necesario determinar si el mismo constituye o no una conducta colusoria prohibida por el artículo 101.1 TFUE, para después examinar si puede considerarse exento por cumplir las condiciones previstas en el artículo 101.3 TFUE. En el caso de los acuerdos de sostenibilidad, este análisis no puede ser diferente, tal y como pasamos a exponer en los apartados siguientes.

### 1. Objeto o efecto restrictivo de la competencia (artículo 101.1 TFUE)

El artículo 101.1 TFUE prohíbe las conductas colusorias, es decir, acuerdos, decisiones colectivas y prácticas concertadas, que tengan «por objeto o efecto» restringir la competencia en el mercado. El tenor literal del precepto ha llevado históricamente a la jurisprudencia a distinguir entre, de un lado, restricciones «por objeto» que son aquellas que pueden considerarse, por su propia naturaleza, perjudiciales para el buen funcionamiento del juego normal de la competencia y, de otro, restricciones «por efecto» en las que es necesario examinar sus efectos reales o potenciales en el mercado. El hecho de que un acuerdo se enmarque en una u otra categoría tiene consecuencias prácticas pues en el primer caso, los efectos anticompetitivos de la conducta se presumen, mientras que en el segundo la autoridad de la competencia tendrá que acreditar que el pacto es susceptible de perjudicar, de manera real o potencial, la competencia en el mercado.

En el ámbito de los acuerdos sostenibles, a la hora de valorar si infringen la prohibición de colusión del artículo 101.1 TFUE, se pueden dar las tres circuns-

<sup>23</sup> Párrafo 525 de las Directrices horizontales.

<sup>24</sup> Párrafo 525 de las Directrices horizontales.

<sup>25</sup> Párrafo 525 de las Directrices horizontales: «en caso de incoherencia entre las orientaciones proporcionadas en el presente capítulo y las facilitadas en los capítulos anteriores pertinentes para la evaluación de un acuerdo de sostenibilidad concreto (capítulos 2 a 8), las partes del acuerdo podrán basarse en las orientaciones del capítulo que les sean más favorables».

tancias que analizaremos a continuación: *i*) que no estén prohibidos porque no afectan a los parámetros de la competencia; *ii*) que constituyan una restricción «por objeto» porque enmascaran una restricción de esta naturaleza o porque los aspectos sostenibles son secundarios; y *iii*) que constituyan una restricción «por efecto» porque persiguen principalmente objetivos de sostenibilidad.

### 1.1. *Acuerdos de sostenibilidad que no restringen la competencia*

Los acuerdos de sostenibilidad que no afectan negativamente a los parámetros de la competencia (precio, calidad, cantidad de producto o nivel de innovación) no infringen la prohibición del artículo 101.1 TFUE<sup>26</sup>. Tampoco son restrictivos de la competencia los acuerdos para implementar reglas de sostenibilidad previstas en convenios internacionales, aunque no se hayan incorporado al Derecho interno<sup>27</sup>. Lógicamente también están excluidos de la prohibición los acuerdos que no resulten prohibidos según las reglas generales del Derecho de la competencia, como serían aquellos no susceptibles de afectar de manera significativa a la competencia según la «doctrina de minimis»<sup>28</sup>.

### 1.2. *Acuerdos de sostenibilidad restrictivos «por objeto»*

La sostenibilidad no puede ser una excusa para que los competidores formen cárteles o adopten cualquier otro tipo de conducta restrictiva que vaya más allá de un objetivo específico y mensurable relacionado con la sostenibilidad. Es decir, la sostenibilidad no puede amparar el «*green washing*» que se define como «la práctica de obtener una ventaja competitiva desleal mediante la comercialización de un producto como respetuoso con el medio ambiente, cuando en realidad no se han cumplido las normas medioambientales básicas»<sup>29</sup>. Por este motivo, las Directrices indican que cuando la sostenibilidad constituye únicamente un pretexto para «encubrir» una restricción de la competencia especialmente grave (fijación de precios, limitación de la producción o la innovación, reparto de mercados, etc.), la conducta constituirá una restricción «por objeto»<sup>30</sup>. Interpretada en sentido contrario, la anterior afirmación permite concluir que cuando una restricción de la competencia —incluso de carácter grave— persiga realmente una finalidad sostenible, la conducta deberá ser examinada en función de los efectos reales o potenciales que tiene sobre el mercado, tal y como veremos en el apartado siguiente del trabajo.

La tesis esbozada en las Directrices es consecuente con las reglas generales del Derecho de la competencia pues cuando una restricción en principio grave de la competencia persigue una finalidad legítima, como puede ser el logro de

<sup>26</sup> Párrafo 527 de las Directrices horizontales. Como ejemplo se citan los acuerdos que no se refieren a la actividad económica de las empresas, sino a su conducta corporativa interna (por ejemplo, eliminar los plásticos de un solo uso o no superar una determinada temperatura en sus locales); acuerdos para crear bases de datos sobre proveedores, procesos de producción o insumos sostenibles; o, finalmente, las campañas generales de sensibilización en un sector, siempre que no hagan publicidad de productos específicos (párrafos 529 a 531).

<sup>27</sup> Párrafo 528 de las Directrices horizontales.

<sup>28</sup> *Vid.* Comunicación de la Comisión relativa a los acuerdos de menor importancia que no restringen la competencia de forma sensible en el sentido del artículo 101.1 TFUE (Comunicación *de minimis*).

<sup>29</sup> *Vid.* DE STEFANO, Gianni (2020), pág. 10.

<sup>30</sup> Párrafo 534 de las Directrices horizontales.

eficiencias significativas, es necesario examinar los efectos que puede tener en el mercado para determinar si dichas eficiencias compensan o no las graves restricciones de la competencia apreciadas en primer término<sup>31</sup>. Es decir, una restricción *a priori* «por objeto» puede pasar a ser analizada como una restricción «por efecto» si pretende alcanzar objetivos legítimos dentro del contexto económico y jurídico en el que se enmarca. La novedad de las Directrices de 2023 reside en admitir expresamente que las cuestiones relacionadas con la sostenibilidad se incluyen entre las finalidades legítimas que evitan la calificación de restricción «por objeto». En todo caso, para evitar que se puedan invocar objetivos sostenibles excesivamente amplios o indeterminados para evitar esta rigurosa calificación de la conducta, las Directrices exigen que el acuerdo de sostenibilidad se refiera al «cumplimiento de requisitos o prohibiciones suficientemente precisos en tratados, acuerdos o convenios internacionales jurídicamente vinculantes, independientemente de que se hayan incorporado o no al Derecho nacional»<sup>32</sup>. Por lo tanto, a estos efectos, no se admiten objetivos de sostenibilidad al margen de los previstos por la normativa internacional.

En el pasado, la Comisión se ha mostrado rigurosa respecto de los acuerdos falsamente sostenibles. En el caso *detergentes de uso doméstico* impuso fuertes multas a los fabricantes de detergentes en polvo para ropa por haber acordado mantener los precios sin cambios y excluir determinadas promociones, en el marco de una iniciativa medioambiental destinada a reducir las dosis y el peso de los detergentes y de sus envases<sup>33</sup>. En la medida en que la finalidad de tal actuación era la coordinación de los precios, la Comisión concluyó que tenía por objeto restringir la competencia en el mercado<sup>34</sup>. Del mismo modo, en el mayor cartel descubierto por la Comisión hasta la fecha, el caso *camiones*, se sancionó a los fabricantes de estos vehículos por ponerse de acuerdo para coordinar el calendario y la repercusión de los costes de las tecnologías de emisiones impuestas por las regulaciones medioambientales<sup>35</sup>. El hecho de que el calendario y los precios se discutieran en reuniones en las que también se abordaban cuestiones técnicas relacionadas con la regulación medioambiental de las emisiones, no desvirtúa la conclusión de que se trata de una restricción «por objeto»<sup>36</sup>.

