



FACULTAD DE DERECHO

El impacto de los nuevos objetivos sostenibles y criterios ESG en el derecho de competencia: análisis de prácticas anticompetitivas y directrices de sostenibilidad

Autor: Olivia Louvrier Quintanal

5ºE3B

Derecho Mercantil

Tutor: Ignacio Hornedo Villalba

Madrid

Abril 2024

Olivia
Louvrier
Quintanal

**El impacto de los nuevos objetivos sostenibles y
criterios ESG en el derecho de competencia:
análisis de prácticas anticompetitivas y
directrices de sostenibilidad**

Índice de contenidos

Resumen	5
Palabras Clave	5
Abstract	6
Key Words	6
Acrónimos	7
1. INTRODUCCIÓN	8
1.1. Contexto	8
1.2. Objetivos	8
1.3. Metodología	9
1.4. Desarrollo: estructura del trabajo de fin de curso	9
2. MARCO TEÓRICO	10
2.1. Derecho de la competencia	11
2.1.1. <i>El concepto de Competencia</i>	11
2.1.2. <i>El derecho de la competencia</i>	12
a. Derecho de Defensa de la Competencia.....	12
b. Derecho de Competencia Desleal	12
2.1.3. <i>Las prácticas anticompetitivas</i>	13
a. Prácticas colusorias	13
b. Prácticas abusivas.....	14
c. Conductas desleales.....	14
d. Conductas autorizadas.....	15
2.1.4. <i>Actos de competencia desleal</i>	16
a. Actos de deslealtad frente a competidores	16
b. Actos de deslealtad frente a los consumidores y usuarios.....	17
2.2. Sostenibilidad	17
2.2.1. <i>El concepto de sostenibilidad</i>	18
2.2.2. <i>Antecedentes de la sostenibilidad</i>	18
2.2.3. <i>La sostenibilidad empresarial</i>	19
2.2.4. <i>Los criterios ESG</i>	20
2.2.5. <i>Los objetivos de sostenibilidad de la UE para 2030 y 2050</i>	21
3. ESG Y DERECHO DE LA COMPETENCIA: PRÁCTICAS ANTICOMPETITIVAS EN LA ADOPCIÓN DE CRITERIOS SOSTENIBLES	23

3.1. Que se entiende por acuerdo sostenible.....	24
3.2. Prácticas anticompetitivas en la adopción de criterios sostenibles.....	25
3.2.1. <i>Transición sostenible empresarial: aumento del precio para el consumidor.....</i>	26
3.2.2. <i>Desafíos de entrada al mercado: pactos de sostenibilidad y barreras para nuevos competidores</i>	26
4. MEDIDAS ADOPTADAS POR LA UE: DIRECTIVA DE LA UE SOBRE COMPETENCIA HORIZONTAL Y LA SOSTENIBILIDAD	27
4.1. Generalidades sobre la directriz sobre la aplicabilidad del art. 101 del TFUE a los acuerdos de cooperación internacional de la UE.....	27
4.2. Análisis de la directriz de la UE.....	28
4.2.1. <i>Acuerdos de sostenibilidad compatibles con las normas de competencia.....</i>	28
4.2.2. <i>Acuerdos para establecer estándares en materia de sostenibilidad.....</i>	30
4.2.3. <i>Análisis de los acuerdos de sostenibilidad que afectan a parámetros de competencia... 31</i>	31
a. Mejoras de eficiencia	31
b. Carácter indispensable.....	32
c. Beneficio para los consumidores.....	32
4.2.4. <i>Posibilidad de consultar a la comisión u otras autoridades</i>	33
5. ESTÁNDAR DE ANALISIS DE LAS PRÁCTICAS ANTICOMPETITIVAS.....	33
5.1. Estándar de análisis de las prácticas anticompetitivas	34
5.2. Estudio del impacto de los criterios ESG en el estándar de análisis de prácticas anticompetitivas.....	38
6. ESTUDIO DE CASO: LAS PRÁCTICAS ANTICOMPETITIVAS EN EMPRESAS QUE ALEGAN CRITERIOS SOSTENIBLES.....	39
7. OTRAS NORMATIVAS QUE EVIDENCIAN EL IMPACTO DE LA SOSTENIBILIDAD EN EL DERECHO DE LA COMPETENCIA	43
7.1. La sostenibilidad en la evaluación de antitrust de los acuerdos verticales	43
8. CONCLUSIONES	45
Bibliografía	48
1. Legislación	48
2. Jurisprudencia.....	48
3. Obras doctrinales	48
4. Recursos de internet.....	49

Resumen

El aumento de la preocupación por la sostenibilidad ha impulsado la adopción de prácticas empresariales orientadas hacia el desarrollo sostenible. Con este trabajo nos proponemos investigar como la sostenibilidad incide e impacta el derecho de la competencia. Mas específicamente, pretendemos analizar como la colaboración entre empresas para alcanzar objetivos sostenibles puede resultar en acuerdos que, aunque buscan promover la sostenibilidad, plantean preocupaciones anticompetitivas, como aumentos de precios o barreras para nuevos competidores.

Para lograr este objetivo, en primer lugar, realizaremos una revisión teórica del derecho de la competencia y de la sostenibilidad. Además, introduciremos las directrices sobre la aplicabilidad del art. 101 TFUE a los acuerdos de cooperación horizontal. Nos enfocaremos en las posibles prácticas anticompetitivas que las empresas pueden cometer al realizar acuerdos sostenibles y en como las directrices establecen pautas para declarar estas prácticas como anticompetitivas o no. Asimismo, estudiaremos como los criterios ESG podrían afectar el estándar de análisis de las prácticas anticompetitivas.

Adicionalmente, para obtener una visión mas práctica, veremos un caso de acuerdo de sostenibilidad, en el que es considerado anticompetitivo. Finalmente veremos que la sostenibilidad no solo impacta el derecho de la competencia en lo que respecta la cooperación horizontal, sino que también en los acuerdos verticales.

Palabras Clave

Derecho de la competencia, Prácticas anticompetitivas, Sostenibilidad, ESG (Environmental, Social, and Governance), Directrices de sostenibilidad, Acuerdos de sostenibilidad, Art. 101 TFUE.

Abstract

The increasing concern for sustainability has driven the adoption of business practices geared towards sustainable development. With this study, we aim to investigate how sustainability influences and impacts competition law. Specifically, we seek to analyze how collaboration between companies to achieve sustainable objectives can result in agreements that, while aiming to promote sustainability, raise anticompetitive concerns, such as price increases or barriers to new competitors.

To achieve this goal, we will first conduct a theoretical review of competition law and sustainability. Additionally, we will introduce guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU) to horizontal cooperation agreements. We will focus on the potential anticompetitive practices that companies may engage in when forming sustainable agreements and how the guidelines establish criteria for determining whether these practices are anticompetitive or not. Furthermore, we will examine how ESG criteria could affect the standard analysis of anticompetitive practices.

Moreover, to gain a more practical insight, we will examine a case of a sustainability agreement deemed anticompetitive. Finally, we will observe that sustainability not only impacts competition law regarding horizontal cooperation but also vertical agreements.

Key Words

Competition law, Anticompetitive practices, Sustainability, ESG (Environmental, Social, and Governance), Sustainability guidelines, Sustainability agreements, Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU)

Acrónimos

CNMC – Comisión nacional de mercados y de la competencia

ODS – Objetivos de desarrollo sostenible

ONU - Organización de las Naciones Unidas

TFUE – Tratado de funcionamiento de la Unión Europea

TJUE – Tratado de jurisdicción de la Unión Europea

UE - Unión Europea

1. INTRODUCCIÓN

1.1. Contexto

La creciente preocupación por la sostenibilidad ha marcado un hito significativo en nuestro mundo actual, dando lugar a numerosos pactos y acuerdos internacionales que establecen criterios y objetivos para mejorar el medio ambiente. En este contexto, las empresas han adoptado prácticas que buscan un desarrollo sostenible, encaminándose a ser más respetuosas con el entorno. Dicho de otra forma, los objetivos de desarrollo sostenible de la Agenda 2030 de las Naciones Unidas están adquiriendo una creciente relevancia en la formulación de estrategias empresariales. Los inversores y reguladores utilizan los criterios ESG (ambientales, sociales y de gobernanza) para evaluar cómo las actividades económicas de las empresas están alineadas con los principios de sostenibilidad.

Algunas compañías reconocen que la colaboración con sus competidores puede ser una forma más efectiva de lograr estos objetivos. Sin embargo, este enfoque puede dar lugar a pactos que, aunque buscan o pretenden cumplir con criterios de sostenibilidad, podrían considerarse anticompetitivos, generando aumentos de precios para el consumidor o dificultando la entrada de nuevos competidores en el mercado.

1.2. Objetivos

En este trabajo nos proponemos examinar como la implementación de los objetivos sostenibles en las empresas afecta al derecho de la competencia. Especialmente enfocándonos en la idea de que las empresas podrían realizar prácticas anticompetitivas bajo el pretexto o queriendo cumplir con objetivos sostenibles. Como objetivos secundarios también pretendemos analizar los siguientes puntos:

- Explicaremos lo que es la competencia, y el derecho de defensa de la competencia, al igual que la competencia desleal.
- Introduciremos asimismo lo que es la sostenibilidad y los objetivos sostenibles.
- Analizaremos los posibles acuerdos sostenibles llevados a cabo por las empresas bajo el pretexto o simplemente con la idea de querer cumplir con los objetivos sostenibles, y como estos acuerdos podrían resultar en prácticas anticompetitivas.

- Estudiaremos del estándar de análisis actual que se está llevando a cabo, así como el posible impacto de los criterios ESG en este estándar de análisis.
- Para acercarnos un poco más a la práctica, llevaremos a cabo el análisis de un caso de acuerdo sostenible entre varias empresas y estudiaremos si se trata de una práctica anticompetitiva o no.
- Por último, veremos como la sostenibilidad incide en otras áreas del derecho de la competencia, como los acuerdos verticales.

1.3. Metodología

El presente trabajo se desarrollará mediante una metodología descriptiva y deductiva, con el propósito de analizar el tema abordado. La investigación se fundamentará en la revisión de diversas fuentes, incluyendo bibliografía especializada como artículos de revistas académicas, manuales, documentos de empresas disponibles en línea, así como leyes, reglamentos y otros documentos normativos pertinentes al tema.

Adicionalmente, se realizará un análisis detallado de la doctrina existente en la materia, abarcando tanto las opiniones de expertos como los enfoques teóricos relevantes. Del mismo modo, se examinará la jurisprudencia relacionada, con el fin de identificar precedentes y tendencias judiciales que puedan aportar entendimientos significativos al estudio.

1.4. Desarrollo: estructura del trabajo de fin de curso

Para abordar la problemática enunciada, hemos estructurado este trabajo en 7 capítulos a continuación del presente:

En nuestro segundo capítulo comenzaremos estableciendo un marco teórico en el que exploraremos el derecho de la competencia y su dualidad, que se traduce en el derecho de defensa de la competencia y el derecho de la competencia desleal. Además, nos sumergiremos en el tema de la sostenibilidad, enunciaremos los criterios ESG y los grandes acuerdos sostenibles. Este análisis nos permitirá comprender las nuevas prácticas adoptadas por las empresas para cumplir con estos objetivos.

Posteriormente, en el capítulo tercero, nos enfocaremos en el examen de prácticas anticompetitivas llevadas a cabo por las empresas bajo el pretexto de cumplir con objetivos sostenibles. Nos centraremos especialmente en como la persecución de objetivos sistenibles

podría influir en la subida de precios para el consumidor final y en la posible creación de barreras de entrada al mercado para nuevos competidores.

Adicionalmente, en el cuarto capítulo analizaremos las recientes directrices de la Unión Europea (UE) sobre la cooperación horizontal de 2023 que destaca la importancia de los acuerdos de sostenibilidad entre competidores dedicando su capítulo 9 entero a este tema. La investigación de este capítulo será crucial para comprender que se considera anticompetitivo en relación con los acuerdos de sostenibilidad.

El quinto capítulo explorará el impacto potencial de los criterios de sostenibilidad y de ESG en el estándar de análisis de prácticas anticompetitivas, cuestionando si el tradicional estándar del beneficio del consumidor debe incorporar estos nuevos principios.

