

El Derecho europeo de la competencia ante los «acuerdos de sostenibilidad»

European Competition Law in the face of «sustainability agreements»

FERNANDO DE LA VEGA GARCÍA

Catedrático de Derecho Mercantil

Universidad de Murcia

ORCID ID: 0000-0003-1321-9055

Recibido: 13.06.2022 / Aceptado: 04.07.2022

DOI: 10.20318/cdt.2022.7207

Resumen: El artículo estudia la inclusión de la sostenibilidad como criterio europeo en la evaluación *antitrust* de los acuerdos entre empresas, analizando las diversas acciones que confirman la relevancia del Derecho de la Competencia para la transición ecológica. Entre ellas destaca la incidencia de los objetivos de desarrollo sostenible (ODS), especialmente los relacionados con el medio ambiente, en la autorización de acuerdos verticales y conductas relacionadas con el mercado agrario, así como en la aplicación pública del Derecho de la Competencia. El trabajo también examina la inclusión de los acuerdos de sostenibilidad en la Propuesta de «Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal» (2022).

Palabras clave: Competencia, sostenibilidad, «Pacto Verde».

Abstract: This paper studies the inclusion of sustainability as a European criterion in the anti-trust evaluation of undertaking agreements, analyzing the various actions that confirm the relevance of Competition Law for the ecological transition. Among them, the incidence of the Sustainable Development Goals (SDGs) stands out, especially those related to the environment, in the authorization of vertical agreements and conduct related to the agricultural market, as well as in the public application of Competition Law. The paper also examines the inclusion of sustainability agreements in the Draft of «Guidelines on the applicability of article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements» (2022).

Keywords: Competition, sustainability, «Green Deal».

Sumario: I. Introducción. II. Derecho de la Competencia y transición ecológica. III. La inclusión de la sostenibilidad en las normas y/o directrices sobre evaluación *antitrust* de conductas concurrenciales. 1. La sostenibilidad en la evaluación *antitrust* de los acuerdos verticales. 2. La sostenibilidad como criterio de exención respecto a acuerdos, decisiones y prácticas concertadas de productores agrarios relacionados con la producción o el comercio de productos agrarios. IV. La sostenibilidad en la aplicación pública del Derecho europeo de la Competencia. V. Hacia la inclusión general de la sostenibilidad en la evaluación *antitrust* de los acuerdos horizontales. 1. Precedentes. 2. Propuesta de 2022 sobre «Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal» (PDAH). A) Introducción. B) Acuerdos de sostenibilidad que no plantean problemas de competencia. C) Incidencia del objeti-

* Este trabajo, cerrado a 9 de junio de 2022, se realiza en el ámbito del Proyecto de Investigación RTI2018-093666-B-I00 del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades, titulado «Sistemas de protección y explotación comercial de las innovaciones en el ámbito de las variedades vegetales» (MINECO/FEDER, UE).

vo de la sostenibilidad para la evaluación del acuerdo bajo los artículos 101.1 del TFUE y 53.1 del Acuerdo EEE. D) Evaluación de los acuerdos de sostenibilidad con arreglo los artículos 101.3 del TFUE y 53.3 del Acuerdo EEE. VI. Conclusiones.

I. Introducción

1. La Asamblea General de Naciones Unidas aprobó el 25 de septiembre de 2015 su Resolución «Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible», fijando 17 *Objetivos de Desarrollo Sostenible* (ODS)¹ y 169 metas de alcance mundial con el propósito de impulsar la acción en ámbitos de importancia crítica para la humanidad y el planeta². Se compromete así a la comunidad internacional a actualizar una línea de actuación iniciada en 1992 (*Cumbre de la Tierra*), confirmando la consideración universal de la sostenibilidad como bien jurídico que se proyecta especialmente sobre aspectos sociales, económicos y medioambientales.

2. Desde entonces la Agenda de la ONU ha sido desarrollada a través de numerosas actividades, destacando las relacionadas con el cambio climático³. Los Estados también han impulsado medidas relacionadas con los ODS, procurando integrarlos en sus políticas nacionales. Es el caso, por ejemplo, de España, que aprobó su «Plan de Acción para la implementación de la Agenda 2030» en 2018, creó en 2020 una Secretaría de Estado *ad hoc*⁴ y publicó su «Estrategia Desarrollo Sostenible 2030» el 1 de julio de 2021⁵. El compromiso con la Agenda 2030 es también sólido a nivel de la Unión Europea, que en 2016 publicó su Comunicación «Próximas etapas para un futuro europeo sostenible. Acción europea para la sostenibilidad», incluyendo actualmente los ODS en su «Seis prioridades de la Comisión para 2019-2024»⁶.

3. Los ODS que destacan especialmente son los relativos al medio ambiente y a su protección a través de actividades relacionadas con la energía. Al respecto, el artículo 194.1 del TFUE fija los objetivos de la política energética en el marco del funcionamiento del mercado interior, atendiendo también a la necesidad de preservar y mejorar el medio ambiente⁷. Además, y sin perjuicio de la aplicación de

¹ Los 17 objetivos son los siguientes: 1. Poner fin a la pobreza en todas sus formas y en todo el mundo. 2. Poner fin al hambre, lograr la seguridad alimentaria y la mejora de la nutrición y promover la agricultura sostenible. 3. Garantizar una vida sana y promover el bienestar de todos a todas las edades. 4. Garantizar una educación inclusiva y equitativa de calidad y promover oportunidades de aprendizaje permanente para todos. 5. Lograr la igualdad de género y empoderar a todas las mujeres y las niñas. 6. Garantizar la disponibilidad y la gestión sostenible del agua y el saneamiento para todos. 7. Garantizar el acceso a una energía asequible, fiable, sostenible y moderna para todos. 8. Promover el crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible, el empleo pleno y productivo y el trabajo decente para todos. 9. Construir infraestructuras resilientes, promover la industrialización inclusiva y sostenible y fomentar la innovación. 10. Reducir la desigualdad en los países y entre ellos. 11. Lograr que las ciudades y los asentamientos humanos sean inclusivos, seguros, resilientes y sostenibles. 12. Garantizar modalidades de consumo y producción sostenibles. 13. Adoptar medidas urgentes para combatir el cambio climático y sus efectos. 14. Conservar y utilizar sosteniblemente los océanos, los mares y los recursos marinos para el desarrollo sostenible. 15. Proteger, restablecer y promover el uso sostenible de los ecosistemas terrestres, gestionar sosteniblemente los bosques, luchar contra la desertificación, detener e invertir la degradación de las tierras y detener la pérdida de biodiversidad. 16. Promover sociedades pacíficas e inclusivas para el desarrollo sostenible, facilitar el acceso a la justicia para todos y construir a todos los niveles instituciones eficaces e inclusivas que rindan cuentas. 17. Fortalecer los medios de implementación y revitalizar la Alianza Mundial para el Desarrollo Sostenible.

² Al respecto, *vid.* AA.VV., *Los objetivos de desarrollo sostenible* (Dir. R. PÉREZ MARTELL y Coord. M. CRISTINA CAJA MOYA), Bosch, 2019.

³ La más reciente es la 26ª Conferencia sobre el Cambio Climático de la ONU (COP26), celebrada en Glasgow del 31 de octubre al 13 de noviembre de 2021.

⁴ Mediante el Real Decreto 452/2020, de 10 de marzo, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030, y se modifica el Real Decreto 139/2020, de 28 de enero, por el que se establece la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales.

⁵ El documento puede ser consultado en el siguiente enlace: <https://www.mdsocialesa2030.gob.es/agenda2030/documentos/eds-cast-acce.pdf>

⁶ Tras esta Comunicación de 2016 la Comisión Europea siguió poniendo de manifiesto la importancia de la sostenibilidad en su Comunicación de 29 de noviembre de 2017 titulada «El futuro de los alimentos y de la agricultura», al fijar los retos, objetivos y orientaciones de la futura política agrícola común (PAC) después de 2020, que se enfocaban hacia una PAC que se orientara más en función de los resultados, impulsara la modernización y la sostenibilidad —tanto económica como social, medioambiental y climática de las zonas agrícolas, silvícolas y rurales—.

⁷ Los objetivos son los siguientes: a) garantizar el funcionamiento del mercado de la energía; b) garantizar la seguridad del

otras disposiciones de los Tratados, dicho precepto encomienda al Parlamento Europeo y al Consejo el establecimiento, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, de las medidas necesarias para alcanzar tales objetivos previa consulta al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones. En España la protección del medio ambiente presenta también gran relevancia en el ordenamiento jurídico, al alcanzar nivel constitucional (*cf.*: art. 45 de la Constitución).

4. Entre los objetivos de sostenibilidad relacionados con la política energética europea sobresale el *fomento de la eficiencia y el ahorro energético, así como el desarrollo de energías nuevas y renovables*. Siguiendo la línea del Protocolo de Kioto de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, la Unión Europea ha mostrado especial preocupación por estos aspectos desde el comienzo del S. XXI⁸, aprobando Directivas⁹ e impulsando el conocido como «Pacto Verde Europeo» o *Green Deal* (11 de diciembre de 2019), que propone numerosas medidas para la preservación del medio ambiente — como, por ejemplo, el control de polución, las políticas sociales y las acciones contra el cambio climático o la economía circular—, la obtención de energía desde fuentes renovables¹⁰ y la eficiencia energética. Más concretamente, se incluyen previsiones en materia de clima y energía para 2030¹¹ y 2050¹², posibilitando el cumplimiento de los acuerdos de París (2015) y de Glasgow (2021) sobre el cambio climático. Entre las últimas normas europeas destaca el Reglamento (UE) n° 2021/1119 del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de junio de 2021, por el que se establece el marco para lograr la neutralidad climática y se modifican los Reglamentos (CE) n° 401/2009 y (UE) n° 2018/1999 («Legislación europea sobre el clima»)¹³.

abastecimiento energético en la Unión; c) fomentar la eficiencia energética y el ahorro energético, así como el desarrollo de energías nuevas y renovables; y d) fomentar la interconexión de las redes energéticas.