<sup>31</sup> Es lógico concluir que un acuerdo que tiene realmente una finalidad sostenible no puede constituir una restricción «por objeto» pues los objetivos específicos del Derecho de la competencia están íntimamente ligados a los generales de la Unión Europea, entre los que se encuentra la sostenibilidad, en aplicación del principio de coherencia. *Vid.* WOUTERS, David (2021), págs. 258 y 261.

<sup>32</sup> Párrafo 528 de las Directrices horizontales.

<sup>33</sup> Decisión de la Comisión de 13 de abril de 2011, asunto COMP/39.579 - *Detergentes de uso doméstico*.

<sup>34</sup> «Los participantes en el cartel (...) coordinaron su comportamiento para eliminar la incertidumbre entre ellos, en particular en relación con la fijación de precios (...) el comportamiento en cuestión (...) tenía un objetivo anticompetitivo» (párrafo 45 de la Decisión *detergentes*). Es decir, las empresas se comprometieron a no utilizar las mejoras ambientales para conseguir una ventaja competitiva respecto de sus rivales, particularmente respecto de los precios. A pesar de la gravedad de la conducta, algunos autores (BALMER, Paul [2020], s/p) consideran que la decisión *detergentes* es un ejemplo del riesgo de que el Derecho de la competencia frene la colaboración empresarial relacionada con la sostenibilidad: «aunque la reducción del uso de energía y de los residuos de envases es beneficiosa para la sociedad, P&G y Unilever infringieron las leyes de competencia al intentar mitigar —y no explotar con fines lucrativos— los efectos de los nuevos productos en el mercado». Otros autores (HOLMES, Simon [2023] pág. 454) indican que el caso *detergentes* es un ejemplo de acuerdo sobre sostenibilidad que acabó mal: lo que comenzó como un loable esfuerzo para reducir el tamaño de los envases, acabó en un pacto para estabilizar los precios, de ahí que se calificase de restricción «por objeto».

<sup>35</sup> Decisión de la Comisión de 27 de septiembre de 2017, asunto AT.39824 - *Camiones*.

<sup>36</sup> «El hecho de que los intercambios entre competidores relativos a incrementos brutos de precios tuvieran lugar, en ocasiones, en el marco de reuniones en las que también se debatían cuestiones técnicas legítimas

En definitiva, la categoría «por objeto» se circunscribe a acuerdos gravemente restrictivos en los que la sostenibilidad o bien es una cuestión secundaria o se invoca de manera falsa, para enmascarar o encubrir el perjuicio a la competencia<sup>37</sup>. Al tratarse de una restricción «por objeto», se presume que el acuerdo causa una restricción de la competencia, sin necesidad de tener que acreditar sus efectos negativos en el mercado. Sin perjuicio de que, posteriormente, las partes puedan alegar razones de eficiencia en sede del artículo 101.3 TFUE.

### 1.3. *Acuerdos de sostenibilidad restrictivos «por efecto»*

Como acabamos de indicar, las Directrices disponen que los acuerdos entre competidores que tienen «como objetivo principal» la consecución de un objetivo de sostenibilidad, no constituyen una restricción «por objeto» y, por consiguiente, deberán valorarse sus potenciales efectos sobre el mercado<sup>38</sup>. La aplicación de esta regla impide considerar *prima facie* anticompetitivos los acuerdos entre operadores destinados principalmente a mejorar la sostenibilidad<sup>39</sup>. La duda que subyace en esta afirmación es qué se entiende por objetivo «principal» y, tal vez más importante, qué sucede con los acuerdos en los que la sostenibilidad acompaña en un plano de igualdad a otros objetivos legítimos<sup>40</sup>.

Respecto de la evaluación de los efectos anticompetitivos de los acuerdos sostenibles en sede del artículo 101.1 TFUE, lo relevante es la afectación de los parámetros de la competencia en el mercado, sin necesidad de entrar a valorar las virtudes que se pueden obtener en términos sostenibles. En efecto, las Directrices se remiten a las reglas generales aplicables a cualquier acuerdo de colaboración empresarial, incidiendo en aspectos tales como el poder de mercado de las partes y el grado en que se limitan la libertad para decidir el precio y demás condiciones de la competencia en el mercado<sup>41</sup>. Así pues, las cuestiones relacionadas con la sostenibilidad no son relevantes para valorar los efectos restrictivos del acuerdo, sin perjuicio de que posteriormente hayan de tenerse en cuenta para contemplar la posibilidad de una exención *ex* artículo 101.3 TFUE<sup>42</sup>.

---

cubiertas por las Directrices horizontales, no amplía el ámbito de aplicación de estas al intercambio de futuros incrementos de precios» (párrafo 263 de la Decisión *camiones*).

<sup>37</sup> Algunos autores (*vid.* VELJANOVSKI, Celso, 2021, págs. 544 y ss.) advierten que se debería contemplar también una exención para los carteles «conservacionistas». Cuando se trata de recursos de libre acceso, como la pesca, el normal funcionamiento de la competencia puede llevar a un exceso de explotación de los recursos (reducción de los caladeros), con los consiguientes efectos medioambientales. En ausencia de intervención estatal, los productores pueden intentar ponerse de acuerdo para fijar cuotas de producción que eviten la sobreexplotación, si bien un acuerdo de este tipo es probable que mereciese la calificación de restricción «por objeto» al ser una limitación de producción. Para evitarlo, se aboga por una exención de este tipo de pactos.

<sup>38</sup> Párrafo 534 de las Directrices horizontales.

<sup>39</sup> Con anterioridad a las Directrices de 2023, numerosos autores venían exigiendo que los acuerdos de sostenibilidad quedasen al margen de las restricciones «por objeto». En este sentido, WOUTERS (2021, pág. 261) señala que los acuerdos de sostenibilidad no deben considerarse, salvo raras excepciones, restricciones «por objeto» por cuanto las normas de competencia deben interpretarse en consonancia con otros fines del Tratado entre las que se encuentran los objetivos de sostenibilidad.

<sup>40</sup> Las Directrices no se pronuncia sobre los acuerdos en los que la sostenibilidad se presenta junto con otros objetivos (no es la cuestión «principal»), aunque cabe entender que también podrían ser analizados como restricciones «por efecto» siempre que ocupe un papel destacado entre los fines del acuerdo.

<sup>41</sup> Párrafo 535 de las Directrices.

<sup>42</sup> MARTÍNEZ CORRAL, Borja (2021) pág. 178: «la introducción de criterios de sostenibilidad no puede hacerse en el ámbito de la delimitación de la prohibición, de forma que dejase fuera de la prohibición una determinada categoría de acuerdos».

Existen precedentes en la práctica de la Comisión que concuerdan con esta manera de proceder. En el caso *CEDEC*, la Comisión estimó que un acuerdo entre fabricantes de lavadoras para dejar de producir y vender los modelos menos eficientes constituía una restricción «por efecto» en la medida en que dicho pacto afectaba a los parámetros de la competencia en el mercado<sup>43</sup>: por una parte, reducía la capacidad de elección de los usuarios al desaparecer las gamas de lavadoras con peor calificación energética<sup>44</sup> y, por otra, aumentaba los precios al resultar más baratos los modelos menos eficientes<sup>45</sup>. En la misma línea, en *Philips-Osram*, un acuerdo para fabricar y vender en común un tipo de tubos de vidrio con plomo que resultaban menos contaminantes, se consideró restrictivo de la competencia porque reducía las posibilidades de elección de los consumidores<sup>46</sup>. En ambos casos, las consideraciones ambientales se reservaron para la valoración (favorable) de los efectos de los acuerdos en sede del artículo 101.3 TFUE.