En nuestro sexto capítulo analizaremos un caso real entre empresas que querían llevar a cabo un acuerdo sostenible, pero que, sin embargo, era anticompetitivo. Este estudio será esencial para ofrecer una visión práctica y contextual de las problemáticas abordadas.

El séptimo capítulo enunciará como la sostenibilidad incide en otras áreas del derecho de la competencia, como los acuerdos verticales.

Finalmente, concluiremos el trabajo donde podremos demostrar el impacto de los objetivos sostenibles en el derecho de la competencia, además de destacar la relevancia y utilidad del estudio. Asimismo, abordaremos las limitaciones encontradas durante la investigación y propondremos una posible línea futura de investigación que resultaría interesante explorar.

2. MARCO TEÓRICO

En esta primera sección, exploraremos el derecho de la competencia e introduciremos las prácticas anticompetitivas y los actos desleales. Además, analizaremos el concepto de sostenibilidad, al igual que detallaremos los acuerdos internacionales más importantes relacionados con la sostenibilidad. Esto nos permitirá abordar el dilema actual: Como las empresas que participan en acuerdos de sostenibilidad pueden encontrarse involucradas en prácticas anticompetitivas.

2.1. Derecho de la competencia

2.1.1. El concepto de Competencia

Para poder explicar el derecho de la competencia, es adecuado en un primer lugar comprender lo que es y lo que supone la competencia. La Real Academia Española propone varias definiciones para el concepto de la competencia, pero nosotros nos tenemos que centrar en la definición en el contexto de rivalidad entre empresas: “*Situación de empresas que rivalizan en un mercado ofreciendo o demandando un mismo producto o servicio*” (La RAE, 2024)¹

Asimismo, la CNMC (2013)² nos proporciona una definición más detallada: “*la competencia es la concurrencia en un mismo mercado de múltiples empresas que producen bienes o servicios similares y de un gran número de consumidores que compran libremente con suficiente información.*”.

Es fundamental comprender también la función de la competencia. Según la CNMC³, los consumidores acuden a los mercados para comprar o seleccionar los bienes y servicios que mejor se ajusten a sus preferencias y necesidades. Por lo tanto, la existencia de un mercado libre es crucial para este proceso.

Muy en relación con la competencia, conviene recordar el art. 38 de la Constitución Española de 1978.

“Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación.”

El artículo resalta la importancia de la libre competencia como un valor a proteger en el marco jurídico español. Asimismo, se impide llevar a cabo acuerdos o pactos entre empresas que limiten esta competencia. En relación con este artículo, surge el derecho de la competencia que viene a regular y fomentar la competencia en los mercados.

¹ Real Academia Española, Competencia, *en diccionario de lengua española*, 2024, recuperado de <https://dle.rae.es/competencia>

² Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, ¿Qué es la competencia?, Blog electrónico de la CNMC (2013), recuperado de [¿Qué es la competencia? \(cnmc.es\)](http://www.cnmc.es)

³ *Id.*

2.1.2. *El derecho de la competencia*

Habiendo ya introducido el concepto de competencia, conviene explicar el derecho de la competencia. Según el manual de fundamentos de derecho de mercantil de Abel B. Veiga Copo (2019)⁴, el derecho de la competencia se divide en dos grandes bloques normativos: el Derecho de Defensa de la Competencia y el Derecho de la Competencia Desleal.

A continuación, expondremos cada uno de estos bloques, pero es importante destacar que ambos tipos de derechos comparten un objetivo común, el cual, consiste en proteger el mercado y los agentes que en él intervienen.

a. Derecho de Defensa de la Competencia

Abel B. Veiga Copo (2019)⁵ explica que este bloque tiene fundamentalmente un carácter sancionador y administrativo. Se trata de un ámbito legal en el que el operador del mercado interactúa con la administración. Podemos por tanto decir, que estamos ante la rama del derecho público.

Jiménez y Díaz (2018)⁶ viene a explicarnos el régimen jurídico aplicable a este bloque. Las normas que regulan en España la libre competencia son las siguientes:

- Artículos 101 y siguientes del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE).
- Normas y reglamentos de Derecho comunitario.
- Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC).
- Ley 3/2013, de 4 de junio, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

b. Derecho de Competencia Desleal

Abel B. Veiga Copo (2019)⁷ también se encarga de explicar este bloque expresando que se trata de una disciplina que regula las relaciones entre particulares. Aquí estaríamos ante la rama del del derecho privado, pues se trata de proteger al operador del mercado que se ve

⁴ Martínez Muños M., “El derecho de la competencia”, Veiga Copo, A (coord.), Fundamentos de Derecho Mercantil, Thomson Reuters, Pamplona, 2019, pp.127-156.

⁵ *Id.*, pp.127-156

⁶ Jiménez G., Díaz A., “El derecho industrial y el régimen jurídico de la competencia”, Jiménez G., Díaz A. (coords.), Lecciones de Derecho Mercantil, Tecnos, España, 2018, pp. 205-237.

⁷ Martínez Muños M., “El derecho de la competencia”, Veiga Copo, A (coord.), 2019, *Op.cit.*, pp.127-156

perjudicado por acciones contrarias a los principios de la buena fe llevadas a cabo por otro operador.

La normativa aplicable para la competencia desleal en España es la siguiente:

- Normas y reglamentos a nivel comunitario (a modo de ejemplo podemos mencionar la directiva 2005/29/CE de 11 de mayo y 2006/114/CE, de 12 de diciembre, que abordan materias relativas a consumidores y a publicidad).
- Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (LCD)

2.1.3. *Las prácticas anticompetitivas*

Dentro del derecho de defensa de la competencia hay varias prácticas que están prohibidas. Jiménez y Díaz (2018)⁸ nos explican las tres prácticas prohibidas que vienen reguladas en los artículos 101 y 102 TFUE y 1 y 2 LDC.

Es importante resaltar, que los artículos del TFUE solo podrán ser aplicados a conductas que afecten el comercio entre varios estados miembros de la Unión Europea.

Jiménez y Díaz (2018)⁹ consideran prácticas anticompetitivas aquellas que, “*o bien impiden, falsean o limitan la libre competencia en todo o en parte del mercado nacional, o bien constituyen un abuso de la posición de dominio que en el mercado ostenta quien las lleva a cabo*”.

a. Prácticas colusorias

El artículo 1.1 LDC¹⁰, en línea con el artículo 101.1 TFUE establece que:

“Se prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional”.

⁸ Jiménez G., Díaz A., “El derecho industrial y el régimen jurídico de la competencia”, 2018, *Op.cit.*, pp.205-237.

⁹ *Id.* pp. 205-237.

¹⁰ Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (BOE 2007).

El art. 101.1 TFUE¹¹ también incluye una lista de conductas que serían incompatibles con el mercado interior. Jiménez y Díaz (2018)¹² describen esta lista de manera simplificada:

- Fijación de precios.
- Limitación de la producción, la distribución, la inversión o el desarrollo tecnológico.
- Reparto de mercados.
- Prácticas discriminatorias.
- El uso de "tying contracts".

b. Prácticas abusivas

Para esta práctica anticompetitiva tenemos que atender al art. 102 TFUE y 2 LDC. El art 2.1 LDC¹³ expresa que *“Queda prohibida la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional”*.

Jiménez y Díaz (2018)¹⁴ aclaran que la explotación abusiva de una posición dominante por parte de una o más empresas está prohibida. Es importante destacar que la legislación no prohíbe que una empresa pueda adquirir una posición dominante en el mercado (ni siquiera se prohíben los monopolios), sino que se prohíbe el abuso de esta posición dominante.

c. Conductas desleales

Estamos en este caso hablando de conductas desleales que afecten el interés público. El art. 3 LDC¹⁵ contiene la siguiente previsión:

“La Comisión Nacional de la Competencia o los órganos competentes de las Comunidades Autónomas conocerán en los términos que la presente Ley establece para las conductas prohibidas, de los actos de competencia desleal que por falsear la libre competencia afecten al interés público”

¹¹ Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, art. 101 (Diario oficial de la Unión Europea 3 de marzo de 2010).

¹² Jiménez G., Díaz A., “El derecho industrial y el régimen jurídico de la competencia”, 2018, *Op.cit.*, pp.205-237.

¹³ Ley de Defensa de la Competencia, art.2, *Op.cit.*, (BOE 2007).

¹⁴ Jiménez G., Díaz A., “El derecho industrial y el régimen jurídico de la competencia”, 2018, *Op.cit.*, pp.205-237.

¹⁵ Ley de Defensa de la Competencia, art.3, *Op.cit.*, (BOE 2007).

Abel B. Veiga Copo (2019)¹⁶ expresa que se trata de una prohibición que implica la ejecución de acciones de competencia desleal que generen distorsiones y falseamiento en la libre competencia y perjudiquen al interés público.

Asimismo, Jiménez y Díaz (2018)¹⁷ recalca que la Ley de Defensa de la Competencia (LDC) presenta una característica única, no vista en el Derecho comparado, al otorgar competencia tanto a la Comisión Nacional de la Competencia como a los organismos competentes de las Comunidades Autónomas para abordar los actos de competencia desleal que, al distorsionar la competencia libre, afecten al interés público. Estas autoridades abordarían estas conductas en los mismos términos que en casos de conductas prohibidas.

d. Conductas autorizadas

Es importante destacar, que hay determinadas prácticas colusorias que si están autorizadas. El art. 101.3 TFUE o 1 LDC nos indican que existen prácticas anticompetitivas que están exentas. Dicho de otra manera, Jiménez y Díaz (2018)¹⁸ explican que las prácticas colusorias que, estén prohibidas y sancionadas por el apartado 1 de los artículos 101 TFUE o 1 LDC, pero que reúnan los requisitos establecidos en el apartado 3 de dichas normas, estarán autorizadas. El art. 101.3 TFUE¹⁹ establece por lo tanto que:

No obstante, las disposiciones del apartado 1 podrán ser declaradas inaplicables a:

- *cualquier acuerdo o categoría de acuerdos entre empresas,*
- *cualquier decisión o categoría de decisiones de asociaciones de empresas*
- *cualquier práctica concertada o categoría de prácticas concertadas,*

que contribuyan a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, y reserven al mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante, y sin que:

¹⁶ Martínez Muños M., “El derecho de la competencia”, Veiga Copo, A (coord.), 2019, *Op.cit.*, pp.127-156

¹⁷ Jiménez G., Díaz A., “El derecho industrial y el régimen jurídico de la competencia”, 2018, *Op.cit.*, pp.205-237.

¹⁸ *Id.*, pp.205-237.

¹⁹ TFUE, art. 101.3 (Diario oficial de la Unión Europea 3 de marzo de 2010), *Op.cit.*

- a. *impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos;*
- b. *ofrezcan a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate*

Señalamos que estas prácticas autorizadas no requieren la aprobación explícita de las autoridades competentes, como la CNMC. En su lugar, basta con una autoevaluación por parte de las empresas involucradas, donde se determina si la práctica colusoria cumple con los requisitos legales o reglamentarios correspondientes. No obstante, es crucial tener en cuenta que la CNMC conserva el derecho de verificar la precisión de la autoevaluación empresarial en todo momento.

2.1.4. *Actos de competencia desleal*

a. Actos de deslealtad frente a competidores

En primer lugar, Laguna de Paz (2019)²⁰ explica que el art. 4 de la Ley de Competencia Desleal²¹ prohíbe “*todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe*”.

No obstante, frente a esta prohibición general, Jiménez y Díaz (2018)²² explican que la ley de Competencia desleal a partir de su artículo 5 y ss. establece actos concretos de deslealtad competitiva entre empresarios o competidores. Entro de estos actos podemos encontrar los siguiente:

- Actos de confusión (art 6 LCD).
- Actos de engaño (art. 6 LCD).
- Omisiones engañosas constituidas (art. 7 LCD).
- Prácticas agresivas (art.8 LCD).
- Actos de denigración (art. 9LCD).
- Actos de comparación (art. 10 LCD).

²⁰ Laguna de Paz, J.C. “Ámbito de aplicación del derecho de la competencia”. *Revista de Administración Pública*, 2019, 208, pp. 17-49. Recuperado de <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.208.01>

²¹ Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (BOE 1991).