⁸ Así, por ejemplo, la Directiva n° 2001/77/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de septiembre de 2001, se dedicó a la promoción de la electricidad generada a partir de fuentes de energía renovables en el mercado interior de la electricidad, y la Directiva n° 2003/30/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de mayo de 2003, se ocupó del fomento del uso de biocarburantes u otros combustibles renovables en el transporte, definiendo los diferentes tipos de energía procedentes de fuentes renovables. Asimismo, la Directiva n° 2003/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2003, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad, estableció definiciones aplicables al sector eléctrico en general.

⁹ Es el caso de la Directiva (UE) n° 2018/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2018, relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables, que, además de fijar un objetivo vinculante para la Unión Europea en relación con la cuota general de energía procedente de fuentes renovables en el consumo final bruto de energía de la Unión en 2030, establece normas sobre las ayudas financieras a la electricidad procedente de fuentes renovables, el autoconsumo de dicha electricidad, y el uso de energías renovables en los sectores de calefacción y refrigeración y del transporte, la cooperación regional entre Estados miembros y entre Estados miembros y terceros países, las garantías de origen, los procedimientos administrativos y la información y la formación.

¹⁰ Se consideran como tales las no fósiles, como son las siguientes: energía eólica, energía solar —solar térmica y solar fotovoltaica— y energía geotérmica —energía almacenada en forma de calor bajo la superficie de la tierra sólida—, energía ambiente —presente de manera natural y la energía acumulada en un ambiente confinado, que puede almacenarse en el aire ambiente, excluido el aire de salida, o en las aguas superficiales o residuales—, energía mareomotriz, energía undimotriz y otros tipos de energía oceánica, energía hidráulica y energía procedente de biomasa, gases de vertedero, gases de plantas de depuración, y biogás —esta definición sobre fuentes renovables es aceptada por las distintas Directivas de la Unión Europea en la materia—.

¹¹ Al respecto, recuérdense las Resoluciones del Parlamento Europeo de 5 de febrero de 2014 («Un marco para las políticas de clima y energía en 2030») y de 23 de junio de 2016 («Informe de situación sobre la energía renovable»), así como la Comunicación de la Comisión Europea de 22 de enero de 2014 («Un marco estratégico en materia de clima y energía para el período 2020-2030»).

¹² La Comunicación de 11 de diciembre de 2019 (*European Green Deal*) «concreta una nueva estrategia de crecimiento destinada a transformar la Unión Europea en una sociedad equitativa y próspera, con una economía moderna, eficiente en el uso de los recursos y competitiva, en la que no habrá emisiones netas de gases de efecto invernadero en 2050 y el crecimiento económico estará disociado del uso de los recursos». En España, la Ley 7/2021, de 20 de mayo, de cambio climático y transición energética, que prevé que «el Gobierno aprobará una Estrategia de Descarbonización a 2050 que establezca una senda de reducción de emisiones de gases de efecto invernadero y de incremento de las absorciones por los sumideros del conjunto de la economía española hasta 2050, necesaria para cumplir con los objetivos señalados en el artículo 3 y de conformidad con lo exigido por la normativa de la Unión Europea. La Estrategia de Descarbonización a 2050 será revisable cada cinco años e incluirá, al menos, un objetivo intermedio de mitigación de emisiones de gases de efecto invernadero indicativo en 2040» (artículo 5.1).

¹³ España, por su parte, ha asumido ambiciosos objetivos en relación con el desarrollo de las energías renovables en su propuesta de Plan Nacional Integrado de Energía y Clima (PNIEC) 2021-2030, que suponen la instalación de cerca de 5.000 MW/año de nueva capacidad en la próxima década. De hecho, se pretenden reducir las emisiones de gases de efecto invernadero y alcanzar la neutralidad climática en 2050, como muy tarde, basándose en un sistema eléctrico 100% renovable. En este

5. Estas exigencias europeas sobre eficiencia y protección del medio ambiente deben integrarse en la definición y realización de las distintas políticas y acciones de la UE, velando así por la coherencia entre las mismas (*cf.* art. 7 TFUE) y con el objeto de «fomentar un desarrollo sostenible» (art. 11 TFUE)¹⁴.

Sobre esta realidad, el presente artículo de centra en el estudio de la interacción entre el Derecho europeo de la Competencia y los acuerdos de sostenibilidad, entendidos como aquellos «realizados entre empresas competidoras, activas en un sector concreto, sobre estándares de producción o distribución de sus productos o sobre los sistemas de compra de sus insumos, con el propósito de alcanzar un objetivo de sostenibilidad, como puede ser prevenir el calentamiento global, proteger el bienestar animal o contribuir al comercio justo»¹⁵; se trata, por tanto, de considerar especialmente el beneficio ambiental de ciertas conductas concurrenciales en el ámbito de la evaluación *antitrust*¹⁶, lo que presenta cada vez más trascendencia¹⁷, y va a permitir que la sostenibilidad funcione en ocasiones como criterio de exención o, en su caso, de autorización individual de determinadas restricciones de competencia o, en sentido contrario, que se sancionen conductas que especialmente atenten contra la competencia a través de acuerdos no sostenibles.

Aunque formalmente se haga referencia a los «acuerdos de sostenibilidad», debe advertirse que quedarían comprendidas también otras conductas —principalmente decisiones de una asociación de empresas o prácticas concertadas—, tal y como hacen los reglamentos europeos de exención por categorías al referirse al término «acuerdo»¹⁸. Se trata de un tema de indudable actualidad, sobre todo por el impulso realizado al respecto tanto desde la Unión Europea —que está incluyendo paulatinamente la sostenibilidad en el Derecho de la Competencia— como por parte de algún Estado¹⁹ y autoridades

ámbito la Ley 7/2021, de 20 de mayo, de cambio climático y transición energética, que prevé que «el Gobierno aprobará una Estrategia de Descarbonización a 2050 que establezca una senda de reducción de emisiones de gases de efecto invernadero y de incremento de las absorciones por los sumideros del conjunto de la economía española hasta 2050, necesaria para cumplir con los objetivos señalados en el artículo 3 y de conformidad con lo exigido por la normativa de la Unión Europea. La Estrategia de Descarbonización a 2050 será revisable cada cinco años e incluirá, al menos, un objetivo intermedio de mitigación de emisiones de gases de efecto invernadero indicativo en 2040» (art. 5.1).

¹⁴ Como afirma N. DE SADELEER («Revisión de la compatibilidad de los acuerdos medioambientales privados con el derecho de la competencia de la UE. ¿Cómo cuadrar el círculo?», *Actualidad Jurídica Ambiental*, núm. 46, mayo de 2015, pp. 9-10), «es importante considerar en qué medida la cláusula de integración recogida en el Artículo 11 del TFUE —una disposición que exige a las instituciones de la UE la integración de consideraciones medioambientales ‘en la elaboración y aplicación de las políticas y las actividades de la Unión’— puede aclarar los acuerdos que rigen los Artículos 101, 102 y 106 del TFUE. Si bien no puede legitimar de forma automática acuerdos en materia de medio ambiente que limitan la competencia de acuerdo con lo recogido en el Artículo 101, o el abuso de una posición dominante recogido por el Artículo 106, el Artículo 11 de la TFUE puede, no obstante, impulsar a la Comisión Europea y a las ANCs a mostrar una mayor sensibilidad con respecto a aspectos específicos en materia de política medioambiental a la hora de examinar la compatibilidad de la conducta de una empresa con las provisiones más relevantes del Tratado».

¹⁵ B. DE GUINDOS TALAVERA, «Contribución de la política de competencia en España en la agenda 2030», *Anuario de la Competencia 2019*, Fundación ICO y UAB, 2019, p. 23. Quedarían incluidas asimismo las conductas de empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general (SIEG) o que tengan el carácter de monopolio fiscal, al quedar sometidas a las normas de los Tratados, en especial a las normas sobre competencia, en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada (art. 106 del TFUE).

¹⁶ Sobre esta cuestión, M. VERDEGUER SEGARRA, «Hacia una Unión Europea verde: el papel del Derecho de la Competencia en la lucha contra el cambio climático», *Unión Europea Aranzadi*, núm. 4, 2021. Como puso de manifiesto Naciones Unidas estos acuerdos se caracterizan por tener como objetivo el desarrollo sostenible, definido como aquel que se enfoca hacia «una economía, social y ambientalmente sostenible para nuestro planeta y para el presente y el futuro generaciones» (Resolución de su Asamblea de 27 de julio de 2012, A/Res/66/288); asimismo, B. MARTÍNEZ CORRAL, «Competencia verde: ¿pueden las políticas de sostenibilidad influir las decisiones en materia de competencia?», *Comunicaciones en propiedad industrial y derecho de la competencia*, núm. 92 (enero-abril), 2021, pp. 175-193.

¹⁷ Así se destaca expresamente por la Comisión Europea en su Informe sobre Política de Competencia 2020.

¹⁸ *Ad exemplum*, art. 1.1.a del Reglamento (UE) 316/2014 de la Comisión, de 21 de marzo de 2014, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos de transferencia de tecnología.

¹⁹ Es el caso de Austria, donde el 10 de septiembre de 2021 entró en vigor una modificación de su ley de competencia («KaWeRÄG 2021»), permitiendo una exención contribución a una economía ecológicamente sostenible o climáticamente neutra.

nacionales de competencia (especialmente en Holanda²⁰, Reino Unido²¹ o Grecia²²). La incidencia de los objetivos sostenibles en el Derecho de la Competencia desborda, sin embargo, el contenido de este artículo —centrado exclusivamente en la evaluación de los acuerdos de sostenibilidad—, al repercutir en otros ámbitos o elementos de control *antitrust*, como es el caso de las concentraciones económicas²³ o, incluso, los abusos de posición dominante²⁴.

II. Derecho de la Competencia y transición ecológica

6. La transición ecológica se presenta en la actualidad como una etapa crucial de cambio que fija como objetivos garantizar la sostenibilidad medioambiental y lograr una economía climáticamente neutra en 2050, teniendo como principal última base legal a nivel europeo al citado Reglamento (UE) n° 2021/1119 del Parlamento y del Consejo de 30 de junio de 2021 —del que es claro precursor el «Pacto Verde Europeo»—. Esta norma reconoce la transversalidad de la neutralidad climática, que requiere un período de transición que impulse e implique cambios en muchas políticas de la Unión Europea, entre las que cabe incluir la propia de la competencia. Esta labor no es exclusiva de las instituciones europeas, sino que se hallan también directamente implicados los Estados miembros, que en su ámbito interno deberán adoptar las medidas necesarias que permitan la consecución colectiva del objetivo de neutralidad climática; en España es exponente de esta cuestión la Ley 7/2021, de 20 de mayo, de cambio climático y transición energética.