Un sector de la doctrina considera, sin embargo, que las cuestiones relacionadas con la sostenibilidad deberían incluirse en el análisis del artículo 101.1 TFUE, de manera que se pueda concluir que este tipo de pactos no restringen la competencia<sup>47</sup>. En apoyo de esta tesis, se invoca la jurisprudencia en el caso *Albany* en la que el Tribunal de Justicia concluyó que un acuerdo para negociar en común los salarios estaba exento de la prohibición porque mejoraba las condiciones laborales<sup>48</sup>; la sentencia *Wouters* en la que se admitió un pacto para aplicar medidas disciplinarias entre abogados porque contribuía a la integridad de la profesión<sup>49</sup>; o la sentencia *Meca Medina* relativa a unas reglas anti-doping necesarias para garantizar la limpieza de las competiciones<sup>50</sup>. Esta jurisprudencia se apoya, en mayor o menor medida, en la «teoría de las restricciones accesorias» que permite concluir que un pacto no restringe la competencia cuando las

<sup>43</sup> Decisión de la Comisión de 24 de enero de 1999, asunto IV.F.1/36.718 - *CECED*. En 1996, los miembros del Comité Europeo de Fabricantes de Electrodomésticos (CEDEC) acordaron no fabricar o importar lavadoras que tenían malas calificaciones energéticas (en particular, las letras D, E, F y G que entonces ocupaban los últimos lugares de eficiencia) al tiempo que establecían un nivel de eficiencia energética que debían cumplir todas las lavadoras fabricadas o importadas por las partes (una eficiencia media ponderada de 0,24 kwh/kg).

<sup>44</sup> «El acuerdo impide a los distribuidores, a los minoristas y, en última instancia, a los consumidores elegir entre las categorías de lavadoras que estarían disponibles de no existir el acuerdo, lo cual reduce la diversidad técnica y las posibilidades de elección del consumidor» (párrafo 32 de la Decisión).

<sup>45</sup> «El acuerdo aumentará inevitablemente los costes de producción de aquellos fabricantes que producían lavadoras que ya no están permitidas (...) los costes necesarios para adaptar las lavadoras al nuevo nivel mínimo indican que los costes totales de producción y los costes unitarios se incrementarían de forma apreciable (...) por lo tanto, a corto plazo, es probable que el acuerdo se traduzca en un aumento de los precios» párrafo 33 de la Decisión.

<sup>46</sup> Decisión de la Comisión de 21 de diciembre de 1994, asunto IV/34.252 — *Philips—Osram*: el acuerdo «elimina la competencia, al menos potencial, de Osram como productor independiente de vidrio con óxido de plomo en el EEE. Como resultado de ello, los fabricantes de lámparas, especialmente los que no tienen producción propia de vidrio con óxido de plomo, verán mermada su libertad para escoger entre varios proveedores a precios competitivos» (párrafo 16).

<sup>47</sup> *Vid.* HOLMES, Simon (2020) pág. 371: «en principio, no hay ninguna razón por la que este planteamiento no deba adoptarse en el caso de los acuerdos de sostenibilidad, de modo que las restricciones inherentes a un acuerdo de sostenibilidad, sin las cuales el acuerdo no se habría celebrado (véase *Albany*), y las restricciones necesarias para llevar a cabo una tarea reguladora medioambiental (véase *Wouters*) quedarían totalmente fuera del apartado 1 del artículo 101».

<sup>48</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de septiembre de 1999, Asunto C-67/96 - *Albany International BV contra Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie*.

<sup>49</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de febrero de 2002, Asunto C-309/99- *Wouters y otros contra Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten*.

<sup>50</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 18 de julio de 2006, Asunto C-519/04 P - *David Meca Medina e Igor Majcen contra Comisión*.

restricciones que ocasiona son razonablemente necesarias para la consecución de un objetivo legítimo. Un análisis detenido de las sentencias citadas excede del contenido de este trabajo, si bien cabe preguntarse cómo se podría aplicar esta teoría legal, cuyo desarrollo jurisprudencial es limitado<sup>51</sup> y habitualmente restringido a medidas muy concretas cuya razonabilidad se evalúa en detalle, en un ámbito tan amplio como el de los objetivos sostenibles<sup>52</sup>.

## 2. Análisis de las ventajas derivadas de los acuerdos de sostenibilidad (artículo 101.3 TFUE)

Cuando un acuerdo tiene un objeto o efecto restrictivo de la competencia, tal y como indicamos en el apartado anterior, debe analizarse si puede compensarse con las ventajas que se derivan del pacto. El artículo 101.3 TFUE detalla los cuatro requisitos que han de cumplirse: se generan mejoras en la producción o distribución de los bienes (condición de eficiencia), de las que se benefician equitativamente los usuarios del producto o servicio (participación de los usuarios), siempre que las restricciones sean necesarias para la consecución de los objetivos legítimos (indispensabilidad) y no se elimine la competencia en el mercado (subsistencia de competencia).

Las orientaciones de la Comisión admiten con carácter general que, a la hora de valorar los beneficios del acuerdo, se tengan en cuenta también las mejoras sociales o medioambientales encuadradas en la noción de sostenibilidad<sup>53</sup>. Ahora bien, las Directrices explican cómo se han de valorar tales beneficios y qué peso han de tener comparados con las restricciones de la competencia que causan, cuestiones que deberán resolverse más adelante a la vista de las resoluciones que adopte la autoridad de competencia<sup>54</sup>.

### 2.1. Mejoras de eficiencia

Con carácter general, las mejoras de eficiencia pueden abarcar no solo la reducción de los costes de producción y distribución, sino también el aumento de la variedad y la calidad de los productos, las mejoras en los procesos de producción o distribución o el incremento de la innovación. En el ámbito de la sostenibilidad, las ventajas pueden consistir, por ejemplo, en el uso de formas de producción o distribución menos contaminantes, la mejora de las condiciones de producción y distribución, una infraestructura más resiliente o productos de mejor calidad<sup>55</sup>.

La *praxis* de la Comisión anterior a las actuales Directrices horizontales ya valoraba positivamente las eficiencias derivadas de los acuerdos de sostenibili-

<sup>51</sup> En efecto, son pocas las sentencias que invocan la teoría de las restricciones accesorias de ahí que, como señala MONTI, Giorgio (2020), págs. 129-130, para explorar esta vía en el ámbito de la sostenibilidad haría falta una sentencia de los tribunales europeos que la abalase.

<sup>52</sup> Vid. GASSLER, Martin (2021) pág. 434.

<sup>53</sup> «La principal novedad de las Directrices consiste en la voluntad de incluir las consideraciones de sostenibilidad en los casos de competencia», INDERST, Roman y THOMAS, Stefan (2023) pág. 201.

<sup>54</sup> «La inclusión de las consideraciones sobre sostenibilidad en el análisis de competencia depende de nuestra capacidad de cuantificar los beneficios sostenibles de forma clara», CLAICI, Adina y LUTZ, Jasper (2021) pág. 203.