²² ²² Jiménez G., Díaz A., “El derecho industrial y el régimen jurídico de la competencia”, 2018, *Op.cit.*, pp.205-237.

- Actos de imitación (art. 11 LCD).
- Explotación de la reputación ajena (art. 12 LCD).
- Violación de secretos (art. 13 y 14.2 LCD).
- Desviación de dependientes y contratante (art. 14 LCD).
- Violación de normas (art. 15 LCD).
- Discriminación (art. 16 LCD).
- Precios predatorios (art. 17 LCD).

b. Actos de deslealtad frente a los consumidores y usuarios

Laguna de Paz (2019)²³ enuncia que cuando nos encontramos ante relaciones entre empresarios, consumidores y usuarios, se considerará contrario a la buena fe el comportamiento de un empresario que cumpla con algunos de los siguientes dos requisitos de manera independiente:

- En primer lugar, la falta de observancia de un modelo de conducta esperado. El modelo de conducta esperado es aquel que implica la diligencia profesional adecuada en las relaciones con los consumidores.
- En segundo lugar, los efectos potenciales que este comportamiento puede tener en el comportamiento económico del consumidor medio, como distorsionar significativamente sus decisiones económicas. Por ejemplo, una práctica que distorsionaría significativamente el comportamiento económico del consumidor medio sería aquella que afectase negativamente su capacidad para tomar decisiones informadas, llevando al consumidor a tomar decisiones económicas que de otro modo no habría tomado.

2.2. Sostenibilidad

En primer lugar, estableceremos una definición clara del concepto de sostenibilidad para luego abordar su aplicación en el ámbito empresarial. Posteriormente, exploraremos el origen y la razón detrás de la creciente preocupación por la sostenibilidad. Finalmente, analizaremos los diversos pactos y objetivos establecidos por las instituciones, destinados a lograr el desarrollo sostenible. Este análisis nos permitirá comprender las posibles conductas

²³ Laguna de Paz, J.C, “Ámbito de aplicación del derecho de la competencia”, 2019, *Op.cit.*, pp. 17-49.

anticompetitivas que las empresas podrían adoptar bajo el pretexto de cumplir con estos compromisos.

2.2.1. *El concepto de sostenibilidad*

La Real Academia Española (2024)²⁴, define la sostenibilidad como “*cualidad de sostenible*”. A su vez, el término sostenible se define como “*especialmente en ecología y economía, que se puede mantener durante largo tiempo sin agotar los recursos o causar grave daño al medio ambiente*”.

Asimismo, Leonardo Boff (2013)²⁵ nos proporciona una definición más detallada y elaborada del concepto de sostenibilidad en el contexto de la ecología y el medioambiente. Boff se apoya en dos diccionarios, el *Novo Diccionario Aurelio* y el *clásico Diccionario de Verbos e Regimes* de Francisco Fernández (1942). Para definir la sostenibilidad, el autor distingue entre dos acepciones del concepto: una pasiva y otra activa.

La acepción pasiva de la sostenibilidad se define como un fenómeno que previene eventos negativos, es decir, la sostenibilidad existe para evitar el deterioro o empeoramiento del ecosistema y del medio ambiente. En contraste, la acepción activa se centra en conservar y preservar el medio ambiente mediante procedimientos que buscan mantener las cualidades positivas que ya posee la tierra.

En suma, lo entendamos según una acepción u otra, la sostenibilidad es vista como el remedio y la prevención para la preservación del medio ambiente.

2.2.2. *Antecedentes de la sostenibilidad*

Cabe destacar que el origen de la sostenibilidad y la preocupación por ella no surge hasta el siglo XX. Castrillón y Ibarra (2014)²⁶ explican que la primera conferencia a nivel mundial que abordó el tema de la sostenibilidad y la preocupación medioambiental tuvo lugar en 1972 y fue organizada por la ONU. Esta conferencia marcó el inicio de la concienciación sobre la sostenibilidad, dando lugar a la creación de diversos programas, directrices y protocolos

²⁴ Real Academia Española, Sostenible, en *diccionario de lengua española*, 2024, recuperado de [sostenible | Definición | Diccionario de la lengua española | RAE - ASALE](#)

²⁵ Boff, L., *La sostenibilidad. Que es y que no es*, SalTerrae, Santander, 2013, p.20.

²⁶ Castrillon M., Ibarra A. “*Revisión sobre la sostenibilidad empresarial*” *Revista de estudios avanzados de liderazgo*, vol.1, n.3. 2014, p.52

destinados a la preservación del medio ambiente. A modo de ejemplo, podemos mencionar el PNUMA, Programa de las Naciones Unidas para el medio ambiente desarrollado también en 1972, el Protocolo de Montreal de la Convención de Viena (que busca limitar la emisión de gases) en 1987, y numerosos informes más.

Según Anna Gil Lafuente (2011)²⁷ hasta 1987, todavía no se había hablado de desarrollo sostenible. El informe Brundtland introdujo el concepto de desarrollo sostenible, definiéndolo como “*aquello que permite la atención de las necesidades de las generaciones actuales sin comprometer las necesidades de las generaciones futuras*”. Según John Scade (2012)²⁸, este informe marcó un cambio significativo en la concepción de la sostenibilidad, originalmente centrada en aspectos ecológicos, hacia un marco que también destaca el contexto del desarrollo económico y social. Es a partir de este informe que se empieza a hablar de desarrollo sostenible empresarial.

Estos son los hitos destacados del siglo XX; sin embargo, la preocupación por la sostenibilidad y el desarrollo sostenible adquiere una relevancia aún mayor en el siglo XXI, especialmente en el ámbito empresarial, que explicaremos a continuación.

2.2.3. *La sostenibilidad empresarial*

Ya hemos explorado los antecedentes de la sostenibilidad y definido el concepto. Ahora es pertinente examinar la sostenibilidad en el mundo empresarial.

Gil Lafuente (2011)²⁹ explica la responsabilidad corporativa utilizando la definición que proporciona el Libro Verde elaborado por la comisión de las comunidades europeas en 2001. Por lo tanto, según esta perspectiva, se define la responsabilidad empresarial como “*la integración voluntaria, por parte de las empresas, de las preocupaciones sociales y ambientales en sus operaciones comerciales y en sus relaciones con sus interlocutores*”.

²⁷ Gil Lafuente, A., Barcellos, L., “*Los desafíos para la sostenibilidad empresarial en el siglo XXI*” *Revista Galega de Economía*, vol. 20, n. 2, 2011, p.1.

²⁸ Scade, J., “*Responsabilidad social y sostenibilidad empresarial*”, Escuela de organización industrial, 2012, p. 12.

²⁹ Gil Lafuente, A., Barcellos, L., “*Los desafíos para la sostenibilidad empresarial en el siglo XXI*” 2011, *Op.cit.*, p.1.

También destaca el concepto del "triple bottom line" de Elkington, explicando que el desarrollo sostenible empresarial implica contribuir al desarrollo sostenible proporcionando de manera simultánea beneficios económicos, sociales y ambientales.

Asimismo, John Scade (2012)³⁰ sintetiza todas estas ideas en torno al concepto de sostenibilidad empresarial, llegando a la conclusión de que esta idea implica la necesidad de que las empresas actúen de manera respetuosa con el medio ambiente. Y esta actuación se llevaría a cabo desde la toma de decisiones, desde la forma de gestionar los activos y desde las prácticas adoptadas por la empresa. En resumen, la sostenibilidad empresarial busca promover la responsabilidad y sostenibilidad en las prácticas de las empresas.

Vemos por lo tanto que las empresas se suman a la preocupación por la sostenibilidad, y que existe una presión, sobre todo por parte del consumidor que busca cada vez más servicios y productos sostenibles. Sin embargo, la necesidad de fomentar el desarrollo económico de manera sostenible no es tan fácil y representa un desafío. Para enfrentar este desafío, se han explorado soluciones mediante diversos protocolos, convenios y acuerdos establecidos en diversas cumbres internacionales, los cuales serán analizados en el siguiente apartado.

2.2.4. *Los criterios ESG*

En relación con la sostenibilidad empresarial surgen los criterios ESG. Actualmente la gran mayoría de inversores prestan especial atención a que una empresa cumpla con los criterios ESG. Según Deloitte (2021)³¹, los criterios ESG son el resultado de lo que antes era conocido como la Inversión Socialmente Responsable (ISR). No obstante, estos criterios tienen un enfoque más global que el ISR; Deloitte (2021) explica que las siglas ESG *“hacen referencia a los factores que convierten a una compañía en sostenible a través de su compromiso social, ambiental y de buen gobierno, sin descuidar nunca los aspectos financieros”*.

Es decir, los criterios ESG permiten a los inversores reconocer si una empresa es sostenible o no. Que una empresa cumpla con estos criterios tiene ya repercusiones positivas, pues suponen que una empresa tiene capacidad para recibir inversión, además de mejorar su reputación como negocio sostenible.

³⁰ Scade, J., *“Responsabilidad social y sostenibilidad empresarial”*, 2012, *Op.cit.*, p. 12.

³¹ Deloitte, *“Que son los criterios ESG y para qué sirven”*, 2021, Recuperado de <https://www2.deloitte.com/es/es/blog/sostenibilidad-deloitte/2021/que-son-criterios-esg-para-que-sirven.html>

Sería adecuado definir los factores ESG, y para ello nos apoyaremos en las definiciones que nos proporcionan Deloitte (2021)³² y Ulrich (2016)³³:

- Criterio Ambiental (E): Se enfoca en la evaluación de informes ambientales y en el efecto que las actividades de las empresas tienen sobre el medio ambiente, además de destacar las iniciativas que las compañías llevan a cabo para mitigar la contaminación o reducir las emisiones de carbono. Es importante añadir que las acciones empresariales no deben limitarse a reducir los impactos negativos de sus operaciones, sino que también pueden adoptar una perspectiva proactiva, como la transición hacia fuentes energéticas más sostenibles o la conservación de la biodiversidad.
- Criterio Social (S): Hace referencia a la cultura organizacional en el entorno laboral, abordando aspectos como la diversidad, el manejo administrativo y el respeto a los derechos humanos, además de las relaciones desarrolladas con la comunidad, incluyendo la ciudadanía corporativa y otros proyectos de tipo filantrópico
- Criterio de Buen Gobierno (G): Analiza las compensaciones, los derechos de los accionistas y la interacción entre los accionistas y la gestión de las empresas. También se encarga de los aspectos vinculados al gobierno corporativo de las empresas, su integridad corporativa, su cultura organizacional y sus procedimientos de gestión. Desde la remuneración de los ejecutivos y la implementación de medidas de transparencia hasta la lucha contra prácticas no éticas y la adopción de estrategias fiscales adecuadas.

2.2.5. *Los objetivos de sostenibilidad de la UE para 2030 y 2050*

A continuación, expondremos los acuerdos internacionales más destacados y reconocidos, ya que, junto con los criterios ESG, representan los objetivos que las empresas y multinacionales aspiran a cumplir, motivando cambios en sus prácticas.

En primer lugar, es fundamental destacar que estos acuerdos internacionales representan planes de acción colectivos que reflejan intereses compartidos. En este tipo de acuerdo, se busca establecer gradualmente objetivos, así como los métodos para alcanzarlos. Además, es

³² *Id.*

³³ Ulrich, Entendiendo las inversiones según criterios ESG, S&P Dow Jones, 2016. Recuperado de <https://www.spglobal.com/spdji/es/documents/education/practice%20essentials-understanding-esg-investing-spa.pdf>

importante señalar que todos los acuerdos que expondremos a continuación poseen fuerza vinculante para los Estados que lo han firmado.

El primer y más importante fue el Protocolo de Kioto. El Protocolo de Kioto fue organizado por la ONU y tuvo lugar en 1997. En ese momento 84 países firmaron y 46 ratificaron, no obstante, en 2001 el número de países adheridos aumentó a 180. Fue gracias a este Protocolo que se creó la CMNUCC, Convención Marco de Naciones Unidas sobre el Cambio Climático. Liliana Rodríguez (2007)³⁴ explica que el objetivo y propósito del Protocolo de Kioto era incentivar a los gobiernos a reducir las emisiones causantes del calentamiento global mediante mejoras en la eficiencia energética.