7. El Derecho de la Competencia se presenta como instrumento idóneo para contribuir a los objetivos de la transición ecológica, dada su responsabilidad respecto al mantenimiento de mercados competitivos y productivos, así como por el cumplimiento de funciones económicas y sociales²⁵. Así lo ha reconocido la Comisión Europea, primero en su Conferencia sobre «Contribución de la política de competencia al Pacto Verde Europeo», de febrero de 2021, y posteriormente en su Comunicación «Una política de competencia adaptada a los nuevos retos», de 18 de noviembre de 2021, en la que concluye que «es preciso aplicar una política de competencia sólida y eficaz y garantizar el control de su aplicación, con el fin de dotar a la economía europea de la agilidad para continuar la senda de la recuperación y cumplir su doble ambición ecológica y digital de una manera sostenible, social e inclusiva desde un punto de vista territorial». Según la Comisión Europea, «la política de competencia puede complementar el marco regulador garantizando unos mercados fuertes y competitivos que envíen las señales de precios adecuadas para que las inversiones precisas lleguen a las tecnologías necesarias para la transición [ecológica], manteniendo al mismo tiempo unos costes reducidos para los contribuyentes. Puede ayudar a establecer los incentivos adecuados para que las empresas utilicen los recursos de manera eficiente, eviten los activos obsoletos e innoven en sus procesos de producción hacia una mayor sostenibilidad. Además, puede apoyar una transición justa que alivie las consecuencias socioeconómicas y regionales derivadas de la transición hacia economías climáticamente neutras». La transversalidad inherente al Derecho de la Competencia es importante, por tanto, para el resto de las políticas implicadas en la transición ecológica²⁶.

²⁰ El último documento publicado al cierre de este artículo puede consultarse en la siguiente *url*: <https://www.acm.nl/en/publications/second-draft-version-guidelines-sustainability-agreements-opportunities-within-competition-law>

²¹ La información de la CMA al respecto puede consultarse en la siguiente *url*: <https://www.gov.uk/government/publications/environmental-sustainability-agreements-and-competition-law/sustainability-agreements-and-competition-law>

²² La información sobre esta cuestión publicada por la autoridad de competencia de Grecia puede consultarse en la siguiente *url*: <https://www.epant.gr/en/enimerosi/competition-law-sustainability.html>

²³ Últimamente, *vid.* A. HERMIDA, «When Green meets Merger Control», *Competition policy brief*, Issue 3, December 2021, pp. 14-20.

²⁴ Sobre estas cuestiones resultan interesantes las consideraciones del documento de la OCDE sobre sostenibilidad y competencia, de 3 de noviembre de 2020 [DAF/COMP/WD(2020)64], especialmente en sus apartados 40-50.

²⁵ Recuérdese que —junto a su función jurídica— tradicionalmente se ha atribuido al Derecho de la Competencia funciones económicas y sociales [W. FIKENTSCHER, «Las tres funciones del control de la economía (Derecho antimonopolio)», *Revista de Derecho Mercantil*, 1984, pgs. 459-486].

²⁶ Como se ha puesto de manifiesto por la doctrina, «la integración de la política de competencia con otras políticas y la introducción de principios de competencia como elemento transversal a todas ellas puede hacer que esas políticas más amplias sean más eficaces» (B. DE GUINDOS TALAVERA, «Contribución de la política de competencia...», *ob. cit.*, p. 15).

8. En el ámbito interno español la CNMC ha incorporado como «eje prioritario de su actuación» a los ODS, publicando a finales de 2020 su aportación a la consulta pública de la Comisión Europea sobre la política de competencia y los objetivos de sostenibilidad medioambiental, realizando consideraciones que fueron en la línea de su Plan de Actuación de 2020. La CNMC reconoció que, aunque la política de competencia no tiene entre sus objetivos primordiales la sostenibilidad —sino la eficiencia y el buen funcionamiento de los mercados—, el desarrollo sostenible y el carácter transversal de la política medioambiental determinan la necesidad de que todas las políticas, entre ellas la de competencia, deban contribuir a la consecución de dichos objetivos. Más concretamente, la CNMC destaca los principales beneficios que para la sostenibilidad tiene la implicación activa de la política de competencia: «en primer lugar, la competencia favorece el acceso a bienes y servicios de los consumidores más vulnerables, al propiciar bienes y servicios más baratos y más ajustados a las necesidades de los consumidores. En segundo lugar, la competencia estimula la productividad y la creación de empleo, lo cual coadyuva a la inclusión de las capas de población más desfavorecidas. En tercer lugar, la competencia incentiva las estrategias empresariales y de innovación compatibles con los ODS, tanto más cuanto más relevantes sean estos para las decisiones de consumo. En cuarto lugar, la función de promoción de la competencia ayuda al sector público a adoptar regulaciones más eficientes para la consecución de los ODS». La CNMC consideró así a la sostenibilidad como un «factor diferencial de competitividad que juega a favor de los consumidores y que la política de competencia debe reforzar».

9. Los ámbitos de integración de los objetivos de sostenibilidad se corresponden con todos los sectores del Derecho de la Competencia. En este sentido, la Comisión Europea reconoce que «en la actualidad está llevando a cabo una revisión de los instrumentos de la política de competencia con un alcance y una ambición sin precedentes para garantizar que todos los instrumentos de competencia (concentraciones, defensa de la competencia y control de las ayudas estatales) sigan siendo adecuados para su finalidad»²⁷. La tarea es compleja, pues la sostenibilidad no es solo medioambiental, sino que abarca también aspectos sociales y económicos muy relevantes que deberán ponderarse para considerar desde el punto de vista de la competencia la validez de una conducta, operación de concentración o ayuda pública. La CNMC ha considerado que todo cambio en el Derecho de la Competencia motivado por la integración de especiales objetivos de sostenibilidad debería respetar los siguientes cuatro principios²⁸: a) la *predictibilidad a los operadores económicos*, otorgándoles la certeza necesaria sobre cómo las Autoridades valorarán sus actuaciones con arreglo al Derecho de la Competencia, ya que, de otro modo, se desincentivarán acciones que pueden mejorar en la sostenibilidad; b) el *mantenimiento de la coherencia en la interpretación de las normas de competencia dentro de la 101UE*, evitando la fragmentación del mercado interior y que los operadores puedan esperar resultados diferentes de los análisis de competencia en función de quién sea la Autoridad (o el juez) que lleve a cabo el análisis; c) el *mantenimiento de la competencia efectiva en el mercado interior*, evitando las prácticas y operaciones empresariales restrictivas de la competencia y las distorsiones sobre la competencia en el mercado interior ocasionadas por las ayudas de Estado (se trata, según la CNMC, de efectuar un «ajuste fino» en la política de competencia para incorporar las consideraciones de sostenibilidad medioambiental, no una transformación radical del marco legal vigente; y d) *mantenimiento de la coherencia del conjunto de las normas de competencia*, evitando que una mayor sensibilidad por cuestiones de sostenibilidad socave la coherencia de las normas de competencia —por ejemplo, aclara la CNMC, que se cuestionen los objetivos de eficiencia y beneficio de los consumidores, tanto en corto como en el largo plazo—.

10. La inclusión del interés por la sostenibilidad en el ámbito de un análisis propio del ámbito sancionador del Derecho de la Competencia aplicable a los acuerdos entre empresas puede canalizarse a

²⁷ Apartado 1 de su Comunicación «Una política de competencia adaptada a los nuevos retos», de 18 de noviembre de 2021 [COM (2021) 713 final]. Uno de los últimos documentos europeos pertenece al ámbito del control de las ayudas públicas; es el caso de las Directrices sobre ayudas estatales en materia de clima, protección del medio ambiente y energía 2022, de 27 de enero [C (2022) 481 final].

²⁸ *Vid.* Consulta pública de la Comisión Europea sobre la política de competencia y los objetivos de sostenibilidad medioambiental, p. 5.

través de dos vías. Por un lado, a través de su expresa consideración en las normas de exención, al modo, por ejemplo, de los criterios de autorización establecidos en relación con acuerdos de investigación o de transferencia de tecnología, de forma que las restricciones de competencia sostenibles estuvieran expresamente contempladas en el sistema jurídico-positivo²⁹. Por otro lado, mediante la aplicación de los criterios generales de autorización, establecidos en los artículos 101.3 del TFUE y 53.3 del Acuerdo EEE e interpretados desde las particularidades de la sostenibilidad, que prevén que las prohibiciones *antitrust* no se aplicarán a los acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas que contribuyan a mejorar la producción o la comercialización y distribución de bienes y servicios o a promover el progreso técnico o económico, sin que sea necesaria decisión previa alguna a tal efecto, siempre que: a) permitan a los consumidores o usuarios participar de forma equitativa de sus ventajas; b) no impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para la consecución de aquellos objetivos; c) no consientan a las empresas partícipes la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos o servicios contemplados.

11. Sobre esta base general se exponen seguidamente los avances más concretos que se observan últimamente en el Derecho de la Unión Europea en orden a la inclusión de la sostenibilidad en la valoración *antitrust* de las conductas concurrenciales de las empresas. Parece que la tendencia clara es reforzar su consideración como interés tutelable en el análisis *antitrust*, unas veces desde la inclusión en el artículo 101.3 TFUE —y, por tanto, del artículo 53.3 del Acuerdo EEE— y otras contemplándola como exención, lo que deberá realizarse con la cautela suficiente como para no lesionar otros intereses relevantes para la preservación de la competencia en el mercado interior. En su estudio se presentan en primer lugar manifestaciones normativas y ejecutivas —aplicación pública— de la consideración de la sostenibilidad en el Derecho de la Competencia, para, posteriormente, exponer los últimos avances, todavía en forma de propuesta, en orden a lograr una inclusión general de la misma en el análisis *antitrust* de los acuerdos más proclives a restringir o eliminar la competencia en un mercado (acuerdos horizontales).