<sup>55</sup> Párrafo 558 de las Directrices horizontales.

dad, especialmente en lo referente a cuestiones medioambientales<sup>56</sup>. En el caso *CEDEC* que comentamos anteriormente, la Comisión Europea consideró que la sustitución de algunos modelos de lavadora por otros más eficientes reducía el consumo eléctrico vinculado a estos dispositivos lo que, a su vez, se traducía en una reducción de la contaminación derivada de la generación de electricidad<sup>57</sup>. En parecidos términos, en el también citado caso *Philips-Osram* la exención del acuerdo tuvo en cuenta que la fabricación y contaminación conjunta reducirían la contaminación ambiental<sup>58</sup>.

## 2.2. *Carácter indispensable*

Las partes deben acreditar que el acuerdo como tal, así como las restricciones de la competencia que ocasiona, son razonablemente necesarios para alcanzar los beneficios en materia de sostenibilidad alegados y que no existen otros medios económicamente viables y menos restrictivos para alcanzarlos<sup>59</sup>. Las Directrices recogen fundamentalmente dos aspectos que permiten colegir que el acuerdo es imprescindible para alcanzar sus objetivos: la existencia de fallos de mercado y el hecho de que los consumidores no aprecien el impacto sostenible<sup>60</sup>.

### 2.2.1. Fallos de mercado

La presencia de externalidades negativas y otros fallos de mercado es un factor que tradicionalmente se ha esbozado para justificar la necesidad de que los competidores colaboren para alcanzar objetivos sostenibles<sup>61</sup>. Las Directrices aluden expresamente a la conocida como «desventaja del pionero» que contempla el coste extra que tiene que asumir quién primero realiza las inversiones e intenta concienciar a los usuarios, para que posteriormente —cuando se haya creado una demanda del producto sostenible— el resto de los operadores puedan parasitar los esfuerzos realizados para lanzar el producto sostenible<sup>62</sup>. La

<sup>56</sup> Para un estudio de los casos en los que la Comisión Europeo valoró en el pasado factores medioambientales en el ámbito del artículo 101.3 TFUE, *vid.* KINGSTON, Suzanne (2010) págs. 780 y ss.

<sup>57</sup> Párrafos 47-48 de la Decisión.

<sup>58</sup> «La utilización de instalaciones más limpias traerá como resultado una menor contaminación ambiental; y por consiguiente, los consumidores se beneficiarán directa e indirectamente de menores efectos externos negativos» (párrafo 27). En este caso, a diferencia de lo que sucedía en *CEDEC*, el beneficio para los usuarios era doble porque la fabricación conjunta bajaba el precio del producto y —al mismo tiempo— reducía la contaminación.

<sup>59</sup> En el caso *CEDEC*, la Comisión realizó un análisis más sucinto del requisito de la indispensabilidad, limitándose a plantear si existían alternativas menos restrictivas de la competencia, como podría ser acordar objetivos de eficiencia globales en lugar de exigir el abandono concreto de determinados modelos. Finalmente, la idea se descartó como alternativa viable porque tendría mayores costes de transacción y de control y podría ser incluso más restrictiva (párrafo 60-61 de la Decisión).

<sup>60</sup> Las Directrices también señalan que los acuerdos de sostenibilidad no pueden considerarse indispensables cuando existe una regulación, nacional o europea, que impone a los operadores los objetivos de sostenibilidad que se pretenden lograr con el acuerdo (párrafo 564). Ahora bien, no pierden dicho carácter cuando las empresas colaboran respecto de aspectos no cubiertos o deciden ir más allá de los requisitos establecidos por la normativa (párrafo 565).

<sup>61</sup> *Vid.* INDERST, Roman y THOMAS, Stefan (2023) págs. 202 y ss.

<sup>62</sup> Párrafo 566 de las Directrices. Para algunos autores, la desventaja del pionero carece de evidencia científica y no explica por qué la colaboración entre competidores puede hacer atractivo un producto sostenible que no lo sería fabricado de manera individual. *Vid.* SCHINKEL Maarten Pieter y TREUREN Leonard (2021), pág. 11; y LOOZEN, Edith (2024), págs. 90-91.

Comisión también reconoce que el acuerdo restrictivo puede ser necesario para lograr economías de escala, en particular para alcanzar un volumen suficiente para cubrir los costes fijos de creación, funcionamiento y seguimiento de un estándar de sostenibilidad<sup>63</sup>.

### 2.2.2. Margen de apreciación de las mejoras por parte de los usuarios

De acuerdo con la teoría clásica, la indispensabilidad del acuerdo también puede depender de la capacidad de apreciar las mejoras de sostenibilidad por parte de los consumidores. Si perciben las mejoras, por ejemplo, porque se traducen en productos menos contaminantes o de mejor calidad, la colaboración de los competidores para alcanzar dichos objetivos puede resultar innecesaria, ya que el propio mercado recompensará las iniciativas individuales con una mayor demanda de sus productos<sup>64</sup>. Por el contrario, cuando a los consumidores les resulta difícil apreciar los beneficios de la sostenibilidad (por ejemplo, porque carecen de información o porque los mismos se proyectan hacia el futuro) la colaboración sí puede ser indispensable dado que el mercado no premiará las alternativas más sostenibles e, incluso, puede penalizarlas si llevan aparejadas algunas circunstancias adversas (por ejemplo, una elevación de los precios)<sup>65</sup>.

### 2.3. Beneficio de los usuarios

Los usuarios han de recibir una participación equitativa de los beneficios vinculados a la colaboración empresarial. Con carácter general, el concepto de «usuarios» abarca a todos los consumidores directos e indirectos de los productos cubiertos por el acuerdo. Por «participación equitativa» se entiende aquella situación en la que los beneficios derivados del acuerdo compensan el perjuicio causado, de modo que la incidencia global sobre los consumidores en el mercado relevante es al menos neutra.

Esta exigencia de que los beneficios recaigan, al menos de manera indirecta, en los usuarios del producto o servicio dificulta el análisis de los acuerdos de sostenibilidad cuyos efectos favorables pueden manifestarse en otros lugares y respecto de otras personas<sup>66</sup>. Para superar este inconveniente, las Directrices admiten tres tipos de beneficios para los consumidores que pueden ser invocados por las partes para justificar la exención de sus acuerdos<sup>67</sup>. Las partes pueden

<sup>63</sup> Párrafo 567 de las Directrices horizontales.

<sup>64</sup> Si bien, también en estos casos, se habrá de valorar si la cooperación entre competidores es indispensable en la medida en que consigue los objetivos sostenibles de forma más rápida o eficiente (párrafo 562 de las Directrices).

<sup>65</sup> Párrafo 563 de las Directrices horizontales.

<sup>66</sup> *Vid.* VELJANOVSKI, Cento (2021), pág. 529: «el mayor escollo para una aplicación más permisiva del artículo 101, apartado 3, del TFUE es la forma en que la Comisión ha aplicado (en el pasado) la prueba de la parte equitativa para los consumidores» (...) esto se debe a que los costes (del acuerdo) son soportados en su totalidad por los consumidores que pagan precios más elevados, mientras que los beneficios se dispersan entre terceros, muchos de los cuales residen fuera del mercado geográfico de referencia en el que tiene lugar el acuerdo contrario a la competencia».

<sup>67</sup> En la praxis anterior simplemente se distinguía entre beneficios individuales (por ejemplo, el ahorro de la factura de electricidad) y colectivos (reducción de las emisiones), decisión *CEDEC*, *cit. supra*, párrafos 55-56. La decisión de la Comisión parece indicar que los beneficios colectivos podían llegar a compensar los inconvenientes individuales derivados de un aumento temporal de los precios como consecuencia del acuerdo: «los beneficios para la sociedad en su conjunto que se derivarían del acuerdo del *CECED* serían más de siete

elegir cualquiera de los tres tipos de beneficios o usar una combinación de estos<sup>68</sup>. Ahora bien, cuando los efectos sostenibles del acuerdo no se conectan con alguno de los tipos mencionados, no podrán ser tenidos en cuenta.