Sin embargo, el Protocolo de Kioto expiraba en 2020, y es por ello por lo que en la Cumbre del Clima (COP 21) de París en 2015 se creó el Acuerdo de París, que fue firmado por 194 estados. Antonio Rodríguez (2022)³⁵, nos explica que los objetivos del Acuerdo de París están muy en línea con los establecidos en el Protocolo de Kioto. Se busca reducir las emisiones de gases de efecto invernadero para mantener los niveles del calentamiento global por debajo de los 2 grados centígrados.

Como comentado en la introducción, estudiaremos el capítulo 9 de las directrices sobre la aplicabilidad del art. 101 del TFUE a los acuerdos de cooperación internacional de la UE. En estas directrices se especifica que hay dos compromisos muy importantes con los que la UE se ha comprometido, que son los objetivos de desarrollo sostenible (ODS) de las Naciones Unidas y el Pacto Verde Europeo. Por ello, en aras de nuestro trabajo, también nos enfocaremos en detallar estos dos acuerdos.

Los objetivos de desarrollo sostenible, según indica la página web de la ONU (2023)³⁶ “constituyen un llamamiento universal a la acción para poner fin a la pobreza, proteger el planeta y mejorar las vidas y perspectivas de las personas en todo el mundo”. En 2015, todos los miembros de la ONU se reunieron y aprobaron 17 objetivos como parte de la agenda de

³⁴ Rodríguez S., L., *Protocolo de Kioto: debate sobre ambiente y desarrollo en las discusiones sobre cambio climático*, Gestión y Ambiente, vol.10, n.2, (2007), pp. 119–128.

³⁵ Rodríguez-Redondo, A., «La progresión en el Acuerdo de París de 2015 sobre cambio climático: ¿obligación o estándar de conducta?». *Revista Catalana de Dret Ambiental*, 2022, vol. 13, n. 1.

³⁶ Página oficial de las Naciones Unidas. [La Agenda para el Desarrollo Sostenible - Desarrollo Sostenible \(un.org\)](https://www.un.org/sustainabledevelopment/)

2030 para el desarrollo sostenible³⁷. Estos objetivos responden a una emergencia climática, que necesita respuesta y colaboración por parte de todos sus estados miembros. Algunos de los objetivos de la Agenda de 2030 para el desarrollo sostenible son los siguientes:

- Adoptar medidas urgentes para combatir el cambio climático
- Promover el uso sostenible de los ecosistemas
- Garantizar modalidades de consumo y producción sostenibles

En cuanto al Pacto Verde Europeo, fue creado en 2019. Fernández de Gatta Sánchez (2020)³⁸ explica que este pacto representa una de las iniciativas más ambiciosas en la historia en términos de medio ambiente y sostenibilidad. El Pacto Verde Europeo (2019)³⁹ pretende “*construir una Europa climáticamente neutra, ecológica, justa y social, acometiendo una profunda transformación de la economía y de la sociedad europea para alcanzar neutralidad climática*”. Algunos de los objetivos principales del Pacto, según la comisión europea, son los siguientes: que no haya emisiones de gases de efecto invernadero en 2050, que el crecimiento económico no haga uso de recursos y que no haya ni personas ni lugares, que se queden atrás. Dentro del contenido del Pacto Europeo, el punto que más nos interesa para estos estudios sería el de la transformación de la economía de la UE para avanzar hacia un futuro sostenible, pues es el apartado que más influye en el ámbito empresarial, ya que busca que las empresas usen de manera más sostenible sus recursos.

3. ESG Y DERECHO DE LA COMPETENCIA: PRÁCTICAS ANTICOMPETITIVAS EN LA ADOPCIÓN DE CRITERIOS SOSTENIBLES

Hasta el momento, hemos detallado y presentado tanto el Derecho de la Competencia como el concepto de sostenibilidad. Esta contextualización nos ha permitido abordar el tema central del proyecto, que consiste en analizar cómo, bajo la persecución del desarrollo sostenible y la consecución de objetivos sostenibles, algunas empresas están llevando a cabo “acuerdos sostenibles” que podrían ser considerados anticompetitivos. El problema es de tal relevancia,

³⁷ Agenda 2030 para el desarrollo sostenible: resolución aprobada por la Asamblea general de la ONU el 25 de septiembre de 2015

³⁸ Fernández de Gatta Sánchez D., “El ambicioso pacto verde europeo”, *Actualidad jurídica ambiental*, n.3, 2020, pp.78-109.

³⁹ Comisión Europea, Pacto verde europea, Unión Europea, 2020

que la Unión Europea se vio obligada en 2023 a modificar sus directrices sobre la cooperación horizontal y dedicar todo su capítulo 9 a describir estos problemas.

A continuación, explicaremos que se entiende por acuerdo sostenible. En segundo lugar, analizaremos las prácticas que se podrían dar cuando las empresas persiguen objetivos de desarrollo sostenible: aumento del precio para el consumidor y barreras de entrada al mercado.

3.1. Que se entiende por acuerdo sostenible

Como hemos venido comentando, a lo largo de los últimos años, el concepto de desarrollo sostenible ha ganado una relevancia considerable, especialmente con la proliferación de objetivos y directrices publicadas en este tiempo. Sin embargo, como señalan las directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)⁴⁰, una preocupación fundamental relacionada con el desarrollo sostenible es que las decisiones individuales de producción y consumo pueden provocar efectos negativos, conocidos como "externalidades negativas", tales como impactos en el medio ambiente, que los actores económicos o los consumidores responsables de estos efectos no consideran adecuadamente.

Frente a ello, surge la necesidad de abordar y mitigar estas externalidades negativas. Una manera de lograrlo es a través de la acción colectiva. Esta acción colectiva se podría llevar a cabo mediante las siguientes formas:

- Políticas públicas
- Regulaciones sectoriales que establezcan estándares y criterios para la producción y el consumo sostenibles.

Además, se plantea la posibilidad de fomentar la cooperación entre empresas a través de acuerdos que promuevan prácticas de producción o consumo sostenible. Estas iniciativas no solo pueden contribuir a minimizar los impactos adversos en el medio ambiente, sino también a fortalecer la responsabilidad compartida y el compromiso con el desarrollo sostenible en el ámbito empresarial.

⁴⁰ Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal, Capítulo 9, (Diario oficial de la Unión Europea, 2023C 259/01).

Las directrices definen “acuerdo sostenible” como “*cualquier acuerdo de cooperación horizontal que persiga un objetivo de sostenibilidad, independientemente de la forma de cooperación*”.

Estos convenios sobre sostenibilidad solo serán motivo de preocupación en términos de competencia conforme al artículo 101 si incluyen restricciones a la competencia en su propósito o si causan efectos negativos tangibles, reales o posibles en la competencia. Los acuerdos que limitan la competencia no pueden evadir la prohibición establecida en el artículo 101, párrafo 1, simplemente basándose en un objetivo de sostenibilidad.

3.2. Prácticas anticompetitivas en la adopción de criterios sostenibles

Escudero y Tuit (2023)⁴¹ explican que estas colaboraciones sostenibles entre empresas no pueden generar efectos negativos para el mercado. Aclaran que:

“Aun cuando esa nueva generación de productos menos contaminantes fuera más cara, los competidores no deberían coordinar la repercusión de los sobrecostes en sus clientelas respectivas, ni definir un estándar que impidiera la entrada de nuevos operadores en el mercado”.

De esta cita podemos deducir por lo tanto dos prácticas comunes, que serían los sobrecostes causados a los clientes y las barreras de entradas.

A continuación, vamos a examinar detalladamente los tipos de acuerdos más frecuentes que se utilizan para alcanzar objetivos de sostenibilidad, pero que, al mismo tiempo, pueden desembocar en prácticas anticompetitivas. Analizaremos como estos acuerdos, aunque persigan “objetivos buenos” en términos de sostenibilidad, a menudo involucran restricciones indebidas a la competencia en el mercado.

⁴¹ Escudero Puente, A. & Tuit, M. La colaboración entre competidores en materia de ESG, según el proyecto de Directrices de la Comisión Europea sobre acuerdos de cooperación horizontal. *Periscopio Fiscal y Legal PWC*, 2023. Recuperado de <https://periscopiofiscalylegal.pwc.es/la-colaboracion-entre-competidores-en-materia-de-esg-segun-el-proyecto-de-directrices-de-la-comision-europea-sobre-acuerdos-de-cooperacion-horizontal/>

3.2.1. *Transición sostenible empresarial: aumento del precio para el consumidor*

Escudero y Tuit (2023)⁴² explican que un acuerdo entre empresarios o competidores en favor a la sostenibilidad dejara de ser compatible con las normas de competencia cuando “*entrañe un pacto para repercutir el aumento de los costes resultantes de la adopción de un estándar de sostenibilidad, en un incremento de los precios de venta en perjuicio de los clientes*”.

Un acuerdo entre empresarios que supone un aumento de costes puede considerarse una práctica anticompetitiva en España si dicho acuerdo tiene como objetivo o efecto restringir la competencia en el mercado. En el contexto del derecho de la competencia español, este tipo de acuerdo podría infringir el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC).

El artículo 1 de la LDC prohíbe cualquier acuerdo, decisión o recomendación colectiva, así como cualquier práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional.

Por lo tanto, un acuerdo entre empresarios que resulte en un aumento de costes y tenga como consecuencia una restricción en la competencia en el mercado podría ser considerado una infracción de la Ley de Defensa de la Competencia en España.

3.2.2. *Desafíos de entrada al mercado: pactos de sostenibilidad y barreras para nuevos competidores*

Escudero y Tuit (2023)⁴³ ofrecen un segundo tipo de acuerdo en favor de la sostenibilidad que tampoco sería compatible con las normas de competencia. Este acuerdo se daría “*si las empresas participantes en el estándar de sostenibilidad presionan a terceros para que se abstengan de comercializar productos que no cumplan dicho estándar*”.

En la misma línea que la primera práctica anticompetitiva abordada, un acuerdo entre empresarios que establece una barrera de entrada para nuevos competidores en el mercado podría considerarse una práctica anticompetitiva en España porque limita la competencia y

⁴² Escudero Puente, A. & Tuit, M. La colaboración entre competidores en materia de ESG, según el proyecto de Directrices de la Comisión Europea sobre acuerdos de cooperación horizontal. 2023, *Op.cit.*

⁴³ *Id.*

distorsiona el funcionamiento normal del mercado. Refiriéndonos nuevamente al artículo 1 de la LDC, establecer barreras de entrada para nuevos competidores puede tener el efecto de reducir la rivalidad en el mercado y dificultar la entrada de nuevas empresas, limitando así la competencia y perjudicando a los consumidores. Por lo tanto, este tipo de acuerdo podría constituir una infracción del derecho de la competencia en España.

4. MEDIDAS ADOPTADAS POR LA UE: DIRECTIVA DE LA UE SOBRE COMPETENCIA HORIZONTAL Y LA SOSTENIBILIDAD

Como hemos venido explicando, en muchos casos, las empresas llevan a cabo acuerdos sostenibles, pero que afectan al mercado y que por lo tanto, se traducen en prácticas anticompetitivas. Frente a ello, la comisión europea ha decidido ampliar sus directrices sobre acuerdos de cooperación horizontal y aplicabilidad del art. 101 TFUE y añadir el capítulo 9, que da pautas para que varios competidores puedan llevar a cabo estas iniciativas sectoriales, sin riesgos de multas de las autoridades de competencia.

Detallaremos en primer lugar los aspectos básicos de la directiva de cooperación horizontal y, en segundo lugar, llevaremos a cabo un análisis de la directriz, y especialmente de las conductas que no son consideradas sostenibles, pues es así como opera la regulación.

4.1. Generalidades sobre la directriz sobre la aplicabilidad del art. 101 del TFUE a los acuerdos de cooperación internacional de la UE

De Nadal (2023)⁴⁴ argumenta que es importante tener en cuenta que la sostenibilidad no debe ser utilizada como una excusa para encubrir acuerdos que en realidad tienen como objetivo prácticas anticompetitivas, como la fijación de precios o la división de mercados o clientes. De hecho, las directrices mismas establecen precauciones específicas para garantizar que únicamente los acuerdos que buscan metas legítimas relacionadas con la sostenibilidad estén protegidos, con el fin de reducir al mínimo el riesgo de *greenwashing* y *socialwashing*.