III. La inclusión de la sostenibilidad en las normas y/o directrices sobre evaluación *antitrust* de conductas concurrenciales

12. La inclusión de la sostenibilidad en las normas *antitrust* es una tendencia imparable que se está haciendo realidad desde hace muy poco tiempo en prácticamente todos los sectores del Derecho europeo de la Competencia. Al cierre de este trabajo son dos ámbitos los que han incorporado expresamente el interés por la sostenibilidad en el Derecho europeo de la Competencia —el de los acuerdos verticales y el de las conductas relacionadas con productos agrarios—, estando muy cerca la inclusión en el ámbito de los acuerdos horizontales (*vid. infra*, apartados 27-59).

1. La sostenibilidad en la evaluación *antitrust* de los acuerdos verticales

13. La Comisión Europea adopta el 10 de mayo de 2022 un nuevo Reglamento de exención de acuerdos verticales (VBER) junto a sus Directrices, entrando en vigor el 1 de junio de 2022 y expirando el 31 de mayo de 2034. El nuevo Reglamento sustituye al Reglamento (UE) n° 330/2010³⁰, aunque la prohibición del artículo 101.1 del TFUE —o del artículo 53.1 del Acuerdo EEE— no se aplicará durante el período comprendido entre el 1 junio de 2022 y el 31 mayo de 2023 a los acuerdos ya vigentes el 31

²⁹ Conviene recordar que tales autorizaciones pueden ser sistematizadas en dos grupos —exenciones propias e impropias— en función de su origen y que, por tanto, serían efectivas tanto si se hallaren en normas externas al Derecho de la Competencia como en su propio sistema (básicamente en Reglamentos de exención).

³⁰ Esta norma representó el continuismo del Reglamento n° 2790/1999, que supuso «un cambio fundamental en el tratamiento desde la óptica comunitaria de la competencia de las restricciones verticales» (L. BERENGUER FUSTER, «Los contratos de distribución y competencia», en AA.VV., *Claves del Derecho de redes empresariales* (Dir. J.I. RUIZ PERIS), Universitat de València, 2017, p. 512).

mayo de 2022 que no cumplan los requisitos para la exención establecidos en el nuevo Reglamento, pero que en dicha fecha sí cumplirían las condiciones establecidas en el Reglamento (UE) n° 330/2010 —lo que podría suceder, por ejemplo, en ciertos casos de distribución dual—. El nuevo Reglamento vuelve a considerar que los acuerdos verticales pueden mejorar la eficiencia económica de una cadena de producción o de comercialización, al permitir una mejor coordinación entre las empresas participantes, pudiendo dar lugar a una reducción de los costes de transacción y distribución de las partes y optimizar sus niveles de ventas y de inversión. Asimismo, ofrece soluciones a situaciones novedosas —principalmente relacionada con cuestiones digitales y en línea con la *Digital Markets Act* (DMA)— y aporta claridad al simplificar la estructura de la norma anterior.

14. Aunque el nuevo Reglamento —siguiendo sus antecedentes³¹— no incluye expresamente la sostenibilidad sus Directrices sí que lo hacen reconociendo su importancia como objetivo prioritario de las políticas de la Unión Europea, junto a la digitalización y la resiliencia del mercado único³². Así, aunque los acuerdos verticales que persiguen objetivos de sostenibilidad no son considerados como categoría distinta de acuerdos verticales, sí se prevé que en su evaluación *antitrust* se tenga en cuenta el objetivo específico que persiguen. Por ello, se considera que la exención prevista en el artículo 2 del nuevo Reglamento se aplica a los acuerdos que persigan objetivos de sostenibilidad, siempre que cumplan las condiciones del Reglamento —realmente no podría ser de otra manera, al tener dicho precepto un carácter general para todos los acuerdos verticales—. A diferencia de lo que sucede en el ámbito de los acuerdos verticales sobre productos agrarios (*vid. infra*, apartados 17-22)³³, así como en la propuesta sobre evaluación de conductas horizontales (*vid. infra*, apartados 42-49), las referencias a la sostenibilidad inciden exclusivamente en la evaluación de los acuerdos verticales según los criterios establecidos en el artículo 101.3 del TFUE, por lo que en estos casos la sostenibilidad puede tener incidencia en la interpretación de los requisitos que tal apartado establece para poder declarar inaplicable el artículo 101.1 del TFUE; no se trata, por tanto, de incluir técnicamente una exención para los acuerdos verticales de sostenibilidad. Las nuevas Directrices ofrece algunos ejemplos para facilitar la evaluación *antitrust* de los acuerdos verticales que persigan objetivos de sostenibilidad:

15. En primer lugar, se hace referencia a los objetivos sostenibles en relación con los acuerdos de distribución selectiva, donde el proveedor se compromete a vender los bienes o servicios contractuales, directa o indirectamente, sólo a distribuidores seleccionados sobre la base de criterios específicos, y los distribuidores se comprometan a no vender tales bienes o servicios a agentes no autorizados en el territorio en el que el proveedor haya decidido aplicar este sistema (artículo 1.1.g del nuevo Reglamento de acuerdos verticales). En este contexto las Directrices explican cómo entre los criterios utilizados por el proveedor para seleccionar distribuidores se encuentran los cualitativos, que pueden referirse al logro de objetivos de sostenibilidad, como el cambio climático, la protección del medio ambiente o la limitación del uso de los recursos naturales. En estos casos los proveedores podrían exigir a los distribuidores prestar servicios de recarga o instalaciones de reciclaje en sus puntos de venta o garantizar que los bienes se entregasen a través de medios sostenibles, como una bicicleta de carga en lugar de otro vehículo

³¹ En este sentido, la menor peligrosidad teórica de las restricciones derivadas de los acuerdos verticales y la aplicabilidad de la exención existente relacionada con la cuota de mercado (no existente, por ejemplo, en el contexto de los acuerdos horizontales) se hallaban en la base de su ausencia, tanto en las últimas evaluaciones del Reglamento (UE) n° 330/2010 de la Comisión Europea [*vid. «Evaluation of the Vertical Block Exemption Regulation», Commission Staff Working Document», SWD (2020), p. 31*] como en los pareceres apuntar los textos pre-legislativos [Proyecto de Reglamento de la Comisión Europea relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas, Bruselas, 9.7.2021, C (2021) 5026 final, así como el Proyecto de sus Directrices, que solo realizaban alguna referencia a la sostenibilidad desde el punto de vista financiero].

³² Y ello al hilo de la Comunicación de la Comisión Europea «Actualización del nuevo modelo de industria de 2020: Creación de un mercado único más sólido para la recuperación de Europa» (COM/2021/350 final).

³³ En estos casos serían de aplicación preferente las disposiciones más especiales del ROCM antes que las del nuevo Reglamento sobre acuerdos verticales, que expresamente dispone que «no se aplicará a los acuerdos verticales cuyo objeto entre dentro del ámbito de aplicación de otros Reglamentos de exención por categorías, a menos que dichos Reglamentos dispongan lo contrario» (art. 2.7).

(apartado 144), considerando así la restricción de competencia autorizable a través de los criterios del artículo 101.3 del TFUE —o, en su caso, del artículo 53.3 del Acuerdo EEE—.

16. En segundo lugar, se alude a los objetivos de sostenibilidad en el ámbito de la evaluación individual de las imposiciones de «marca única», en las que el comprador se obliga a adquirir la clase de productos afectados de un proveedor, concentrando así los pedidos a un único distribuidor mediante pactos restrictivos como el de no competencia. Esta cláusula podría funcionar como vía para afrontar determinados problemas relacionados con inversiones que persiguen objetivos de sostenibilidad. Así, según las nuevas Directrices —apartado 316—, podrían producirse problemas en los casos en que un proveedor de energía se enfrentara a una mayor demanda de energía renovable y deseara invertir en una central hidroeléctrica o un parque eólico. El proveedor podría estar dispuesto a asumir ese riesgo de inversión a largo plazo solo si un número suficiente de compradores estuviera dispuesto a comprometerse a comprar energía renovable por un período más largo. Tales acuerdos verticales con los compradores pueden ser evaluados positivamente, ya que la obligación de no competencia a largo plazo puede ser necesaria para que la inversión se realice, o para que se lleve a cabo en el tiempo previsto. Por lo tanto, tales obligaciones de no competencia podrían cumplir las condiciones del artículo 101.3 del TFUE si la inversión del proveedor tuviera un período de amortización superior a los 5 años establecidos en el artículo 5, apartado 1, letra a) del nuevo Reglamento de acuerdos verticales, incluso —aunque las Directrices no lo indican— las partes del acuerdo estuvieran por encima del umbral del 30% de cuota de mercado.

2. La sostenibilidad como criterio de exención respecto a acuerdos, decisiones y prácticas concertadas de productores agrarios relacionados con la producción o el comercio de productos agrarios

17. El interés por la sostenibilidad ambiental ha sido integrado recientemente de forma parcial en el Derecho europeo de la Competencia en relación con la producción o el comercio de productos agrarios. Antes de ello, la Comisión Europea reconoció en 2018 que las autoridades europeas de competencia «habían proporcionado orientación a los agricultores, a otros agentes económicos y a las Administraciones sobre la manera de interpretar y aplicar el Derecho de la competencia en el sector, por ejemplo, en relación con las iniciativas de sostenibilidad de los agricultores o la publicación de precios por parte de las organizaciones sectoriales»³⁴. Posteriormente, la Comunicación de la Comisión Europea, de 18 de noviembre de 2021 («Una política de competencia adaptada a los nuevos desafíos»), hace expresa referencia a la incidencia del *Green Deal* en la política de competencia, y, finalmente, el Reglamento (UE) 2021/2117, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 2 de diciembre de 2021, incluye un artículo —el 210 *bis*— en el Reglamento (UE) 1308/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de diciembre de 2013, por el que se crea la organización común de mercados de los productos agrarios (en adelante, ROCM), con el objeto de autorizar determinadas iniciativas verticales y horizontales en favor de la sostenibilidad.

18. El nuevo artículo 210 *bis* del ROCM —cuyo título es *Iniciativas verticales y horizontales en favor de la sostenibilidad*— incluyó por primera vez el interés por la sostenibilidad en una norma con clara incidencia en el Derecho de la Competencia. Según el Considerando 62 del Reglamento (UE) 2021/2117 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 2 de diciembre de 2021, «algunas iniciativas verticales y horizontales relativas a los productos agrarios y alimenticios cuyo objetivo es aplicar requisitos más estrictos que los obligatorios, pueden tener efectos positivos en los objetivos en materia de sostenibilidad. La celebración de tales acuerdos, decisiones y prácticas concertadas entre productores y operadores en diferentes ámbitos de la producción, la transformación y el comercio también puede reforzar la posición de los productores en la cadena de suministro y aumentar su poder de negociación»³⁵.