### 2.3.1. Beneficios individuales del valor de uso

Reciben esta denominación las ventajas que se derivan directamente del uso del producto y que mejoran la experiencia de los consumidores con el mismo. Se trata del tipo de beneficios que habitualmente se tienen en cuenta para valorar esta condición tal y como sucede, por ejemplo, cuando las hortalizas cultivadas con abonos orgánicos tienen mejor sabor y/o son más sanas para los consumidores que las hortalizas producidas con abonos no orgánicos. Cuando las mejoras son suficientes para compensar el perjuicio causado (por ejemplo, el aumento de precios o la reducción de la capacidad de elección), compensarán a los consumidores afectados por el acuerdo<sup>69</sup>.

### 2.3.2. Beneficios individuales del valor de no uso

A diferencia de los anteriores, los beneficios del «valor de no uso» se derivan de manera indirecta del producto, cuando los consumidores valoran el impacto que su consumo sostenible tiene sobre los demás. Es decir, el acuerdo no redundará en un beneficio tangible para los usuarios (o incluso les perjudica), pero estos consideran que les compensa de alguna manera por los efectos que observan en el medio ambiente o en otras personas. Por ejemplo, los muebles hechos a partir de madera cultivada de forma sostenible pueden no ser de mejor calidad ni más baratos, pero evitan la deforestación y la pérdida de hábitats naturales. Estos beneficios recaen en los consumidores del mercado de referencia de manera indirecta a través de su valoración del impacto sobre los demás. Al igual que en el caso anterior, el grado de satisfacción obtenido —medido a través de encuestas de opinión— ha de compensar las pérdidas respecto de los parámetros de competencia<sup>70</sup>. Cuando los usuarios no valoran suficientemente los beneficios «de no uso», los mismos no pueden compensar la restricción de la competencia ocasionada por el acuerdo.

En estos casos, como los beneficios del acuerdo no recaen directamente en los usuarios del producto, no pueden medirse en términos de mejora del precio, calidad, innovación u opciones disponibles para dichos usuarios. Para poder cuantificarlos, tradicionalmente se ha recurrido al denominado «test de la disponibilidad a pagar» («consumer willing to pay test») que analiza si los consumidores están conformes con pagar más a cambio de obtener las ventajas indirectas del acuerdo<sup>71</sup>. Por ejemplo, en el conocido caso *Chicken of tomorrow*, la autoridad holandesa de la competencia rechazó un acuerdo sobre bienestar animal de la industria avícola del país, porque los consumidores no querían

---

veces superiores al incremento de los costes de adquisición resultante de unas lavadoras más eficientes desde el punto de vista energético» (párrafo 46 de la Decisión), si bien esta tesis no fue confirmada en otras decisiones posteriores.

<sup>68</sup> Párrafo 590 de las Directrices horizontales.

<sup>69</sup> Párrafos 571 y ss. de las Directrices horizontales.

<sup>70</sup> Párrafos 575 y ss. de las Directrices horizontales.

<sup>71</sup> Vid. Inderst, Roman y Thomas, Stefan (2021), págs. 705 y ss.

pagar más para que las aves vivieran en mejores condiciones<sup>72</sup>. El concepto de «beneficios individuales del valor de no uso» que utilizan las Directrices parece encajar en el test mencionado al poner el foco en la valoración del consumidor (no sólo respecto del precio) manifestada a través de estudios de opinión<sup>73</sup>. El principal problema que plantea este esquema, tal y como reconoce la propia Comisión<sup>74</sup> reside en cómo se han de valorar dichos estudios pues, con frecuencia, las respuestas no se corresponden con las preferencias reales de las personas y sus resultados pueden estar condicionados por el modo en que se haga la pregunta o la ausencia de un contexto informativo adecuado<sup>75</sup>.

### 2.3.3. Beneficios colectivos

Los beneficios «colectivos» se producen independientemente de la apreciación individual de los consumidores del producto y benefician a un sector más amplio de la sociedad que los consumidores del mercado de referencia<sup>76</sup>. Por ejemplo, cuando los conductores compran combustibles menos contaminantes, también los ciudadanos se benefician de un aire más limpio del que habría si se utilizasen combustibles más contaminantes. Para tenerlos en cuenta, las Directrices exigen que haya un solapamiento sustancial entre los usuarios del producto y los beneficiarios generales. En el ejemplo que comentamos, los conductores que compran combustibles menos contaminantes también son ciudadanos que se benefician de un aire más limpio.

Por el contrario, cuando no existe conexión alguna entre los usuarios del producto y los beneficiarios de la práctica sostenible, los beneficios atribuibles al acuerdo no pueden compensar la restricción de la competencia que causa, en aplicación del artículo 101.3 TFUE. Por ejemplo, cuando los consumidores compran ropa fabricada con algodón sostenible es poco probable que haya solapamiento porque los usuarios de la ropa no viven en los países en los que se fabrica y en los que tienen lugar las mejoras en sostenibilidad<sup>77</sup>.

Para los partidarios de un Derecho de la competencia más «verde»<sup>78</sup>, se deberían tener también en cuenta los beneficios que obtienen personas distintas de los usuarios pues, en estos casos, los demandantes del producto en cuestión han creado el problema medioambiental, que afecta a la sociedad, por lo que puede

<sup>72</sup> Caso de la autoridad holandesa no. 13.0195.66 de 2015, *Chicken of tomorrow*.

<sup>73</sup> *Vid.* CAMPO COMBA, María (2022) pág. 195.

<sup>74</sup> Como señala el párrafo 579 de las Directrices: «puede haber una diferencia entre lo que los consumidores declaran que son sus preferencias y lo que su comportamiento de compra muestra que son sus preferencias reales. Esto puede indicar que las preferencias declaradas por los consumidores sobrestiman o subestiman sus verdaderas preferencias. Para mitigar estos sesgos, que a menudo se derivan de preguntas hipotéticas de las encuestas a los consumidores, debe proporcionarse un contexto adecuado. Además, las preguntas planteadas han de tener en cuenta las normas sociales, los conocimientos y hábitos de consumo y las expectativas sobre el comportamiento de los demás».

<sup>75</sup> *Vid.* el exhaustivo trabajo elaborado por INDERST y THOMAS (2021), págs. 705 y ss. sobre el mencionado test de legalidad.

<sup>76</sup> En los «beneficios del valor de no uso» existe una conexión indirecta con la utilización del bien derivada de la satisfacción que obtienen los usuarios por realizar un consumo responsable, mientras que en los «beneficios colectivos» no existe conexión alguna con el uso del bien porque los usuarios no son conscientes de los beneficios en términos de sostenibilidad o, al menos, estos beneficios no motivan sus decisiones de compra.

<sup>77</sup> Párrafos 582 y ss. de las Directrices horizontales.

<sup>78</sup> En opinión de algunos autores, (MONTI, Mario [2020] pág. 129) «insistir en que los beneficios de la cooperación deben recaer, en parte, en quienes probablemente sufran el perjuicio competitivo puede ser demasiado restrictivo para facilitar las iniciativas de sostenibilidad»

ser justo no compensarles plenamente por el perjuicio que causa el acuerdo<sup>79</sup>. Este enfoque permitiría justificar un acuerdo entre competidores con apoyo en un amplio elenco de beneficios medioambientales localizados en cualquier lugar del mundo<sup>80</sup>.