De acuerdo con esta idea, las recientes directrices proporcionan una serie de pautas para examinar si los acuerdos de sostenibilidad cumplen con las leyes de competencia.

⁴⁴ De Nadal, E., Vila, C., Picón, A. & Larrea, G. Sostenibilidad y derecho de la competencia: orientaciones prácticas, Cuatrecasas, 2023. Recuperado de <https://www.cuatrecasas.com/es/spain/competencia-derecho-ue/art/sostenibilidad-y-derecho-de-la-competencia-orientaciones-practicas>

La propia directriz⁴⁵ ofrece una explicación de cómo se organiza y estructura:

- En primer lugar, la primera sección proporciona una introducción sobre los motivos de la creación del capítulo y define qué constituye un acuerdo sostenible.
- En segundo lugar, la sección 9.2 presenta ejemplos de acuerdos de sostenibilidad que es poco probable que restrinjan la competencia de acuerdo con el artículo 101, apartado 1.
- Luego, la sección 9.3 ofrece orientación sobre aspectos específicos relacionados con la evaluación de los acuerdos de sostenibilidad según lo establecido en el artículo 101, apartado 1, centrándose principalmente en los acuerdos que establecen estándares de sostenibilidad.
- En cuarto lugar, la sección 9.4 aborda aspectos específicos de la evaluación de los acuerdos de sostenibilidad conforme al artículo 101, apartado 3.
- Finalmente, la sección 9.5 analiza las implicaciones de la participación de las autoridades en la celebración de acuerdos de sostenibilidad.
- La comisión europea también ha querido añadir una sección 9.6 donde se ofrece una evaluación de ejemplos hipotéticos de acuerdos de sostenibilidad.

Después de haber explicado cómo se organizan esta directriz, a continuación, detallaremos los cambios más destacados en este ámbito.

4.2. Análisis de la directriz de la UE

4.2.1. Acuerdos de sostenibilidad compatibles con las normas de competencia

De Nadal (2023)⁴⁶ explica que las pautas y criterios de las directrices sugieren analizar si el acuerdo en cuestión impacta determinados aspectos de la competencia, como serían los precios, las cantidades, la innovación, etc. Aquellos acuerdos que no aborden estos asuntos generalmente no estarán sujetos al alcance del artículo 101 TFUE y, por lo tanto, no generarán preocupaciones desde el punto de vista de la legislación de competencia.

⁴⁵ Directrices de la Comisión Europea sobre acuerdos de cooperación horizontal. 2023, *Op.cit.*

⁴⁶ De Nadal, E., Vila, C., Picón, A. & Larrea, G. Sostenibilidad y derecho de la competencia: orientaciones prácticas, 2023, *Op.cit.*

Asimismo, Escudero y Tuit (2023)⁴⁷ explican que las directrices incluyen algunos ejemplos de acuerdos que si serían compatibles con los parámetros de competencia:

1. Los acuerdos de sostenibilidad que no se centren en las actividades comerciales de las empresas, sino en su comportamiento interno.

Las directrices proponen el siguiente ejemplo: un acuerdo entre competidores que establece que la temperatura en sus respectivas oficinas no superará los X grados en invierno.

2. Los acuerdos de sostenibilidad relacionados con la creación de una base de datos que incluya información:

- (i) Sobre proveedores con cadenas de suministro sostenibles. Esto se traduciría en informar que los proveedores emplean prácticas de producción sostenibles.
- (ii) Sobre distribuidores que venden productos de manera sostenible.

De Nadal (2023)⁴⁸ indica, que un ejemplo claro de una base de datos que sea compatible con el derecho de la competencia sería aquella que incluyese información sobre proveedores que cumplen con los derechos laborales, remuneran salarios equitativos y adoptan prácticas de producción sostenible.

3. Los acuerdos entre empresarios sobre la organización de campañas de concienciación sobre la sostenibilidad y la huella ambiental asociada al consumo de sus productos.

De Nadal (2023)⁴⁹ explica, que cualquier pacto en el que múltiples empresas competidoras se comprometen a no importar productos prohibidos por una normativa, no será considerado prohibido.

⁴⁷ Escudero Puente, A. & Tuit, M. La colaboración entre competidores en materia de ESG, según el proyecto de Directrices de la Comisión Europea sobre acuerdos de cooperación horizontal. 2023, *Op.cit.*

⁴⁸ De Nadal, E., Vila, C., Picón, A. & Larrea, G. Sostenibilidad y derecho de la competencia: orientaciones prácticas, 2023, *Op.cit.*

⁴⁹ *Id.*

4.2.2. Acuerdos para establecer estándares en materia de sostenibilidad

De Nadal (2023)⁵⁰ especifica que hay una disposición que ofrece un tipo de salvaguardia (Safe harbor) para los acuerdos entre empresarios y competidores que buscan implementar un estándar de sostenibilidad.

Estos acuerdos de estandarización estarán exentos y se considerarán que son compatibles con los parámetros de competencia si cumplen con los requisitos establecidos en las directrices. A continuación, enumeraremos algunos de los requisitos explicados por Escudero y Tuit (2023)⁵¹:

- El desarrollo del estándar debe llevarse a cabo de manera transparente, asegurando que todos los competidores tengan acceso y la posibilidad de participar en dicho proceso.
- El estándar debe de carecer de carácter vinculante y por ende no ser de aplicación obligatoria para los competidores o empresarios que no han querido unirse a esta iniciativa.
- Las empresas o competidores que participen en el desarrollo de este estándar deberán tener la libertad de adoptar un estándar de sostenibilidad diferente, incluso más elevado que el acordado entre competidores.
- Para el desarrollo del estándar no se podrá llevar a cabo intercambio de informaciones comerciales confidenciales.
- Hay que asegurar que el acceso al resultado del proceso de estandarización sea equitativo y no discriminatorio. Los operadores que no hayan participado en la definición del estándar deberían tener la oportunidad de unirse a la iniciativa más adelante.
- La implementación del estándar no debería ocasionar un incremento en los precios de los productos y servicios, ni tampoco una disminución en la diversidad de productos disponibles en el mercado.

⁵⁰ De Nadal, E., Vila, C., Picón, A. & Larrea, G. Sostenibilidad y derecho de la competencia: orientaciones prácticas, 2023, *Op.cit.*

⁵¹ Escudero Puente, A. & Tuit, M. La colaboración entre competidores en materia de ESG, según el proyecto de Directrices de la Comisión Europea sobre acuerdos de cooperación horizontal. 2023, *Op.cit.*

- Después de implementar el estándar de sostenibilidad, será obligatorio llevar a cabo un procedimiento de supervisión o auditoría para asegurar que las empresas adoptan correctamente este estándar.

Por último, resulta adecuado dar ejemplos específicos de lo que si sería considerado compatible con los parámetros de competencia. Escudero y Tuit (2023)⁵² citan algunos ejemplos de acuerdos incluidos en esta categoría:

- La progresiva eliminación, retirada o sustitución de productos y procesos no sostenibles por aquellos que sí lo sean.
- La estandarización de materiales de embalaje para facilitar el reciclaje.
- La adquisición de materias primas para la producción únicamente si los productos comprados son fabricados de manera sostenible.

4.2.3. Análisis de los acuerdos de sostenibilidad que afectan a parámetros de competencia

En la propia directriz sobre la aplicabilidad del art. 101 TFUE se afirma que hay acuerdos sostenibles que efectivamente restringen la competencia de acuerdo con el art. 101 TFUE, pero que pueden ser permitidos si se benefician de la excepción del art. 101.3. En este apartado se presentan varias condiciones, y si las partes que han llevado a cabo el acuerdo pueden demostrar el cumplimiento de estos requisitos, entonces el acuerdo es permitido.

Las condiciones acumulativas que se tienen que dar son las siguientes: Mejoras de eficiencia, carácter indispensable y beneficio para los consumidores. A continuación, explicaremos estas condiciones ayudándonos de las directrices y de las explicaciones de De la Vega (2022)⁵³.

a. Mejoras de eficiencia

Las propias directrices⁵⁴, explican que el artículo 101.3, requiere que un acuerdo de sostenibilidad llevado a cabo entre empresas contribuya a mejorar la producción o distribución de bienes o promover el progreso técnico o económico. Esta mejora se debe

⁵² Escudero Puente, A. & Tuit, M. La colaboración entre competidores en materia de ESG, según el proyecto de Directrices de la Comisión Europea sobre acuerdos de cooperación horizontal. 2023, *Op.cit.*

⁵³ De la Vega García, El derecho europeo de la competencia ante los “acuerdos de sostenibilidad”, Universidad de Murcia, 2022, pp.20-26.

⁵⁴ Directrices de la Comisión Europea sobre acuerdos de cooperación horizontal. 2023, *Op.cit.*

traducir en eficiencias objetivas que van más allá de la reducción de costos, y que incluye la diversidad y calidad de los productos, mejoras en los procesos de producción, y la innovación.

Las directrices proporcionan varios ejemplos indicando que los acuerdos de sostenibilidad pueden generar eficiencias mediante

- El uso de tecnologías más limpias
- Mejorando condiciones de producción y distribución
- Facilitando la comparación de productos para los consumidores.

Por último, es importante destacar que estas mejoras deben ser demostrables, específicas y verificables para ser consideradas.

b. Carácter indispensable

La restricción debe ser indispensable, lo que significa que la eficiencia obtenida a través de la restricción de la competencia no puede lograrse de otra manera. La carga de la prueba de esta condición recae en las partes del acuerdo, que deben demostrar que tanto el acuerdo en sí como cada una de las restricciones de competencia que implica son necesarios para alcanzar los beneficios en sostenibilidad perseguidos, y que no hay otras formas de lograrlos.

Algunas expresiones del carácter indispensable de los acuerdos de sostenibilidad se reflejan en la rentabilidad y la creación de economías de escala. En este sentido, los acuerdos pueden ser esenciales para alcanzar los objetivos de sostenibilidad de manera más rentable, fomentando la cooperación que minimiza los costos.

Además, De la Vega (2022)⁵⁵ explica que pueden ser necesarias ciertas restricciones para lograr una escala suficiente que permita cubrir los costos fijos de la creación, operación y monitoreo de una etiqueta de sostenibilidad.

c. Beneficio para los consumidores

La tercera condición del artículo 101.3, requiere que los consumidores reciban una participación justa en los beneficios alegados, abarcando tanto a los consumidores directos

⁵⁵ De la Vega García, El derecho europeo de la competencia ante los “acuerdos de sostenibilidad”, *Op.cit.*, 2022, pp.20-26.

como indirectos de los productos afectados por el acuerdo. Esto implica que los beneficios del acuerdo deben equilibrar cualquier perjuicio causado, manteniendo al menos un impacto neutral en los consumidores del mercado relevante.

Por lo tanto, los beneficios de sostenibilidad derivados del acuerdo deben repercutir en los consumidores de los productos involucrados. Aunque en algunos casos el perjuicio para la competencia puede ser insignificante en comparación con los beneficios potenciales para los consumidores y por lo tanto no se necesitaría de una evaluación detallada, en otros puede ser necesario realizar una evaluación detallada para determinar si los beneficios de sostenibilidad realmente benefician a los consumidores del mercado relevante.

De la Vega (2022)⁵⁶ explica que para estudiar si el objetivo sostenible beneficia a los consumidores, se deben llevar a cabo 3 análisis y probar al menos alguno de los siguientes beneficios:

- El análisis de los beneficios individuales del valor de uso.
- El análisis de los beneficios individuales del valor de no uso.
- El análisis de los beneficios colectivos.

4.2.4. Posibilidad de consultar a la comisión u otras autoridades

Las entidades reguladoras de la competencia están dispuestas a proporcionar orientación a las empresas para ayudarlas a evaluar la conformidad de estas iniciativas sectoriales en pro de la sostenibilidad. Escudero (2022)⁵⁷ ofrece un claro ejemplo: la autoridad alemana ha manifestado abiertamente su aprobación de acuerdos entre competidores destinados a asegurar una compensación justa para los productores de ciertos tipos de frutas, así como otros dirigidos a mejorar las condiciones de vida de los animales de granja.