³⁴ Informe al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la «Aplicación de las normas de competencia de la Unión al sector agrario», 26 de octubre de 2018 [COM(2018) 706 final].

³⁵ riedades vegetales protegidas— se caracteriza por la «atomización de las explotaciones empresariales, su pequeño tamaño y limitado poder de negociación frente a los operadores de los siguientes eslabones de la cadena de comercialización»

Por lo tanto, en determinadas circunstancias, dichas iniciativas no deben estar sujetas a la aplicación del artículo 101.1 del TFUE. A fin de garantizar la aplicación efectiva de esta nueva excepción, y en aras de reducir la carga administrativa, estas iniciativas no deben requerir una decisión previa de la Comisión para no quedar sujetas a la aplicación del artículo 101.1 del TFUE. Dado que se trata de una nueva excepción, conviene disponer que la Comisión elabore directrices para los operadores sobre la aplicación de la excepción en un plazo de dos años a partir de la entrada en vigor del presente Reglamento. Una vez transcurrido este plazo, los productores también deben poder solicitar un dictamen de la Comisión sobre la aplicación de la excepción a sus acuerdos, decisiones y prácticas concertadas. En casos debidamente justificados, la Comisión debe poder revisar con posterioridad el contenido de su dictamen. Las autoridades nacionales de competencia deben poder decidir que un acuerdo, decisión o práctica concertada se modifique, suspenda o directamente no se lleve a cabo si lo consideran necesario para proteger la competencia, en cuyo caso deben informar a la Comisión de sus acciones». Se reconoce, por tanto, la autorización de acuerdos, decisiones y prácticas concertadas de productores agrarios relacionados con la producción o el comercio de productos agrarios y cuyo objetivo sea aplicar una norma de sostenibilidad superior a la exigida por el Derecho de la Unión o el nacional, siempre que dichos acuerdos, decisiones y prácticas concertadas impongan a la competencia únicamente las restricciones que sean indispensables para la consecución de dicha norma. Se trata de premiar la aplicación de requisitos más estrictos que los establecidos en normas sobre sostenibilidad, autorizando restricciones de competencia indispensables para alcanzar tales requisitos.

19. La aplicación de la nueva exención depende de la concurrencia de elementos subjetivos, objetivos y normativos. Desde un punto de vista subjetivo y objetivo, la exención requiere que la conducta sea realizada, al menos, por un *productor agrario* en relación con la producción o el comercio de productos agrarios, y tanto en el caso de que la conducta sea realizada por varios productores —relación horizontal— como cuando sean parte uno o varios productores y uno o varios operadores en diferentes niveles de las fases de producción, transformación y comercio de la cadena de suministro alimentario, incluida la distribución —relación vertical—. Debe advertirse que el ámbito de la «producción agrícola» es más reducido que el de la «actividad agrícola»³⁶, requiriéndose además que tal producción se relacione estrictamente con los que se consideran «productos agrarios». En este sentido, según el artículo 4.1.c.i del Reglamento UE 1307/2013 se entiende por tales aquellos incluidos en el anexo I del ROCM y entre los que destacan, sin ánimo de exhaustividad, los siguientes: cereales —por ejemplo, maíz—, arroz, azúcar —por ejemplo, remolacha azucarera—, forrajes desecados —como, por ejemplo, los altramuces—, semillas, lúpulo, aceite y aceitunas, lino y cáñamo, frutas y hortalizas —incluidos los productos transformados a base de frutas y hortalizas—, plantas vivas y productos de la floricultura, así como determinados animales y sus productos derivados —como, por ejemplo, la leche—.

20. Desde un punto de vista normativo, la exención requiere una acotación del ámbito de la sostenibilidad, ya que el objetivo de la conducta autorizada debe ser el de la aplicación de una *norma de sostenibilidad* superior a la exigida por el Derecho de la Unión o el nacional —cercano a lo conocido como «cumplimiento excesivo»—, siempre que dichos acuerdos, decisiones y prácticas concertadas impongan a la competencia únicamente las restricciones que sean indispensables para la consecución de dicha norma. El artículo 210.bis del ROCM delimita la norma de sostenibilidad como aquella que tiene por objeto contribuir a una o varias de las siguientes finalidades³⁷: a) objetivos medioambientales,

(Informe IPN/CNMC/015/20, de 2 de septiembre de 2020, sobre el anteproyecto de ley por la que se modifica la Ley 12/2013, de 2 de agosto, de medidas para mejorar el funcionamiento de la cadena alimentaria).

³⁶ Por ejemplo, quedaría fuera de la producción agraria la actividad consistente en el mantenimiento de una superficie agraria en un estado adecuado para pasto o cultivo sin ninguna acción preparatoria que vaya más allá de los métodos y maquinaria agrícolas habituales (art. 4.1.c.ii del Reglamento UE n° 1307/2013 del Parlamento europeo y del Consejo de 17 de diciembre de 2013, por el que se establecen normas aplicables a los pagos directos a los agricultores en virtud de los regímenes de ayuda incluidos en el marco de la Política Agrícola Común y por el que se derogan los Reglamentos CE n° 637/2008 y CE n° 73/2009 del Consejo).

³⁷ Resulta interesante apuntar que algún comentario recibido al borrador de directrices de la Unión Europea apunta hacia una interpretación amplia de estos objetivos. Es el caso de la Asociación de Subastas de Flores Holandesas (VBN), que, entre

incluidas la mitigación del cambio climático y la adaptación a él, el uso sostenible y la protección de los paisajes, el agua y el suelo, la transición hacia una economía circular, incluida la reducción del desperdicio de alimentos, la prevención y control de la contaminación, y la protección y restauración de la biodiversidad y los ecosistemas; b) la producción de productos agrarios de forma que se reduzca el uso de plaguicidas y se gestionen los riesgos derivados de dicho uso, o se reduzca el peligro de resistencia a los antimicrobianos en la producción agrícola; y c) la salud y el bienestar de los animales (artículo 210 *bis*.3 del ROCM).

21. La complejidad y novedad de esta autorización ha justificado una serie de cautelas en su aplicación, a desarrollar en los próximos años. En este sentido, el artículo 210 *bis* ROCM prevé que la Comisión Europea publique unas directrices dirigidas a los operadores relativas a las condiciones de aplicación de esta autorización, a más tardar el 18 de diciembre de 2023; esta iniciativa ha sido muy bienvenida por los operadores del sector, sobre todo por considerarla necesaria para conseguir un grado mínimo de seguridad jurídica en la aplicación de la nueva exención³⁸. Asimismo, a partir del 8 de diciembre de 2023, los productores podrán solicitar a la Comisión Europea un dictamen sobre la compatibilidad de los acuerdos, decisiones y prácticas concertadas con esta nueva autorización; en tal caso se prevé que la Comisión Europea envíe su dictamen al solicitante en el plazo de cuatro meses a partir de la recepción de una solicitud completa, pudiendo modificarlo³⁹ o, incluso, retirar la autorización si en cualquier momento posterior a la emisión de su dictamen, considera que ya no se cumplen las condiciones de la misma, informando debidamente a los productores.

22. La exención se encuentra supeditada a que no ponga en peligro los objetivos de la política agrícola (artículo 39 del TFUE)⁴⁰, pues en caso contrario el artículo 210 *bis*.7 ROCM prevé su modificación o, incluso, suspensión⁴¹. Asimismo, la autorización debería ceder ante restricciones de

otras cuestiones, sugiere aclarar la elegibilidad de la regulación sobre sanidad vegetal (como es el caso del Reglamento UE nº 2016/2031) para la exención, dada su importancia para cultivadores y comerciantes de plantas y flores. Los comentarios de la citada asociación pueden ser consultados en la siguiente *url*: https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/13305-Sustainability-agreements-in-agriculture-guidelines-on-antitrust-derogation/F3258487_en

³⁸ Para su elaboración la Comisión Europea invitó a partes interesadas como productores primarios, procesadores, fabricantes, mayoristas, minoristas y proveedores de insumos a compartir su experiencia con acuerdos destinados a lograr objetivos de sostenibilidad en las cadenas de suministro agroalimentarias. Según su comunicado de prensa de 28 de febrero de 2022, la Comisión Europea consultó a las partes interesadas para comprender los tipos de acuerdos de sostenibilidad que han desarrollado hasta ahora o que les gustaría desarrollar, las posibles restricciones de competencia que podrían haber resultado o pueden resultar de dichos acuerdos, así como el posible impacto de dicha cooperación en el suministro, los precios e innovación. Finalizada la consulta, todas las aportaciones señalan la importancia de la seguridad jurídica para la aplicación de la nueva exención.

³⁹ El artículo 210 *bis* ROCM reconoce expresamente que «la Comisión podrá modificar el contenido de un dictamen, por iniciativa propia o a solicitud de un Estado miembro, en particular si el solicitante facilitó información imprecisa o utilizó el dictamen indebidamente».

⁴⁰ Recuérdese que son los siguientes: a) incrementar la productividad agrícola, fomentando el progreso técnico, asegurando el desarrollo racional de la producción agrícola, así como el empleo óptimo de los factores de producción, en particular, de la mano de obra; b) garantizar así un nivel de vida equitativo a la población agrícola, en especial, mediante el aumento de la renta individual de los que trabajan en la agricultura; c) estabilizar los mercados; d) garantizar la seguridad de los abastecimientos; e) asegurar al consumidor suministros a precios razonables.