#### 2.4. *No eliminación de la competencia*

Finalmente, el acuerdo no debe ofrecer a las empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate. Es decir, debe subsistir un cierto grado de competencia residual en el mercado, independientemente del alcance de los beneficios<sup>81</sup>. Por ejemplo, si el acuerdo elimina la competencia en materia de calidad o variedad, pero el precio también es un parámetro importante de la competencia en la industria en cuestión, y los precios no están restringidos, esta condición puede cumplirse<sup>82</sup>. La misma idea se puede extraer del *case-law* de la Comisión Europea en el que se valoró que un acuerdo para fabricar lavadoras más eficientes no incidía en «otros factores tales como el precio, la imagen de la marca y las características técnicas» que «pueden influir más en las decisiones de compra que la eficiencia energética»<sup>83</sup>.

## VI. LOS ACUERDOS DE «ESTANDARIZACIÓN DE LA SOSTENIBILIDAD»

Los competidores pueden adoptar y cumplir determinados estándares de sostenibilidad para, por ejemplo, retirar determinados productos (plásticos), sustituir ciertos procesos productivos (que utilizan carbón), mejorar el envasado para facilitar el reciclaje, o limitar las compras a proveedores que cumplan determinados criterios. Esta clase de pactos se denominan «acuerdos de estandarización de la sostenibilidad» y se utilizan para «especificar los requisitos que los productores, procesadores, distribuidores, minoristas o proveedores de servicios de una cadena de suministro tienen que cumplir en relación con una amplia gama de métricas de sostenibilidad, como los impactos medioambientales de la producción»<sup>84</sup>.

Las Directrices contemplan la estandarización de la sostenibilidad como una subcategoría dentro de los acuerdos de sostenibilidad, a la que aplica reglas especiales a la hora de evaluar si tienen un objeto o efecto restrictivo de la

<sup>79</sup> Vid. CAMPO COMBA, María (2022) págs 197.

<sup>80</sup> Como tuvimos ocasión de exponer (*vid. supra* el apartado III del trabajo), respecto de los beneficios medioambientales, algunos Estados miembros admiten (o admitían en el pasado) que se valorasen los beneficios de la sociedad en su conjunto.

<sup>81</sup> Como señala gráficamente WOULTERS, David, (2021) pág. 269: «las partes deben seguir siendo totalmente libres e independientes para competir en todos los demás parámetros de la competencia» no afectados por los objetivos sostenibles.

<sup>82</sup> Párrafos 592 y ss. de las Directrices horizontales.

<sup>83</sup> Decisión CEDEC, *cit. supra*, párrafo 64.

<sup>84</sup> Párrafo 539 de las Directrices horizontales. Para poder beneficiarse de este régimen especial, los acuerdos de estandarización de la sostenibilidad no pueden limitar la producción de los productos afectados por el estándar pues, en caso de hacerlo, quedan excluidos del ámbito de aplicación de las Directrices. Si el pacto incluye dicha limitación de la producción, no existe una presunción de que el acuerdo está prohibido, sino que se requiere una evaluación individual (Párrafo 551 de las Directrices horizontales).

competencia. Es decir, la aplicación del artículo 101.1 TFUE a los acuerdos de estandarización de la sostenibilidad se rige por las disposiciones particulares sobre este tipo de acuerdos (sección 9.3.2 de las Directrices), mientras que el examen de si cumplen las condiciones de exención del artículo 101.3 TFUE se realiza conforme a lo dispuesto para cualquier tipo de acuerdo de sostenibilidad (sección 9.4 de las Directrices).

En esencia, el régimen especial de los acuerdos de estandarización de la sostenibilidad se traduce en la introducción de una «salvaguardia regulatoria» que actúa como puerto seguro («safe harbour») para los acuerdos de estandarización que cumplen las condiciones previstas en las Directrices, respecto de los cuales cabe presumir que no infringen la prohibición del artículo 101.1 TFUE. La Comisión Europea justifica el trato especial otorgado a la estandarización de la sostenibilidad por las particulares circunstancias que rodean a este tipo de acuerdos<sup>85</sup>, que los hace diferentes tanto de los acuerdos de sostenibilidad en general, como de los acuerdos de estandarización relativos a cuestiones técnicas<sup>86</sup>.

En los siguientes apartados aludiremos a la evaluación de los acuerdos de estandarización respecto del artículo 101.1 TFUE, distinguiendo tres situaciones: *i*) no restringen la competencia; *ii*) son restrictivos «por objeto»; y *iii*) son restrictivos «por efecto» (con o sin cláusula de salvaguardia).

## 1. Acuerdos de estandarización de la sostenibilidad que no restringen la competencia

Las Directrices señalan que «a menudo» los acuerdos de estandarización de la sostenibilidad «tienen efectos positivos en la competencia» y, por consiguiente, no están prohibidos por las normas de competencia del Tratado<sup>87</sup>. Aplicando el principio esbozado para los acuerdos de sostenibilidad, cabe afirmar que — con carácter general— los estándares comunes de sostenibilidad no incumplen el artículo 101.1 TFUE cuando no afectan a los parámetros de la competencia<sup>88</sup>. Como ejemplo, se mencionan los acuerdos para proporcionar información sobre cuestiones de sostenibilidad que permiten a los consumidores tomar decisiones de compra informadas o los estándares de sostenibilidad que igualan las condiciones entre los productores sujetos a requisitos reglamentarios diferentes, creando unas condiciones de competencia homogéneas para todos<sup>89</sup>.

---

<sup>85</sup> En primer lugar, la adopción de un estándar de sostenibilidad puede dar lugar a la creación de signos distintivos para los productos que cumplen las condiciones, con el consiguiente riesgo de exclusión de las empresas que no los emplean. En segundo término, el cumplimiento del estándar puede suponer un elevado coste para las empresas, por lo que pueden traducirse en un aumento de los precios. En tercer lugar, los estándares de sostenibilidad no promueven la interoperabilidad ni fomentan la competencia entre tecnologías, es decir, carecen de los argumentos clásicos para justificar los estándares técnicos. Finalmente, los estándares de sostenibilidad suelen fijarse en la consecución de un objetivo sostenible, sin imponer tecnologías o métodos de producción específicos para alcanzarlo, como sucede en los acuerdos sobre estándares técnicos (párrafos 541 a 544 de las Directrices horizontales).

<sup>86</sup> Regulados en la sección 4.<sup>a</sup> de las Directrices horizontales.

<sup>87</sup> Párrafo 545 de las Directrices horizontales.

<sup>88</sup> *Vid. supra* el apartado V.1.1. de este trabajo.

<sup>89</sup> Párrafo 545 de las Directrices horizontales.

## 2. Estándares restrictivos «por objeto»

Al igual que sucedía con los acuerdos de sostenibilidad generales, los estándares comunes pueden constituir una restricción «por objeto» cuando encubren un acuerdo para fijar los precios, limitar la producción o repartirse los mercados. En efecto, las Directrices indican que revestirán dicho carácter los estándares comunes que «se usan para ocultar» un acuerdo restrictivo «por objeto»<sup>90</sup>.

Como ejemplo de acuerdos de estandarización restrictivos «por objeto», las Directrices mencionan el cartel de las *emisiones de los automóviles*<sup>91</sup> en el que Daimler, Volkswagen y BMW se pusieron de acuerdo para retrasar la introducción de tecnologías más limpias para eliminar las emisiones nocivas de los turismos diésel<sup>92</sup>. El acuerdo incluía el empleo de depósitos más pequeños de «AdBlue» (la tecnología relacionada con las emisiones) y con una menor autonomía de uso, lo cual se traducía en una menor capacidad de filtrar los gases tóxicos. Para ello, mantuvieron contactos regulares e intercambiaron información sensible sobre estrategias actuales y futuras<sup>93</sup>.