5. ESTÁNDAR DE ANÁLISIS DE LAS PRÁCTICAS ANTICOMPETITIVAS

En este apartado estudiaremos el impacto que pueden tener los criterios de ESG en el estándar de análisis de prácticas anticompetitivas. Hasta ahora el estándar es el beneficio del

⁵⁶ De la Vega García, El derecho europeo de la competencia ante los “acuerdos de sostenibilidad”, *Op.cit.*, 2022, pp.20-26.

⁵⁷ Escudero, A. (2022). Sostenibilidad y competencia. *Expansión, Jurídico*. Recuperado de <https://www.expansion.com/especiales/pwc/2022/05/06/62740e91468aeb1a5f8b45a1.html>

consumidor (Consumer Welfare). Es interesante analizar si este estándar debe incorporar también principios de ESG. Para ello, estudiaremos en primer lugar el estándar que se aplica actualmente, y a continuación estudiaremos el impacto de los criterios de ESG en el estándar de análisis.

5.1. Estándar de análisis de las prácticas anticompetitivas

En España, podemos decir que el estándar de análisis de las prácticas anticompetitivas se basa en el preámbulo 1 y el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia.

En primer lugar, el preámbulo 1 de la Ley⁵⁸ especifica lo siguiente:

“La existencia de una competencia efectiva entre las empresas constituye uno de los elementos definatorios de la economía de mercado, disciplina la actuación de las empresas y reasigna los recursos productivos en favor de los operadores o las técnicas más eficientes. Esta eficiencia productiva se traslada al consumidor en la forma de menores precios o de un aumento de la cantidad ofrecida de los productos, de su variedad y calidad, con el consiguiente incremento del bienestar del conjunto de la sociedad”

Si analizamos estas afirmaciones, vemos que el objetivo final es el bienestar del conjunto de la sociedad. A ello, debemos añadir lo que establece el artículo primero; en este artículo se establece que el objetivo de la ley es garantizar la existencia de una competencia efectiva en el mercado en el interés de los consumidores. El artículo 1.3 especifica que una conducta no será colusoria si *“permite a los consumidores o usuarios participar de forma equitativa de sus ventajas”*.

Por lo tanto, aunque la ley no lo exprese explícitamente, se puede inferir que el estándar de análisis se basa en el bienestar del consumidor, ya que el objetivo principal de la ley es garantizar la existencia de una competencia efectiva en el mercado en beneficio de los consumidores.

⁵⁸ Preámbulo I, Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia

Asimismo, Montero Pascual (2013)⁵⁹ explica que, es claro, que las leyes de defensa de la competencia no protegen la competencia como un valor absoluto, sino que se centran en preservar el juego competitivo en beneficio del interés general. La competencia impulsa a las empresas a ajustar sus precios, a garantizar la calidad e innovar, lo que resulta en beneficios para los usuarios. Estas leyes tienen como objetivo principal proteger la competencia como un mecanismo efectivo para satisfacer las necesidades de los usuarios, en lugar de proteger la competencia en sí misma. En resumen, su objetivo es salvaguardar los intereses de los usuarios mediante la promoción de un entorno competitivo dinámico.

Sin embargo, el derecho de la competencia de la Unión Europea especifica de manera más concreta que el estándar de análisis de las prácticas anticompetitivas es el “*Consumer Welfare*” (Bienestar del Consumidor). Por lo tanto, a continuación, procederemos a examinar en detalle el concepto de bienestar del consumidor promovido por la Unión Europea.

Según Alboek (2013)⁶⁰ existen numerosas afirmaciones que sugieren que, desde la perspectiva de la Comisión Europea, la política de competencia actual de la Unión Europea se centra principalmente en proteger el bienestar de los consumidores. En primer lugar, en 2010, Joaquín Almunia (comisionado a cargo de la política de la competencia europea) expresó que “*all of us here today know very well what our ultimate objective is: Competition policy is a tool at the service of consumers. Consumer welfare is at the heart of our policy and its achievement drives our priorities and guides our decisions*”.

Además, Andersen (2020)⁶¹ también nos recuerda que, la ex Comisaria de Competencia, Neelie Kroes, durante su intervención en el Día Europeo de la Competencia del Consumidor en 2015, expresó la importancia de proteger la competencia en el mercado como una forma de beneficiar al consumidor.

⁵⁹ Montero Pascual, J.J (2013), *La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Entre la actividad administrativa de regulación y el Derecho de la competencia*. Tirant monografías, 895, pp.27-30

⁶⁰ Albæk, S. Consumer Welfare in EU Competition Policy, in *Aims and Values in Competition Law*, DJØF Publishing, 2013, pp. 2-20.

⁶¹ Andersen, E. *The Role of Consumer Welfare in EU Competition Policy: How Understanding the Priority Conferred Upon Competition Policy Objectives May Shed Light on Modern Day Inconsistencies*, Faculty of Law, Lund University, 2020.

Es crucial destacar que el concepto de "Consumer Welfare" no se sustenta únicamente en las palabras de Almunia o Kroes, sino que al analizar el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), resulta evidente que la Unión Europea tiene como objetivo principal la protección del consumidor.

Según el artículo 101.3, la prohibición establecida en el artículo 101.1 no se extiende a los acuerdos u otras acciones que contribuyan a mejorar la producción o distribución de bienes, o a promover el progreso técnico o económico, siempre que los consumidores reciban una parte justa de los beneficios resultantes. Con este artículo vemos una vez más como siempre se busca que las prácticas anticompetitivas no perjudiquen al consumidor.

Una vez establecido que el objetivo es el "Consumer Welfare" es importante explicar este concepto. Según Alboek (2013)⁶², "*consumer welfare is the difference between what consumer would have been willing to pay for a good and what they actually had to pay*". Dicho de otra forma, el "Consumer Welfare" es el "excedente" que obtienen los consumidores al comprar un bien, y, por lo tanto, el término "excedente del consumidor" a menudo se utiliza como sinónimo de bienestar del consumidor.

Es relevante explicar también como se utiliza este estándar para entender que un acuerdo o iniciativas llevadas por empresas o competidores son anticompetitivas. Andersen (2020)⁶³ explica que las directrices en la Unión Europea consideran prácticas anticompetitivas aquellas que impactan negativamente en el bienestar del consumidor. Proporciona ejemplos concretos de cómo la fijación de precios y el reparto de mercado pueden considerarse restricciones a la competencia si reducen la producción, aumentan los precios y disminuyen las opciones para los consumidores.

Anteriormente, el enfoque estaba en prohibir prácticas que obstaculizaban la libertad económica de los competidores, pero ahora se centra en los efectos negativos sobre la competencia, especialmente en parámetros como los precios y la variedad de opciones, que son vitales para el bienestar del consumidor dentro de la Unión Europea.

⁶² Albæk, S. Consumer Welfare in EU Competition Policy, in Aims and Values in Competition Law, 2013, *Op.cit.*, pp. 2-20.

⁶³ Andersen, E. The Role of Consumer Welfare in EU Competition Policy, 2020, *Op.cit.*

En resumen, la práctica anticompetitiva se define en función de cómo afecta al consumidor, ya que cualquier acción que reduzca su bienestar, como incrementar los precios o limitar la elección, se considera perjudicial para la competencia

Hasta hora, podemos destacar que siempre se busca proteger el mercado, la libre competencia y por ende el consumidor. A continuación, estudiaremos varios casos explicados por Vestager (2024)⁶⁴ que no perjudican directamente al consumidor, pero indirectamente si, y por lo tanto son considerados prácticas anticompetitivas. Muchas veces se piensa erróneamente que si el objetivo del derecho de la competencia es el bienestar del consumidor solo serán anticompetitivas aquellas prácticas que estén relacionadas con el precio. No obstante, los ejemplos que explicaremos a continuación ilustran cómo el estándar de bienestar del consumidor ha permitido a las autoridades de competencia abordar efectos no relacionados con el precio en casos recientes.

- El primer caso es el de Google Android. En este caso el enfoque no fue sobre precios anticompetitivos, sino sobre asegurar que los motores de búsqueda rivales no fueran bloqueados del mercado, permitiendo así a los consumidores elegir cómo acceder a la información en Internet.
- El segundo caso es el caso de Amazon Marketplace. En este caso el énfasis no estuvo en los efectos de precios, sino en prácticas de auto-preferencia y elección del consumidor.

Ambos casos demostraron que el estándar de bienestar del consumidor puede abordar preocupaciones más amplias, como la elección del consumidor, la privacidad y la equidad en el mercado. Estos ejemplos subrayan cómo este estándar ofrece flexibilidad para explorar efectos no relacionados con el precio en la aplicación de la ley antimonopolio.

A modo de conclusión debemos por lo tanto decir que el estándar de análisis de las prácticas anticompetitivas en España, basado en la Ley de Defensa de la Competencia y el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), tiene como objetivo principal proteger el bienestar del consumidor y garantizar una competencia efectiva en el mercado. En resumen, el estándar de análisis basado en el bienestar del consumidor es fundamental para proteger

⁶⁴ Vestager, M. Speech by EVP Margrethe Vestager at the Global Competition Law Center, College of Europe – Article 102: The beating heart of antitrust in the EU. European Commission, 2024.

los intereses de los consumidores y promover un mercado competitivo que beneficie a toda la sociedad.

5.2. Estudio del impacto de los criterios ESG en el estándar de análisis de prácticas anticompetitivas

Como hemos venido diciendo, el análisis de prácticas anticompetitivas es un proceso fundamental en la aplicación efectiva del derecho de la competencia. Los estándares de análisis sirven como herramientas para evaluar y determinar si las conductas empresariales o los acuerdos entre empresas están en conformidad con las leyes de competencia. Estos estándares permiten examinar diversos aspectos, como el impacto en la competencia, el bienestar del consumidor y la eficiencia económica, entre otros, siendo el más clave e importante el “Consumer Welfare”.

Sin embargo, en un entorno empresarial y regulatorio en constante cambio, es muy importante reconocer la evolución de estos estándares. En particular, la creciente conciencia sobre la sostenibilidad está llevando a cabo un aumento de los criterios considerados en el análisis de prácticas anticompetitivas. Además de los tradicionales factores económicos y de bienestar del consumidor, ahora no sería raro que se empezasen a reconocer la importancia de integrar consideraciones ambientales, sociales y de gobernanza (ESG) en este proceso.

Frente a todo aquello, es importante evaluar cómo las acciones de las empresas afectan no solo a la competencia en el mercado y al bienestar de los consumidores, sino también al medioambiente y a la sociedad en su conjunto.

Por ejemplo, al considerar el impacto ambiental, se podrían examinar prácticas empresariales que generen externalidades negativas, como la contaminación o el agotamiento de recursos naturales. En cuanto a los aspectos sociales, se podría evaluar cómo las acciones de las empresas afectan a las comunidades locales, los derechos laborales y la equidad social. Respecto a la gobernanza, se podría analizar la transparencia, la integridad y el cumplimiento normativo de las empresas.

Integrar en un futuro los criterios ESG en el estándar de análisis de prácticas anticompetitivas no solo reflejaría una preocupación por la sostenibilidad y la responsabilidad social, sino que también promovería la toma de decisiones empresariales más éticas y conscientes. Al abordar estos aspectos de manera integral, se puede garantizar que las prácticas empresariales no solo

sean competitivas desde el punto de vista que se protege al consumidor, sino que también estas prácticas sean sostenibles y socialmente responsables. En última instancia, esto contribuirá a un desarrollo económico más equitativo y sostenible a largo plazo.

Podemos observar que todo lo explicado previamente se refleja en la creación de nuevas directrices, particularmente en el desarrollo del capítulo 9 de la directriz de la aplicabilidad del art. 101 TFUE que trata y que promueve los objetivos sostenibles. Esta iniciativa busca permitir ciertas prácticas que pueden considerarse anticompetitivas, pero que están justificadas por la búsqueda de un bien mayor: la protección del medio ambiente y la promoción de la sostenibilidad.