⁴¹ Dicho apartado prevé expresamente la siguiente posibilidad (la cursiva es nuestra): la autoridad nacional de competencia a que se refiere el artículo 5 del Reglamento (CE) nº 1/2003 (en caso de España, la CNMC) podrá decidir en casos concretos que, en el futuro, uno o varios de los acuerdos, decisiones y prácticas concertadas a que se refiere el apartado 1 (*autorizadas por mejorar normas de sostenibilidad*) se modifiquen, suspendan o directamente no se lleven a cabo si considera que tal decisión es necesaria para evitar la exclusión de la competencia o si considera que se ponen en peligro los objetivos establecidos en el artículo 39 del TFUE. En el caso de los acuerdos, decisiones y prácticas concertadas que abarquen a más de un Estado miembro, la decisión contemplada en el párrafo primero del presente apartado será adoptada por la Comisión Europea sin aplicar el procedimiento mencionado en el artículo 229, apartados 2 y 3 (procedimiento de examen del artículo 5 del Reglamento (UE) nº 182/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 2011, por el que se establecen las normas y los principios generales relativos a las modalidades de control por parte de los Estados miembros del ejercicio de las competencias de ejecución por la Comisión). Al actuar en virtud del párrafo primero del presente apartado, la autoridad nacional de competencia informará a la Comisión por escrito después de iniciar la primera medida formal de investigación y le notificará sin demora tras su adopción las decisiones que se deriven. Las decisiones a que se refiere el presente apartado no serán aplicables antes de la fecha de su notificación a las empresas de que se trate.

competencia que perjudicasen claramente los intereses de los consumidores, como son las relativas a los precios⁴².

IV. La sostenibilidad en la aplicación pública del Derecho europeo de la Competencia

23. La realización de conductas que lesionan el interés por la sostenibilidad ha sido sancionada por la Comisión Europea sobre la base de que limitan el desarrollo técnico (*cf.* art. 101.1.b TFUE)⁴³, adquiriendo así relevancia en la aplicación pública del Derecho europeo de la Competencia. No se trata, por tanto, de que la adopción de criterios sostenibles justifique restricciones de competencia, sino que la omisión de soluciones sostenibles puede llegar a ser considerada infracción de las normas europeas de competencia.

24. Entre las primeras sanciones de la Comisión Europea que ponen de manifiesto la importancia de defender la sostenibilidad ambiental y el «Pacto Verde» desde la aplicación de las normas de competencia se hallan las impuestas el 8 de julio de 2021 a diversos fabricantes de automóviles, que fueron multados con algo más de 875 millones de euros por restringir durante más de 5 años la competencia en la limpieza de emisiones de los nuevos turismos diésel, concretamente mediante acuerdos de coordinación respecto a los sistemas de reducción catalítica selectiva utilizados en los turismos equipados con motor diésel vendidos en el EEE (Case AT.40178 – *Car Emissions*)⁴⁴. La Comisión Europea indicó el carácter esencial del mantenimiento de una «competencia vibrante» para que la innovación impulse el cumplimiento de los objetivos del *Green Deal*.

25. Los hechos sancionados por la Comisión Europea consistieron en una coordinación entre fabricantes de automóviles a través de diversas reuniones periódicas que permitieron evitar una mejor limpieza —una mayor sostenibilidad— de las emisiones nocivas de óxido de nitrógeno (NOx) de los turismos diésel mediante la inyección de urea —conocida comercialmente como *AdBlue*— en el escape, y ello a pesar de que la tecnología pertinente estaba disponible. La coordinación permitió a los infractores reducir la incertidumbre sobre el comportamiento de sus respectivos competidores, conociendo así que ningunos de los fabricantes iba a plantear un «cumplimiento excesivo», es decir, ir más allá de los requisitos legales establecidos —tamaño de los tanques y rangos de recarga de *AdBlue*—.

26. Siguiendo la doctrina del TJUE⁴⁵, la Comisión Europea considera que «tiene un objeto contrario a la competencia un intercambio de información capaz de disipar la incertidumbre entre las

⁴² Concretamente, ha manifestado (traducción libre) que «los objetivos de interés público, como la sostenibilidad, son objetivos legítimos. Pero el interés económico en un mayor nivel de ingresos por sí mismo no puede justificar la exención de dicho acuerdo de las normas del derecho de la competencia. La sostenibilidad no juega un papel en el modelo de financiación. Sin embargo, *Agrardialog* puede presentarnos en cualquier momento un concepto de sostenibilidad que no se base en un acuerdo de precios en perjuicio de los consumidores». Asimismo, «alentamos y apoyamos a los productores agrícolas que deseen fortalecer su posición mediante cooperaciones o que persigan objetivos de sostenibilidad. Las leyes de competencia alemanas y europeas rara vez se interponen en el camino de tales cooperaciones. Ya existen amplias normas de exención, especialmente para el sector agrícola. Los productores pueden agrupar sus ofertas, negociar colectivamente y dar su peso. Pero si acuerdan los componentes del precio entre ellos, esto claramente excede los límites de la ley de competencia».

⁴³ También existen resoluciones de algún Estado miembro, como es el caso de Alemania (al hilo de acuerdos de cooperación en el sector bananero, como puede consultarse en la siguiente *url*: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2022/18_01_2022_Nachhaltigkeit.html) o Francia (al respecto, *vid.* Décision de la *Autorité de la Concurrence* 17-D-20 du 18 octobre 2017 (puede consultarse en la siguiente *url*: <https://www.autoritedelaconcurrence.fr/sites/default/files/commitments/17d20.pdf>)).

⁴⁴ La resolución de la Comisión Europea puede ser consultada íntegramente en el siguiente enlace: https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases1/202146/AT_40178_8022289_3048_5.pdfhttps://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases1/202146/AT_40178_8022289_3048_5.pdf

⁴⁵ Así, entre otras, sentencias de 19 de marzo de 2015 (*Dole Food Company, Inc. and Dole Fresh Fruit Europe v Commission*, C-286/13 P, ECLI:EU:C:2015:184, apartado 122) y de 26 de septiembre de 2018 (*Infineon Technologies AG v Commission*, C-99/17 P, ECLI:EU:C:2018:773, apartados 157-158).

partes en cuanto al momento, el alcance y las modalidades del ajuste de la conducta de las empresas en el mercado, incluso a la luz de los avances tecnológicos» (apartado 117). En el caso sancionado la Comisión Europea confirmó que «los fabricantes sabían que en el futuro sería posible con sistemas SCR lograr reducciones de NOx aún mayores más allá de los requisitos reglamentarios en determinadas condiciones reales de conducción... Por lo tanto, los fabricantes tenían la opción de seguir una estrategia de cumplimiento excesivo» (apartado 123). El perjuicio de la restricción de competencia para el interés del consumidor quedó concretado en que «los clientes interesados en los turismos con sistema SCR no habrían tenido otra opción que comprar un nuevo coche diésel con un depósito de *AdBlue* con el volumen pequeño coordinado» (apartado 127), desechándose cualquier tipo de eficiencia. Los infractores intentaron justificar su coordinación en que había permitido construir una infraestructura *AdBlue* amigable para el cliente y mejorar la comerciabilidad de la tecnología SCR respetuosa con el medio ambiente. Sin embargo, la Comisión Europea consideró que la coordinación no fue en ningún caso indispensable para lograr la construcción de tal infraestructura, incumplándose uno de los presupuestos de autorización del artículo 101.3.a del TFUE.

V. Hacia la inclusión general de la sostenibilidad en la evaluación *antitrust* de los acuerdos horizontales

27. La consideración general de la sostenibilidad como interés relevante e influyente en la evaluación *antitrust* de conductas horizontales es casi una realidad que deriva de una evolución originada desde finales del S. XX. Aunque tienen unos precedentes claros en el *soft law* de la Unión Europea y en su inclusión parcial en el ROCM (*vid. supra*, apartados 13-22), adquieren especial relevancia en la Propuesta de 2022 sobre las «Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal» (PDAH), posiblemente aplicables a partir del 1 de enero de 2023.

1. Precedentes

28. El interés por la preservación del medio ambiente ha sido considerado en el ámbito de la competencia desde hace tiempo, especialmente en su *soft law*. El «Quinto Programa sobre Medio Ambiente»⁴⁶ de la Unión Europea destacó la importancia de la cooperación para la protección medioambiental, planteando así una estrategia que no recurriera solo a instrumentos sancionadores o políticas prohibitivas, sino que promoviera una colaboración sostenible, principalmente entre sector industrial y Estados⁴⁷. Se reconoce así que las medidas legislativas no son suficientes para garantizar la protección del medio ambiente, siendo conveniente la implicación del sector empresarial. En esta línea, la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo relativa a los acuerdos sobre medio ambiente, de 27 de noviembre de 1996⁴⁸, destacó los beneficios inherentes a dichos acuerdos y hace referencia a la posible exención de sus eventuales restricciones de competencia⁴⁹.

⁴⁶ COM(92) 23.

⁴⁷ Sobre estos acuerdos *vid.* A. J. SÁNCHEZ SÁEZ, «Los acuerdos voluntarios para la protección del medio ambiente», *Revista de Administración Pública*, núm. 163, enero-abril 2004, pp. 279-310.

⁴⁸ COM(96)561 final.

⁴⁹ Así, la Comisión Europea ya conectó el interés por la preservación del medio ambiente con los presupuestos de la autorización por eficiencia del antiguo artículo 85.3 del Tratado CEE. Concretamente, afirmó que «cuando analiza un caso con arreglo al apartado 3 del artículo 85, la Comisión, en aplicación del principio de proporcionalidad, sopesa las restricciones de la competencia resultantes del acuerdo frente a los objetivos medioambientales que se pretende alcanzar con él. En la práctica, esto implica, por una parte, determinar si las restricciones son indispensables para conseguir los objetivos medioambientales y, por otra, cerciorarse de que los consumidores se benefician adecuadamente del acuerdo. En particular, puede considerarse que la protección del medio ambiente es un elemento que contribuye a mejorar la producción o distribución de los productos y a fomentar el progreso económico y técnico».

29. Junto a estos documentos generales sobre medio ambiente adquieren relevancia otros que inciden especialmente en el ámbito del Derecho de la Competencia. Es el caso de las Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 81 del Tratado CE a los acuerdos de cooperación horizontal (2001/C 3/02), que incluyeron los denominados «acuerdos sobre medio ambiente» en sus apartados 179-198, definidos como «aquellos por los que las partes se comprometen a lograr una reducción de la contaminación conforme a la legislación medioambiental o a cumplir determinados objetivos en el ámbito del medio ambiente, en particular los enunciados en el artículo 174 del Tratado». Se trató de promover aquellos acuerdos que tuvieran como objetivo o acordaran medidas estrictamente vinculadas «a la reducción de un agente contaminante o de un tipo de residuos identificados como tales en la normativa correspondiente», quedando excluidos «los acuerdos en los que la reducción de la contaminación es un efecto colateral de otras medidas».