La Comisión estimó que «por su propia naturaleza, la conducta (...) podía restringir la competencia en cuanto a las características del producto y, por tanto, en términos de desarrollo técnico en el ámbito de la limpieza de gases y limitar las posibilidades de elección de los clientes»<sup>94</sup>. Frente a la alegación de las partes de que el acuerdo era parte de su esfuerzo por desarrollar la tecnología «AdBlue», la decisión concluye que para fomentarla no era necesario pactar el tamaño o la autonomía de las unidades, de ahí que el acuerdo sea restrictivo «por objeto» a pesar de que pueda servir, al mismo tiempo, algunos objetivos legítimos<sup>95</sup>.

## 3. Estándares restrictivos «por efecto»: salvaguardia blanda

Cuando un acuerdo de estandarización de la sostenibilidad afecta a los parámetros de la competencia, puede constituir una restricción de la competencia «por efecto». Como novedad, las Directrices contemplan un puerto seguro («salvaguardia regulatoria blanda») que permite concluir que «es poco probable» que los acuerdos que cumplen las condiciones exigidas restrinjan la com-

<sup>90</sup> Párrafo 547 de las Directrices horizontales. No se contempla la posibilidad de considerar restrictivos «por objeto» los estándares en los que la sostenibilidad sea una cuestión secundaria, pues no se exige que esta sea su finalidad principal (*vid.* el apartado V.1.2. del trabajo).

<sup>91</sup> Decisión de la Comisión de 8 de julio de 2021, asunto AT.40178 - *Emisiones de automóviles*. Los fabricantes de automóviles celebraron reuniones técnicas periódicas para debatir el desarrollo de la tecnología de reducción catalítica selectiva (SCR), que elimina las nocivas emisiones de óxido de nitrógeno (NOx) de los turismos diésel mediante la inyección de urea (también llamada «AdBlue») en el flujo de gases de escape. Durante estas reuniones, y a lo largo de más de cinco años, Daimler, Volkswagen y BMW se confabularon para evitar la competencia por una limpieza mejor de la exigida por la ley, a pesar de que la tecnología pertinente estaba disponible.

<sup>92</sup> Es interesante poner de relieve que, como destaca HOLMES, Simons (2023) pág. 453, es la primera vez que se sanciona un cartel que únicamente limita el desarrollo tecnológico (sin afectación de otros parámetros de la competencia como los precios o el nivel de producción), lo cual motivó que la Comisión Europea redujese las multas en un 20%.

<sup>93</sup> Párrafo 121 de la Decisión.

<sup>94</sup> Párrafo 125 de la Decisión.

<sup>95</sup> Párrafo 133 de la Decisión.

petencia en el mercado<sup>96</sup>. Cuando alguna de las condiciones resulta incumplida, el pacto queda fuera del paraguas protector del puerto seguro y su compatibilidad con el artículo 101.1 TFUE deberá analizarse de manera individual<sup>97</sup>.

En relación con las condiciones impuestas, se trata —en primer lugar— de evitar que el estándar elimine o discrimine a los competidores, de ahí que se impongan los tres requisitos siguientes: *i*) el procedimiento de creación del estándar ha de ser abierto y transparente, de manera que cualquier empresa interesada pueda participar; *ii*) el estándar no debe imponer obligaciones a las empresas no adheridas: es decir, quienes no deseen participar en el modelo no deben verse obstaculizadas para seguir participando en el mercado; y *iii*) debe garantizarse un acceso efectivo y no discriminatorio al resultado del procedimiento de estandarización (por ejemplo, el acceso a la etiqueta o marca colectiva), incluyendo a las empresas que no han participado en el proceso de elaboración del estándar<sup>98</sup>.

Otro aspecto relevante es que el acuerdo no impida el desarrollo de estándares alternativos, de ahí que también se exija que las empresas adheridas sean libres para adoptar reglas más estrictas<sup>99</sup>.

Como en cualquier otro acuerdo entre competidores, preocupa que el intercambio de información durante la fase de elaboración o de aplicación de estándar pueda facilitar la colusión. En consecuencia, también se exige que el intercambio de información confidencial ha de limitarse a aquella que resulte imprescindible para el estándar<sup>100</sup>.

Finalmente, la adopción de un estándar siempre puede tener una incidencia negativa sobre los precios, por ejemplo, la estandarización de la producción puede incidir en el precio del producto al igualar los costes entre los participantes. Por este motivo, se exige como última condición que el estándar no provoque un «aumento significativo del precio» o a «una reducción significativa de la calidad» de los productos, salvo que la cuota de mercado conjunta de las empresas participantes no supere el 20 % del mercado de referencia<sup>101</sup>. Es importante destacar que, por un lado, no se descarta cualquier aumento de precio o reducción de la calidad sino sólo aquellos que sean «significativos» (lo que plantea la duda de qué porcentaje de aumento o reducción se va a aceptar para que no revista dicho carácter)<sup>102</sup> y, de otro lado, se permite un efecto negativo sobre el precio o la calidad, aun siendo significativo, cuando la cuota de mercado de las partes es reducida.

<sup>96</sup> «Es poco probable que los acuerdos de estandarización de la sostenibilidad produzcan efectos negativos apreciables sobre la competencia siempre que se cumplan las seis condiciones acumulativas» (párrafo 549).

<sup>97</sup> El incumplimiento de las condiciones del puerto seguro no permite concluir que necesariamente el acuerdo tenga efectos restrictivos de la competencia. Las Directrices ponen el ejemplo de un mercado en el que existe suficiente competencia de etiquetas o estándares de sostenibilidad alternativos o de productos producidos y distribuidos al margen de cualquier etiqueta o estándar, lo cual permite descartar que un acuerdo sobre un nuevo estándar vaya a restringir la competencia, aunque incumpla alguna de las condiciones previstas en las Directrices (párrafo 555).

<sup>98</sup> Párrafo 549 en relación con párrafos 453, 464 y 465 de las Directrices.

<sup>99</sup> Párrafo 549 de las Directrices horizontales.

<sup>100</sup> Párrafo 549, en relación con el párrafo 369 de las Directrices horizontales.

<sup>101</sup> Párrafos 549 y 551 de las Directrices horizontales.

<sup>102</sup> Las primeras cinco condiciones pretenden garantizar que la estandarización tiene efectos positivos para la calidad o la innovación sin afectar a los parámetros de la competencia y, por lo tanto, es lógico que no incurran en la prohibición del artículo 101.1 TFUE (*vid.* GASSLER, Martín [2021] pág. 436). La novedad de las Directrices de 2023 reside en que se admite que también queden al margen de la prohibición los acuerdos que afectan «de manera no significativa» a parámetros de la competencia como el precio o la calidad de los productos.

## VII. LOS ACUERDOS DE SOSTENIBILIDAD EN EL ÁMBITO DE LA AGRICULTURA

Al margen de los dos tipos de acuerdos sostenibilidad que hemos comentado, la Comisión Europea también ha adoptado unas Directrices específicas sobre los acuerdos de sostenibilidad en el ámbito de la agricultura, en la que se tienen en cuenta las particularidades que presenta el Derecho de la competencia en el sector<sup>103</sup>. Un estudio pormenorizado de esta clase de acuerdos excede del contenido de este trabajo si bien conviene advertir que las normas específicas sobre la agricultura derogan lo dispuesto con carácter general en las Directrices de colaboración horizontal<sup>104</sup>.