Es importante destacar que estas prácticas deben cumplir con los parámetros establecidos en el artículo 101.3 para ser consideradas legales. Por lo tanto, resulta evidente que la introducción de los criterios ESG (ambientales, sociales y de gobernanza) y la búsqueda de objetivos sostenibles están modificando y transformando el derecho de la competencia. Este cambio en el enfoque refleja una evolución hacia un marco regulatorio más completo y sensible, que reconoce la importancia de consideraciones más amplias, además de la mera competencia económica y protección del consumidor.

6. ESTUDIO DE CASO: LAS PRÁCTICAS ANTICOMPETITIVAS EN EMPRESAS QUE ALEGAN CRITERIOS SOSTENIBLES

Para poder desarrollar este capítulo, es importante tener en cuenta que es demasiado pronto para encontrar jurisprudencia establecida, ya que el capítulo 9 fue aprobado en 2023. Por lo tanto, para realizar un análisis de caso práctico, vamos a estudiar un caso de acuerdo sostenible y compararemos cómo se resolvió siguiendo el artículo 101 TFUE, para luego analizar esta solución en el contexto del capítulo 9, recientemente publicado.

El caso bajo análisis se desarrolla en los Países Bajos, donde la Autoridad Holandesa de Competencia, ACM⁶⁵, en sus análisis, primero proporciona una explicación sobre la naturaleza del caso.

⁶⁵ ACM, Analysis by the Netherlands Authority for Consumers and Markets (ACM) of the planned agreement on closing down coal power plants from the 1980s as part of the Social and Economic Council of the Netherlands' SER Energieakkoord, 2013.

En los Países Bajos en 2013 se desarrolló el SER Energieakkoord, acuerdo sobre la energía. El acuerdo tiene como objetivo promover la transición hacia una energía más sostenible y reducir las emisiones de gases de efecto invernadero en los Países Bajos. El SER Energieakkoord establece objetivos y medidas específicas para lograr estos fines, incluyendo el cierre de centrales eléctricas de carbón y la promoción de energías renovables. Es un acuerdo entre asociaciones de empleadores, sindicatos, organizaciones medioambientales, gobierno central, regional y local, y otras organizaciones sociales.

Una de las asociaciones del SER, es Energie Netherland (EN en adelante), asociación comercial de empresas de la industria energética holandesa. Fue esta asociación quien propuso el cierre de 5 centrales eléctricas de control y quien contactó con las autoridades para el consumo y mercado de Holanda para comprobar y examinar si el acuerdo planeado para cerrar estas centrales de la década de 1980 puede ser reconciliado con la sección 6 de la Ley de Competencia de los Países Bajos y el art. 101 del TFUE.

El argumento de la EN se basaba en que el cierre de las plantas en cuestión llevará a reducciones de emisiones de dióxido de carbono (CO₂), dióxido de azufre (SO₂), óxidos de nitrógeno (NO_x) y partículas. Se reveló que el cierre de las plantas resultará en una reducción promedio anual de emisiones de 4.7 millones de toneladas de CO₂, 1.5 mil toneladas de NO_x, 2.0 mil toneladas de SO₂ y 0.1 mil toneladas de partículas durante el período de 2016 a 2021.

No obstante, al mismo tiempo la ACM observo que las centrales eléctricas de carbón constituían alrededor del 10% de la capacidad de producción de energía disponible en los Países Bajos. Si estas centrales fueran cerradas, la demanda tendría que ser satisfecha mediante electricidad que es más costosa de producir, lo que resultaría en un aumento de los precios de la electricidad y por lo tanto esto perjudicaría a los consumidores.

Frente esta dualidad entre la subida de precios y la consecución de un objetivo sostenible, la ACM empezó a estudiar si se podía dar una condición del art. 101.3. Es decir, analizar si se reservaba a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante.

Al comparar el aumento estimado de los precios con los beneficios ambientales, se descubre que las desventajas previstas del acuerdo para los consumidores de electricidad en términos de precios podrían ser significativamente mayores que el valor estimado de los efectos

ambientales positivos. Esto sugiere que las condiciones favorables establecidas en el artículo 101.3 TFUE, no se cumplen.

Henk Don⁶⁶, miembro de la junta de ACM declaro que

“El acuerdo de las empresas de energía resultará en desventajas para los consumidores. El acuerdo conduce a facturas de energía más altas para los consumidores porque se reduce la capacidad de producción. Además, hemos encontrado que los beneficios ambientales que estas partes están ofreciendo son demasiado pequeños para compensar estas desventajas”

La ACM por lo tanto declaro que era responsabilidad de las partes implicadas en el Acuerdo Energético buscar alternativas que favorezcan al medio ambiente y que idealmente, estas alternativas también deberían beneficiar a los consumidores.

A continuación, veremos si aplicando el capítulo 9 de las directrices de aplicabilidad del art. 101 TFUE, la conclusión hubiese sido la misma.

En primer lugar, debemos especificar que la EN tendría la posibilidad de hacer una consulta directamente con las autoridades judiciales de la Unión Europea, pues el capítulo 9 incluye un apartado que explica que las entidades reguladoras de la competencia están dispuestas a proporcionar orientación a las empresas para ayudarlas a evaluar la conformidad de estas iniciativas sectoriales en pro de la sostenibilidad.

En segundo lugar, habría que verificar que se trata efectivamente de un acuerdo sostenible. Anteriormente, hemos explicado que las directrices definen “acuerdo sostenible” como “cualquier acuerdo de cooperación horizontal que persiga un objetivo de sostenibilidad, independientemente de la forma de cooperación”. En este caso se trata de una asociación de empresas que quieren cerrar 5 centrales eléctricas de carbón para reducir las emisiones y para cumplir con los objetivos del acuerdo sobre energía sostenible del SER Energieakkoord. Por lo tanto, es evidente que se trata de un acuerdo sostenible.

En tercer lugar, es claro que se trata de un acuerdo que restringe la competencia, pues, como hemos explicado anteriormente y según el análisis de la ACM, se da una elevación de los

⁶⁶ ACM, ACM: Deal over closing down coal power plants harms consumers, Página web oficial de la ACM2013. Disponible en <https://www.acm.nl/en/publications/publication/12046/ACM-deal-over-closing-down-coal-power-plants-harms-consumers>

precios de la electricidad perjudicando a los consumidores. No obstante, como se trata de un acuerdo sostenible habría que ver si se puede aplicar el 101.3 TFUE.

De la Vega⁶⁷ explica que la clave es estudiar si se da el tercer requisito: *“permitir que los consumidores obtengan una participación equitativa en los beneficios, lo que significa que la incidencia global sobre los consumidores en el mercado pertinente es al menos neutra”*. En su capítulo 9, las directrices explican que esto se dan algunos de los siguientes beneficios:

- Beneficios individuales del valor de uso
- Beneficios individuales del valor de no uso
- Beneficios colectivos

En este caso, sería relevante estudiar si se dan los beneficios colectivos. De la Vega destaca que las mejoras colectivas solo son auténticas cuando la sostenibilidad es la regla general en un mercado. Esto quiere decir que la gran mayoría del mercado debería llevar a cabo el acuerdo sostenible para poder lograr una ventaja significativa en el medioambiente. La directriz propone el siguiente ejemplo:

“Para que los beneficios colectivos se materialicen, la cobertura de mercado del acuerdo tendrá que ser significativa. Si, por ejemplo, solo dos de cada diez fabricantes de lavadoras aceptan abandonar sus modelos más contaminantes, es poco probable que el acuerdo pueda evitar el parasitismo (que los fabricantes de lavadoras sigan ofreciendo modelos más contaminantes) y, por tanto, es poco probable que reduzca suficientemente la contaminación”

En este caso el cierre de las centrales representa un 10% de la capacidad de producción de los Países Bajos, por lo tanto, cerrar estas cinco centrales no supondrían suficientes beneficios medioambientales para justificar la subida de precio.

Es por ello, que se podría argumentar que no se puede aplicar el 101.3 TFUE y que por lo tanto no se debería llevar a cabo este acuerdo sostenible.

⁶⁷ De la Vega García, El derecho europeo de la competencia ante los “acuerdos de sostenibilidad”, 2022, *Op.cit.*, pp.20-26

En resumen, podemos concluir que nuestro análisis coincide con la posición de la ACM. Sin embargo, es importante destacar que el capítulo 9 del acuerdo brinda ejemplos más detallados y específicos en cuanto a la sostenibilidad. Esto asegura que se evalúe de manera adecuada y exhaustiva el acuerdo sostenible propuesto. El capítulo 9 establece pautas más claras sobre cómo considerar y analizar los aspectos relacionados con la sostenibilidad, lo que ayuda a garantizar que se tomen en cuenta todas las implicaciones ambientales y sociales antes de tomar decisiones finales. Esto subraya la importancia de tener en cuenta no solo los aspectos económicos, sino también los impactos más amplios en términos de sostenibilidad al evaluar este tipo de acuerdos.

7. OTRAS NORMATIVAS QUE EVIDENCIAN EL IMPACTO DE LA SOSTENIBILIDAD EN EL DERECHO DE LA COMPETENCIA

Es crucial destacar que, hasta el momento, la relevancia de los acuerdos sostenibles en el contexto del derecho de la competencia no solo se refleja en la creación del capítulo 9 de la directriz de aplicabilidad del artículo 101, sino también en la promulgación de otras normativas que evidencian el impacto de la sostenibilidad en este ámbito jurídico. Estas nuevas regulaciones no solo brindan una mayor claridad legal, sino que también fomentan la sostenibilidad al establecer un marco normativo claro y predecible para las empresas.

7.1. La sostenibilidad en la evaluación de antitrust de los acuerdos verticales

Hasta ahora hemos visto que el derecho promueve la cooperación empresarial “verde” a través de la nueva directriz sobre acuerdos sostenibles en acuerdos horizontales. No obstante, también existe directrices que promueven la sostenibilidad en los acuerdos verticales.

Estas directrices entraron en vigor el 1 de junio 2022 y viene a sustituir las antiguas directrices.

En primer lugar, la propia directriz sobre acuerdos verticales⁶⁸ establece la importancia de la sostenibilidad y del desarrollo sostenible. Es cierto, que no hay un capítulo entero destinado a los acuerdos sostenibles, como en las directrices sobre acuerdos horizontales, no obstante, las directrices explican que

⁶⁸ Directrices relativas a las restricciones verticales (Diario oficial de la Unión Europea, 2022/C 248/01).

“La exención prevista en el artículo 2, apartado 1, del Reglamento (UE) 2022/720 se aplica a los acuerdos verticales que persiguen objetivos de sostenibilidad, resiliencia y digitalización, siempre que cumplan las condiciones del Reglamento.”

Asimismo, las directrices contienen varios ejemplos para ilustrar la evaluación de los acuerdos verticales que persiguen objetivos de sostenibilidad. Por lo tanto, como De la Vega⁶⁹ nos explica, aunque los acuerdos verticales que buscan objetivos de sostenibilidad no se clasifican como una categoría separada de acuerdos verticales, las directrices explican que el análisis y evaluación del antimonopolio o antitrust considera el objetivo específico de sostenibilidad que se está persiguiendo. De la Vega también nos aclara que hay una diferencia entre las directrices sobre la sostenibilidad en los acuerdos horizontales y verticales. La gran diferencia reside en que mientras las directrices de cooperación horizontal ofrecen pautas específicas sobre cuando se aplicaría la exención del art. 101.3 TFUE para los acuerdos sostenibles, las directrices sobre cooperación vertical simplemente declaran que a la hora de interpretar los criterios del 101.3 TFUE habrá que tener en cuenta la sostenibilidad como un punto positivo. Por lo tanto, como explica De la Vega⁷⁰, *“No se trata, por tanto, de incluir técnicamente una exención para los acuerdos verticales de sostenibilidad”*.

A modo de conclusión, podemos decir que las nuevas normativas evidencian el creciente impacto de la sostenibilidad en el derecho de la competencia, fomentando prácticas sostenibles y proporcionando claridad legal. En la evaluación de acuerdos verticales, se reconoce la importancia de la sostenibilidad, aunque no se establece una exención específica como en los acuerdos horizontales. Por lo tanto, es importante destacar que, aunque las normativas muestran una creciente sensibilidad hacia la sostenibilidad, aún queda por definir cómo se aplicará esta consideración en los acuerdos verticales.