30. La Comisión Europea reconoce en las citadas Directrices que las tres siguientes clases de acuerdos sobre cuestiones medioambientales no suelen ser considerados conductas colusorias, al no tener efectos negativos para la competencia —apartados 185-187—: i) acuerdos en los que no se impone obligación concreta alguna a las partes o cuando éstas se comprometen vagamente a alcanzar un objetivo medioambiental⁵⁰; ii) los acuerdos que establecen las cualidades ecológicas de los productos o procesos y que no afecten sensiblemente a la diversidad de los productos y de la producción en el mercado de referencia o que no incidan significativamente en las decisiones de compra⁵¹; y iii) acuerdos que implican una verdadera creación de mercado, como, por ejemplo, los acuerdos de reciclaje, en general no limitan la competencia, siempre que y mientras las partes no estén en condiciones de ejercer por su cuenta las actividades de que se trate y no existan otras alternativas ni otros competidores significativamente en las decisiones de compra.

31. Por el contrario, la Comisión Europea consideró que existían determinados acuerdos medioambientales que entraban —por su propia naturaleza— en el ámbito de la prohibición de las conductas colusorias, al camuflar en objetivos medioambientales operaciones prohibidas, tales como fijaciones de precios, limitaciones de la producción, repartos de mercados. Asimismo, resultaría prohibida la cooperación que «sirviera de instrumento en el marco de un acuerdo restrictivo más amplio destinado a excluir del mercado a competidores existentes y potenciales» —apartado 188—. Junto a los mismos, también se indicaron los acuerdos que presentaban grandes riesgos de ser considerados restricciones ilícitas por el objeto —apartados 189-191—: i) aquellos que abarquen gran parte de un sector a escala nacional o comunitaria si limitan sensiblemente la capacidad de las partes para determinar las características de sus productos o la forma en que los producen al permitirles influir en la producción o en las ventas de la otra parte —ya sea proveedor o comprador—; ii) que eliminen de forma progresiva una proporción importante de las ventas de las partes por cuanto se refiere a sus productos o a sus procesos de producción o que afecten sensiblemente tales ventas si las partes disponen de una importante cuota de mercado —lo mismo ocurre con los acuerdos por los que las partes establecen un reparto de cuotas individuales de contaminación—; y iii) aquellos acuerdos por medio de los cuales unas partes en posesión de cuotas significativas en una parte sustancial del mercado común designan a una empresa como prestador exclusivo de servicios de recogida o reciclaje de sus productos también pueden restringir la competencia de manera considerable si existen otros proveedores reales o posibles.

32. En los demás casos la Comisión Europea confirmó la aplicabilidad de los criterios de autorización individual, establecidos en el antiguo artículo 81.1 del TCE y que coinciden con los del vigente

⁵⁰ No obstante, la Comisión Europea afirma que «en este último supuesto, la evaluación habrá de centrarse en el margen discrecional otorgado a las partes en cuanto a los medios técnicos y económicamente disponibles para alcanzar el objetivo medioambiental fijado. Cuanto más variados sean estos medios, menos significativos serán los posibles efectos restrictivos».

⁵¹ La Comisión Europea aclara que «cuando se eliminan del mercado ciertas categorías de un producto, sea de manera inmediata o progresiva, no puede considerarse que ello implique una restricción notable, siempre que estas categorías sólo representen una escasa parte del mercado geográfico de referencia o, tratándose de mercados de alcance comunitario, del mercado de cada uno de los Estados miembros».

artículo 101.3 del TFUE. Sintéticamente, la valoración *antitrust* positiva requeriría que los acuerdos presentasen tres características: i) *ventajas económicas* relacionadas con el medio ambiente que compensen sus efectos negativos sobre la competencia, «en el sentido de que su realización produjese un beneficio neto en términos de reducción de la presión derivado de la aplicación del acuerdo en comparación con la situación en caso de no haberse emprendido actuación alguna»⁵²; *carácter indispensable*, es decir, que los acuerdos impongan a las empresas interesadas restricciones que indispensables para alcanzar los objetivos medioambientales. Según la Comisión Europea, «cuanto más objetivamente probada esté la eficiencia económica de un acuerdo medioambiental, más fácil será considerar indispensable cada una de sus disposiciones para la realización del objetivo medioambiental en su contexto económico»⁵³; y iii) *ausencia de eliminación de la competencia*, es decir, que no ofrezcan a las empresas participantes la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate. La Comisión Europea explicó al respecto que «independientemente de cuáles sean las ventajas medioambientales y económicas y la necesidad de las disposiciones previstas, el acuerdo no debe eliminar la competencia en lo que concierne a la diferenciación de los productos o procesos de producción, a la innovación tecnológica o a la entrada en el mercado a corto o, en su caso, a medio plazo»⁵⁴.

33. Estos precedentes europeos sobre los acuerdos medioambientales no tuvieron continuidad como tales en las actuales Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del TFUE a los acuerdos de cooperación horizontal (2011/C 11/01). Sin embargo, la Comisión Europea aclaró que «la determinación de los estándares, que era el objeto principal del antiguo capítulo relativo a los acuerdos sobre medio ambiente, se contempla con mayor propiedad en el capítulo de las presentes Directrices referente a la estandarización. Por lo general, en función de los problemas de competencia que planteen los acuerdos sobre medio ambiente, se deberán evaluar con arreglo al capítulo pertinente de las presentes Directrices, a saber, el relativo a los acuerdos de I+D, de producción, de comercialización o de estandarización» (nota al pie número 14 de las citadas Directrices). Más concretamente, las Directrices contemplan los estándares medioambientales como posible objeto autorizable en un acuerdo entre empresas⁵⁵. Esta inclusión indi-

⁵² Se estableció, en suma, que tales ventajas económicas debían compensar los costes, que incluían, en particular, «los efectos de una reducción de la competencia, junto con los costes que implica el cumplimiento del acuerdo para los agentes económicos o los efectos sobre los terceros». Además, la Comisión Europea explicó que los beneficios podrían evaluarse en dos fases: «si los consumidores tienen una participación positiva en los beneficios del acuerdo y si ésta se produce en un plazo razonable no es necesario determinar materialmente las ventajas medioambientales globales. En caso contrario, puede resultar necesario proceder a un análisis coste-beneficio con objeto de determinar si hay razones fundadas para esperar un beneficio neto para los consumidores en general» (apartado 194).

⁵³ Al respecto, la Comisión Europea explicó que «la evaluación objetiva de las disposiciones que, a primera vista, podrían considerarse no indispensables deberá apoyarse en un análisis coste-beneficio que ponga de manifiesto que, partiendo de presunciones razonables, los medios alternativos para alcanzar las ventajas medioambientales previstas serían más costosos en términos económicos o financieros. Por ejemplo, habría que demostrar con toda claridad que la aplicación de una tasa uniforme, sin tener en cuenta los costes individuales de recogida de los residuos, es indispensable para el funcionamiento de un sistema de recogida aplicado al conjunto de un sector» (apartado 196).

⁵⁴ Al respecto, la Comisión Europea puso como ejemplo el caso de una concesión de derechos de recogida exclusivos a una empresa de recogida/ reciclaje que tiene competidores potenciales; en estos casos «la duración por la que se conceden los derechos debería tener en cuenta la posible entrada en el mercado de otro operador» (apartado 197).

⁵⁵ La Comisión Europea propone un ejemplo en el que casi todos los fabricantes de lavadoras acuerdan, auspiciados por un organismo público, dejar de fabricar productos que no cumplan ciertos criterios medioambientales (por ejemplo, de eficiencia energética). Las partes poseen conjuntamente el 90% del mercado. Los productos que desaparecerán progresivamente del mercado con esta medida suponen una proporción significativa de las ventas totales. Dichos productos serán sustituidos por otros más ecológicos, pero también más caros. Además, el acuerdo reduce indirectamente la producción de terceros (por ejemplo, compañías de suministro de electricidad o proveedores de componentes integrados en los productos que irán desapareciendo). Sin el acuerdo, las partes no habrían modificado sus actividades de producción y comercialización en pro de unos productos más respetuosos del medio ambiente. Ante este supuesto el análisis de la Comisión Europea es el siguiente: El acuerdo concede a las partes el control de la producción individual y abarca una proporción considerable de sus ventas y su producción total, mientras que también reduce la producción de terceros. La variedad de productos, que se orienta en parte por las características medioambientales del producto, se ve limitada y es probable que ello traiga consigo un aumento de precios. Por lo tanto, es probable que el acuerdo produzca efectos restrictivos de la competencia a tenor del artículo 101, apartado 1. La implicación de un organismo público carece de importancia a efectos de la evaluación de este acuerdo. Sin embargo, los productos más nuevos y más respetuosos del medio ambiente son más avanzados técnicamente y ofrecen eficiencias cualitativas consistentes

recta de los acuerdos de sostenibilidad en las normas de exención ha sido criticada por la CNMC, al generar una situación de falta de seguridad jurídica que puede implicar una desincentivación a su realización⁵⁶.

2. Propuesta de 2022 sobre «Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal» (PDAH)

A) Introducción

34. Transcurridos más de diez años desde la publicación de la Comunicación de la Comisión Europea que incorporó las últimas «Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal», se abrió un período de consulta en marzo de 2022 en relación con su actualización, previéndose su versión definitiva para 2023.

La Propuesta de Directrices de 2022 (en adelante, PDAH), además de adecuar al contexto actual el marco analítico aplicable a los tipos de acuerdos de cooperación horizontal más habituales, ofrece orientaciones especiales sobre su evaluación cuando persigan objetivos de sostenibilidad, garantizando así el compromiso de la Comisión Europea de alcanzar las finalidades del Pacto Verde y separando nuevamente los acuerdos relacionados con la protección del medio ambiente de los de estandarización. La PDAH, aun admitiendo que los estándares de sostenibilidad tienen similitudes con los acuerdos de estandarización, destaca que los mismos presentan características atípicas o menos pronunciadas que aconsejan proponer orientaciones específicas en un capítulo autónomo.