## VIII. CONCLUSIONES

El deterioro medioambiental y el cambio climático constituyen el mayor desafío al que se enfrenta la Humanidad. Aunque el Derecho de la competencia no está entre las principales herramientas para afrontar estos retos, es indudable que garantizar el funcionamiento competitivo de los mercados también contribuye al esfuerzo sostenible en la medida en que fomenta la calidad y la innovación de los productos y servicios.

Un aspecto que debe cuidarse es que la prohibición de colusión del artículo 101 TFUE no se erija en una barrera para que las empresas competidoras colaboren en el cambio de paradigma social y ecológico que entraña la sostenibilidad. Para evitarlo, las Directrices horizontales de 2023 proponen incorporar las consideraciones sostenibles en la evaluación de las condiciones de exención del artículo 101.3 TFUE, realizando una interpretación flexible de las dos condiciones que resultan más controvertidas: la indispensabilidad de los acuerdos y la participación equitativa de los usuarios en los beneficios de la colaboración empresarial. En relación con la primera, se admite que la existencia de fallos de mercado relacionados con la sostenibilidad (como el «dilema del pionero» o la falta de información de los usuarios) pueda justificar la necesidad de colaboración entre competidores. Respecto de la segunda, se acepta que los beneficios derivados del acuerdo colusorio incidan de manera indirecta sobre los usuarios del producto afectado, ya sea porque valoran los beneficios de la sostenibilidad que recaen sobre terceras personas, bien porque existe cierto solapamiento entre los usuarios del producto y los beneficiarios en términos de sostenibilidad. En definitiva, la actual política de la Comisión pretende evitar un análisis excesivamente riguroso de las condiciones del artículo 101.3 TFUE, ampliando el elenco de beneficios que se deben tener en cuenta (eficiencias medioambientales) para determinar si compensan las desventajas que sufren un colectivo más amplio de personas (directa o indirectamente relacionados con el producto afectado por el acuerdo), admitiendo expresamente algunos fallos del mercado para justificar la necesidad de la colaboración entre competidores.

---

<sup>103</sup> Comunicación de la Comisión (C/2023/8306) - Directrices de la Comisión sobre la exclusión del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea para los acuerdos de sostenibilidad de los productores agrícolas de conformidad con el artículo 210 bis del Reglamento (UE) no. 1308/2013.

<sup>104</sup> Párrafo 47 de las Directrices horizontal.

Las cuestiones sostenibles también se tienen en cuenta en sede del artículo 101.1 TFUE al admitir que se empleen para evitar imponer la calificación de restricción «por objeto» a los acuerdos que persiguen principalmente fines sostenibles. De este modo, sólo se han de considerar restrictivos «por objeto» los acuerdos entre competidores que persigan de manera secundaria fines sostenibles y aquellos en los que la sostenibilidad se utiliza para encubrir una restricción de la competencia. Además, se contempla una salvaguardia regulatoria para los acuerdos de estandarización de la sostenibilidad, los cuales no infringen la prohibición del artículo 101.1 TFUE si cumplen las seis condiciones que detallan las Directrices.

## IX. BIBLIOGRAFÍA

- BALMER, Paul (2020), «Colluding to save the world: how Antitrust Laws discourage corporations from taking action on climate change», *Ecology Law Quart.* Vol. 47, págs. 219 y ss.
- BUHART, Jacques y HENRY, David (2021), «Think green before you apply: EU Competition Law and climate- change abatement», *World Competition*, Vol. 44, no. 2, págs. 147–168.
- CLAICI, Adina y LUTZ, Jasper (2021), «Beyond the policy debate: how to quantify sustainability benefits in competition cases: lessons learned from environmental economics», *European Competition and Regulatory Law Review (CoRe)*, vol. 5, no. 3, págs. 200-209.
- DE LA VEGA GARCÍA, Fernando (2022), «El Derecho europeo de la competencia ante los «acuerdos de sostenibilidad», *Cuadernos de derecho transnacional*, Vol. 14, No. 2, 2022, págs. 825-850.
- DE STEFANO, Gianni (2020), «EU Competition Law & the Green Deal: The Consistency Road», *CPI Antitrust Chronicle*, 28 Julio 2020, 12 págs.
- GASSLER, Martin (2021), «Sustainability, the Green Deal and art 101 TFEU: where we are and where we could go», *Journal of European Competition Law & Practice*, Vol. 12, No. 6, págs. 430-442.
- GERBRANDY, Anna (2017), «Solving a sustainability-deficit in European Competition Law», *World Competition*, Vol. 40, no. 4, págs. 539-562.
- HOLMES, Simon (2020), «Climate change, sustainability, and Competition Law», *Journal of Antitrust Enforcement*, vol. 8, págs. 354-405.
- (2023), «Sustainability and competition policy in Europe: recent developments», *Journal of European Competition Law & Practice*, Vol. 14, No. 7, págs. 448-456.
- INDERST, Roman y THOMAS, Stefan (2021), «Integrating benefits from sustainability into the competitive assessment—how can we measure them?», *Journal of European Competition Law & Practice*, Vol. 12, No. 9, págs. 705-709.
- (2022), «The scope and limitations of incorporating externalities in competition analysis within a consumer welfare approach», *World Competition*, Vol. 45, no. 3, págs. 351–386.
- (2022), «Competition Law and the environment», *Annual Review of Resource Economics*, vol. 15, págs. 199-211.
- KINGSTON, Suzanne (2010), «Integrating environmental protection and EU Competition Law: why competition isn't special», *European Law Journal*, Vol. 16, No. 6, págs. 780-805.
- LOOZEN, Edith (2024), «EU antitrust in support of the Green Deal. Why better is not good enough», *Journal of Antitrust Enforcement*, vol. 12, págs. 75–97.
- MALINAUSKAITE, Jurgita (2022), «Competition Law and sustainability: EU and national perspectives», *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 13, no. 5, págs. 336-348.

- MARTÍNEZ CORRAL, Borja, «Competencia verde: ¿pueden las políticas de sostenibilidad influir las decisiones en materia de competencia?» (2021), *Comunicaciones en propiedad industrial y derecho de la competencia*, No. 92 (enero-abril), págs. 175-193.
- MONTI, Giorgio (2020), «Four options for a greener Competition Law», *Journal of European Competition Law & Practice*, Vol. 11, No. 3-4, págs. 124-132.
- ROBERTSON, Viktoria (2022), «Sustainability: a world-first green exemption in Austrian Competition Law», *Journal of European Competition Law & Practice*, Vol. 13, No. 6, págs. 426-434.
- SCHINKEL Maarten Pieter y TREUREN Leonard (2021), «Green antitrust: (More) friendly fire in the fight against climate change», *Amsterdam Law School Research Paper*, no. 2020-72, 26 págs.
- VELJANOVSKI, Celso (2021), «Collusion as environmental protection—an economic assessment», *Journal of Competition Law & Economics*, vol. 18, no. 3, págs. 523-550.
- WARD, Andrew, SÁNCHEZ SANTAMARÍA, Camila, TRAPET LLAMAS, Marie, SEMENT, Floriane, CABEZALI PLATÓN, Beatriz (2022), «Sostenibilidad y Derecho de la competencia: ¿quo vadis, Europa?», en RECUERDA GIRELA, Miguel Ángel (dir.), *Anuario de derecho de la competencia*, Thomson Reuters Aranzadi, págs. 289-319.
- WOUTERS, David (2021), «Which sustainability agreements are not caught by article 101 (1) TFEU?», *Journal of European Competition Law & Practice*, Vol. 12, No. 3, págs. 257-270.