⁶⁹ De la Vega García, El derecho europeo de la competencia ante los “acuerdos de sostenibilidad”, 2022, *Op.cit.*, pp.20-26

⁷⁰ De la Vega García, El derecho europeo de la competencia ante los “acuerdos de sostenibilidad”, 2022, *Op.cit.*, pp.20-26

8. CONCLUSIONES

Este trabajo examina la intersección entre los objetivos sostenibles y el derecho de la competencia, centrándose en las nuevas prácticas anticompetitivas surgidas en este contexto y la aplicabilidad de las directrices establecidas en el artículo 101 TFUE específicamente en el capítulo 9 dedicado a los acuerdos de sostenibilidad. A medida que la sostenibilidad se convierte en un objetivo fundamental para los gobiernos y las empresas, surge la necesidad de comprender cómo estas nuevas metas afectan e impactan el panorama competitivo.

Este trabajo aborda esta cuestión mediante un análisis de los desafíos y oportunidades que enfrentan las empresas en un entorno legal en constante evolución, proporcionando una visión sobre el impacto de los objetivos sostenibles en el ámbito del derecho de la competencia.

Para abordar el estudio del impacto de los nuevos objetivos sostenibles en el derecho de la competencia, hemos seguido un enfoque estructurado. En primer lugar, hemos proporcionado una fundamentación teórica del derecho de la competencia, tanto a nivel europeo como nacional, con el fin de establecer un contexto adecuado. Además, hemos explorado en detalle el concepto de sostenibilidad y los objetivos establecidos a nivel europeo en esta materia.

Posteriormente, nos hemos adentrado en el análisis de las prácticas anticompetitivas que pueden surgir cuando las empresas buscan alcanzar objetivos sostenibles. Esta exploración nos llevó a examinar el estándar de análisis utilizado para evaluar estas prácticas, así como a considerar cómo los criterios ESG (ambientales, sociales y de gobierno corporativo) podrían influir en este estándar, que se trata del “Consumer Welfare”. Es evidente que estamos siendo testigos de un cambio en este sentido, especialmente con la aparición de nuevas directrices como el capítulo 9, que establecen pautas más claras para la evaluación de prácticas anticompetitivas y acuerdos sostenibles.

Para ilustrar estos conceptos en la práctica, realizamos el análisis de un caso de acuerdo sostenible entre varias empresas. Aunque no fue posible encontrar jurisprudencia directa, utilizamos un caso histórico como referencia y aplicamos los principios del capítulo 9 para evaluar cómo se resolvería este acuerdo bajo la óptica de las nuevas directrices. Esta experiencia demostró que el capítulo 9 proporciona una estructura más sólida y transparente

para considerar y analizar los aspectos relacionados con la sostenibilidad, lo que ayuda a garantizar una toma de decisiones más informada y consciente de las implicaciones ambientales y sociales.

En resumen, queda claro que los objetivos sostenibles tienen un impacto significativo en el derecho de la competencia. Este impacto se manifiesta no solo en la posibilidad de que la búsqueda de objetivos sostenibles conduzca a prácticas anticompetitivas, sino también en la aparición de nuevas directrices y enfoques para resolver casos en función de este contexto cambiante. El derecho de la competencia se ve desafiado a adaptarse a estas nuevas realidades, proporcionando orientación y normativas que equilibren adecuadamente los objetivos sostenibles con la preservación de la competencia justa y efectiva. Este proceso de evolución es fundamental para garantizar un entorno empresarial justo y equitativo, donde las empresas puedan competir de manera transparente y sin obstáculos, al tiempo que contribuyen al logro de objetivos más amplios de sostenibilidad y responsabilidad social.

Aunque ya lo hemos venido explicando, es importante subrayar y explicar la utilidad de este trabajo. En primer lugar, este trabajo aborda un tema de gran relevancia en el contexto actual, donde la sostenibilidad y la competencia empresarial son aspectos cruciales para el desarrollo económico y social. Al analizar el impacto de los nuevos objetivos sostenibles en el derecho de la competencia, este trabajo proporciona una comprensión más profunda de cómo las empresas están adaptando sus prácticas comerciales para cumplir con los estándares ambientales y sociales.

En cuanto a las limitaciones de este Trabajo de Fin de Grado, es crucial resaltar la dificultad para encontrar casos o jurisprudencia, debido a que estamos estudiando una directriz aprobada en 2023. Aunque el propio capítulo 9 proporciona varios ejemplos, una dificultad constante durante el desarrollo de este trabajo ha sido hallar un caso adecuado que permitiera un análisis en línea con las pautas establecidas en el capítulo 9

Después de completar esta investigación, y en consonancia con el tema de la sostenibilidad, sería muy interesante examinar la legislación sobre el greenwashing (lavado verde o "ecopostureo"). Aunque actualmente no existe una regulación específica que aborde esta práctica engañosa, su relevancia es notable y tanto la Unión Europea como el gobierno español están explorando formas de sancionarla. Esto evidencia una vez más que el derecho

está en constante evolución, adaptándose a los cambios y necesidades no solo de la sociedad, sino también del medio ambiente.

Bibliografía

1. Legislación

- Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal, Capítulo 9, 2023/C 259/01 (Diario oficial de la Unión Europea, 2023).
- Directrices relativas a las restricciones verticales, 2022/C 248/01 (Diario oficial de la Unión Europea, 2022).
- Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (BOE 1991).
- Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (BOE 2007).
- Preámbulo I, Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (BOE, 2007).
- Reglamento de la Unión Europea 2021/2117, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 2 de diciembre de 2021, art. 210 bis (Diario oficial de la Unión Europea, 2 diciembre de 2021).
- Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, art. 101 (Diario oficial de la Unión Europea 3 de marzo de 2010).

2. Jurisprudencia

- ACM, Analysis by the Netherlands Authority for Consumers and Markets (ACM) of the planned agreement on closing down coal power plants from the 1980s as part of the Social and Economic Council of the Netherlands' SER Energieakkoord, 2013.

3. Obras doctrinales

- De la Vega García, El derecho europeo de la competencia ante los “acuerdos de sostenibilidad”, Universidad de Murcia, pp.20-26, 2022.

- Jiménez G., Díaz A., “El derecho industrial y el régimen jurídico de la competencia”, Jiménez G., Díaz A. (coords.), *Lecciones de Derecho Mercantil*, Tecnos, España, 2018, pp. 205-237.
- Laguna de Paz, J.C, (2019). *Ámbito de aplicación del derecho de la competencia. Revista de Administración Pública*, 208, pp. 17-49. Recuperado de <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.208.01>
- Martínez Muños M., “El derecho de la competencia”, Veiga Copo, A (coord.), *Fundamentos de Derecho Mercantil*, Thomson Reuters, Pamplona, 2019, pp.127-156.
- Vestager, M. Speech by EVP Margrethe Vestager at the Global Competition Law Center, College of Europe – Article 102: The beating heart of antitrust in the EU. European Commission, 2024.
- Montero Pascual, J.J, *La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Entre la actividad administrativa de regulación y el Derecho de la competencia. Tirant monografías*, 895, 2013, pp.27-30
- Albæk, S. Consumer Welfare in EU Competition Policy, in *Aims and Values in Competition Law*, DJØF Publishing, 2013, pp. 2-20.
- Andersen, E. *The Role of Consumer Welfare in Eu Competition Policy: How Understanding the Priority Conferred Upon Competition Policy Objectives May Shed Light on Modern Day Inconsistencies*, Faculty of Law, Lund University, 2020.

4. Recursos de internet

- ACM, ACM: Deal over closing down coal power plants harms consumers, *Página web oficial de la ACM*2013. Recuperado de: <https://www.acm.nl/en/publications/publication/12046/ACM-deal-over-closing-down-coal-power-plants-harms-consumers>

- Boff, L., *La sostenibilidad. Que es y que no es*, SalTerra, Santander, 2013, p.20. Recuperado de: [LA SOSTENIBILIDAD. Qué es y qué no es \(Presencia Social\) \(Spanish Edition\) \(LEONARDO BOFF \[BOFF, LEONARDO\]\) \(Z-Library\).pdf](#)

- Castrillon M., Ibarra A. “*Revisión sobre la sostenibilidad empresarial*” *Revista de estudios avanzados de liderazgo*, vol.1, n.3. 2014, p.52. Recuperado de: https://www.researchgate.net/profile/Manuel-Alfonso-Castrillon/publication/263803942_Revisión_Sobre_la_Sostenibilidad_Empresarial/links/5819e7ae08ae30a2c01c8ba2/Revision-Sobre-la-Sostenibilidad-Empresarial.pdf

- Comisión Europea, “Pacto verde europeo” Unión Europea, 2020. Recuperado de: https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/european-green-deal_es

- Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, ¿Qué es la competencia?, Blog electrónico de la CNMC, 2013. Recuperado de: <https://blog.cnmc.es/2013/12/10/que-es-la-competencia/>

- Deloitte, “Que son los criterios ESG y para qué sirven”, 2021, Recuperado de <https://www2.deloitte.com/es/es/blog/sostenibilidad-deloitte/2021/que-son-criterios-esg-para-que-sirven.html>

- De Nadal, E., Vila, C., Picón, A. & Larrea, G. *Sostenibilidad y derecho de la competencia: orientaciones prácticas*, Cuatrecasas, 2023. Recuperado de <https://www.cuatrecasas.com/es/spain/competencia-derecho-ue/art/sostenibilidad-y-derecho-de-la-competencia-orientaciones-practicas>

- Escudero, A. *Sostenibilidad y competencia*. Expansión, Jurídico, 2022. Recuperado de: <https://www.expansion.com/especiales/pwc/2022/05/06/62740e91468aeb1a5f8b45a1.html>

- Escudero Puente, A. & Tuit, M. La colaboración entre competidores en materia de ESG, según el proyecto de Directrices de la Comisión Europea sobre acuerdos de cooperación horizontal. *Periscopio Fiscal y Legal PWC*, 2023. Recuperado de <https://periscopiofiscalylegal.pwc.es/la-colaboracion-entre-competidores-en-materia-de-esg-segun-el-proyecto-de-directrices-de-la-comision-europea-sobre-acuerdos-de-cooperacion-horizontal/>

- Fernández de Gatta Sánchez D., “El ambicioso pacto verde europeo”, *Actualidad jurídica ambiental*, n.3, 2020, pp.78-109. Recuperado de: https://www.actualidadjuridicaambiental.com/wp-content/uploads/2020/05/2020_05_Recopilatorio_101_AJA_Mayo.pdf#page=80

- Gil Lafuente, A., Barcellos, L., “Los desafíos para la sostenibilidad empresarial en el siglo XXI” *Revista Galega de Economía*, vol. 20, n. 2, 2011, p.1. Recuperado de: <https://www.redalyc.org/pdf/391/39121262007.pdf>

- Real Academia Española, Competencia, en *diccionario de lengua española*, 2024. Recuperado de <https://dle.rae.es/competencia>

- Rodríguez-Redondo, A., «La progresión en el Acuerdo de París de 2015 sobre cambio climático: ¿obligación o estándar de conducta?». *Revista Catalana de Dret Ambiental*, 2022, vol. 13, n. 1. Recuperado de: <https://raco.cat/index.php/rcda/article/view/404071>

- Rodríguez S., L., *Protocolo de Kyoto: debate sobre ambiente y desarrollo en las discusiones sobre cambio climático*, *Gestión y Ambiente*, vol.10, n.2, (2007), pp. 119–128. Recuperado de: <https://revistas.unal.edu.co/index.php/gestion/article/view/1417>

- Scade, J., “*Responsabilidad social y sostenibilidad empresarial*”, Escuela de organización industrial, 2012, p. 12. Recuperado de: [EOI Wikilibro RSC 2012 \(1\).pdf](#)
- Ulrich, Entendiendo las inversiones según criterios ESG, S&P Dow Jones, 2016. Recuperado de <https://www.spglobal.com/spdji/es/documents/education/practice%20essentials-understanding-esg-investing-spa.pdf>