35. Además de dicho capítulo, la PDAH es consciente de la especialidad de los criterios de sostenibilidad en el mercado agrario (*vid. supra*, apartados 17-22), previendo —como ya hacía el ROCM— la publicación de unas Directrices *ad hoc* y excluyendo consecuentemente de su ámbito a los acuerdos, decisiones y prácticas concertadas de productores de productos agrarios relacionados con la producción o el comercio de productos agrarios y cuyo objetivo sea aplicar una norma de sostenibilidad superior a la exigida por el Derecho de la Unión o el nacional, y que estén exentos de lo dispuesto en el artículo 101.1 TFUE en virtud del artículo 210 *bis* del ROCM. No obstante, obsérvese que la exclusión de la PDAH no es total respecto a las conductas que pudieran producirse en el mercado agrario, sino más bien lo es respecto a los acuerdos que refuercen los estándares de sostenibilidad, que son solo una parte de los que podrían fomentar el desarrollo sostenible. Por tanto, y al igual que sucedía en relación con los acuerdos verticales, la aplicación del ROCM es preferente, por criterio de especialidad, respecto a las normas o directrices que pudiesen ser adoptadas en relación con los acuerdos horizontales o de cooperación.

36. Los criterios generales relativos a los «acuerdos de sostenibilidad» se hallan en el capítulo 9 de la PDAH (apartados 541-621), que, entre otras cuestiones, expone los casos en que resulta poco probable que planteen problemas de competencia y ofrece orientaciones sobre aspectos específicos de su evaluación con arreglo a los apartados 1 y 3 del artículo 101 TFUE; en la PDAH tiene más incidencia el objetivo sostenible de los acuerdos evaluables que en el ámbito de las reciente norma y directrices sobre acuerdos verticales (*vid. supra*, apartados 13-16), pues incide también en el ámbito del artículo 101.1 del TFUE. La agrupación de dichos criterios en un capítulo no significa que la sostenibilidad deje de ser

en que los consumidores pueden utilizar un mayor número de programas en las lavadoras. Además, hay eficiencias económicas para los compradores de lavadoras que son el resultado de los menores costes de funcionamiento debidos al menor consumo de agua, electricidad y detergente. Estas eficiencias económicas se consiguen en mercados diferentes del mercado de referencia del acuerdo. No obstante, estas eficiencias pueden tenerse en cuenta ya que los mercados en los que se producen los efectos restrictivos de la competencia y las mejoras de eficiencia están relacionados y el grupo de consumidores afectados por la restricción y las mejoras de eficiencia es sustancialmente el mismo. Las mejoras de eficiencia compensan los efectos restrictivos de la competencia consistentes en unos costes mayores. Las soluciones alternativas al acuerdo resultan más inciertas y menos rentables para alcanzar los mismos beneficios netos. Las partes disponen de diversos medios técnicos económicamente viables para fabricar productos que se ajusten a las características medioambientales acordadas y se preservará la competencia en lo tocante a otras características de estos productos. Por lo tanto, parece que se cumplen los criterios del artículo 101, apartado 3.

⁵⁶ Al respecto, *vid.* Respuesta de la CNMC a la consulta pública *Competition policy supporting the Green Deal*, p. 18.

considerada una característica transversal de las conductas concurrenciales, ya que puede aparecer como objetivo o resultado de acuerdos de cooperación horizontal muy diversos. Por ello, las especialidades sobre sostenibilidad que la PDAH expone agrupadamente en un capítulo deberán ser interpretadas de forma coordinada si la conducta evaluada tenga también criterios específicos en otros capítulos de la PDAH⁵⁷. Así, es posible que acuerdos de cooperación como los de I+D, o de producción o compras, persigan objetivos de sostenibilidad⁵⁸, debiéndose tener en cuenta los criterios establecidos especialmente para ellos junto a los derivados del objetivo de la sostenibilidad.

37. La PDAH presenta a los acuerdos de sostenibilidad como una clase de cooperación empresarial que contribuye, junto a políticas y reglamentaciones públicas específicas, a mantener un desarrollo sostenible, entendido como la «la capacidad de la sociedad para consumir y utilizar los recursos disponibles en la actualidad sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades» (apartado 543)⁵⁹. La consecución de los objetivos de sostenibilidad no recae, por tanto, solo en el Derecho de la Competencia, sino que resulta necesario potenciar políticas y reglamentaciones —principalmente en materia de contaminación o medio ambiente— que pueden ser reforzadas mediante acuerdos de cooperación sostenible entre empresas.

B) Acuerdos de sostenibilidad que no plantean problemas de competencia

38. Los objetivos de desarrollo sostenible pueden ser perseguidos a través de acuerdos de cooperación empresarial inocuos para la competencia, es decir, que no son susceptibles de incidir negativamente en la estructura competitiva del mercado de referencia o que no afectan a los elementos de competencia (como precios, distribución,...), supeditándose su validez a criterios de otros sectores del Ordenamiento jurídico⁶⁰.

39. Al igual que sus precedentes⁶¹, la PDAH es consciente de esta cuestión y presenta tres ejemplos ilustrativos —por tanto, no exhaustivos— de acuerdos que no plantean problemas de competencia⁶²: a) *acuerdos que no se refieran a la actividad económica de los competidores*, sino a su conducta empresarial interna. Estos pactos no afectan a la competencia, si bien podrían perseguir objetivos de sostenibilidad, al tratar de mejorar la reputación general del sector de ser responsable desde el punto de vista

⁵⁷ A esta realidad hace referencia el apartado 547 de la PDAH: «cuando un acuerdo de sostenibilidad se refiera a un tipo de cooperación descrito en cualquiera de los capítulos anteriores de las presentes Directrices, su evaluación se regirá por los principios y las consideraciones establecidos en dichos capítulos, teniendo en cuenta al mismo tiempo el objetivo específico de sostenibilidad perseguido».

⁵⁸ Es el caso, por ejemplo, de acuerdos que tengan los siguientes objetos: el desarrollo de una tecnología de producción que reduzca el consumo de energía, la utilización de infraestructuras con vistas a reducir la huella ambiental de un proceso de producción, o la compra únicamente a proveedores respetando determinados principios de sostenibilidad.

⁵⁹ Siguiendo a la Resolución 66/288 de las Naciones Unidas, adoptada por la Asamblea General el 27 de julio de 2012, el desarrollo sostenible «abarca actividades que promueven el desarrollo económico, medioambiental y social (incluidos los derechos laborales y humanos)».

⁶⁰ Recuérdese que el Derecho de la Competencia es selectivo, al centrarse solo en cláusulas de incidencia concurrencial. La Comisión Europea es consciente de ello, tal y como ha expuesto en algunas de sus Directrices. Así, por ejemplo, las relativas a la aplicación del artículo 101 del TFUE a los acuerdos de transferencia de tecnología (2014/C 89/039) entienden que las siguientes obligaciones raramente tienen repercusión en la competencia, al menos al nivel antitrust: a) obligaciones de confidencialidad; b) obligaciones que impiden a los licenciarios conceder sublicencias; c) obligación de no utilizar los derechos de la tecnología licenciada tras la expiración del acuerdo, siempre que los derechos de la tecnología licenciada sigan siendo válidos y estén vigentes; d) obligación de ayudar al licenciante a velar por el respeto de los derechos de propiedad intelectual objeto de la licencia; e) obligación de pagar un canon mínimo o de producir una cantidad mínima de productos que incorporen la tecnología licenciada; y f) obligación de utilizar la marca del licenciante o de indicar el nombre del licenciante en el producto (apartado 183).

⁶¹ Las Directrices de 2001 ya advertían, con carácter general, que es poco probable que los acuerdos sobre medio ambiente produzcan restricciones que afecten a los precios o a la producción (apartado 22). También explicaban que, de producir algún tipo de efecto negativo, afectaría más bien a la innovación o la diversidad de productos, pudiendo también crear problemas de exclusión en el acceso al mercado de referencia (*foreclosure*).

⁶² *Vid.* apartados 552-4 de la PDAH.

medioambiental, acordando, por ejemplo, «medidas para eliminar los plásticos de un solo uso en sus locales comerciales, no superar determinadas temperaturas ambiente en los edificios o limitar el número de materiales impresos al día». b) *acuerdos sobre la creación de bases de datos* que contengan, por ejemplo, «información sobre los proveedores que tienen cadenas de valor sostenibles, o que utilizan procesos de producción sostenibles y proporcionan insumos sostenibles, o los distribuidores que venden productos de manera sostenible, sin exigir a las partes que compren a dichos proveedores o vendan a dichos distribuidores». c) los *acuerdos entre competidores relativos a la organización de campañas de sensibilización en todo el sector o de campañas de sensibilización de los clientes sobre la huella ambiental de su consumo*, siempre que dichas campañas no constituyan publicidad conjunta de productos concretos.

40. El último borrador de las Directrices de la Autoridad Holandesa de la Competencia (ACM) sobre los acuerdos de sostenibilidad⁶³ también se refiere a los acuerdos inocuos para la competencia, estableciendo diversos ejemplos, como es el caso de aquellos que incentivan compromisos para hacer una contribución positiva a un objetivo de sostenibilidad —por ejemplo la reducción de las emisiones de CO₂— sin ser vinculante para las empresas individuales, donde las empresas determinan sus propias contribuciones y la forma en que desean realizarlas. Asimismo, no afectarían a la competencia los códigos de conducta que promuevan prácticas ambientalmente conscientes, que habitualmente implican normas conjuntas y etiquetas de certificación sobre el uso de materias primas o los métodos de producción⁶⁴. Otros acuerdos que no tendrían incidencia *antitrust* serían los destinados a mejorar la presentación del producto —por ejemplo, mediante el uso más eficiente de los materiales de embalaje—, excluyendo la producción de los menos sostenibles, siempre que la conducta no afecte a diversidad de precios y/o productos.

41. Junto a estos ejemplos de acuerdos de sostenibilidad objetivamente inocuos para la competencia deberán excluirse asimismo de la evaluación *antitrust* todas aquellas conductas que se hallen en supuestos excluidos de la aplicación general del Derecho de Defensa de la Competencia, como, por ejemplo, son los casos de aquellos acuerdos que, por su escasa importancia, no sean capaces de afectar de manera significativa a la competencia⁶⁵, o que sean realizados por empresas dependientes desde el punto de vista económico⁶⁶.

C) Incidencia del objetivo de la sostenibilidad para la evaluación del acuerdo bajo los artículos 101.1 del TFUE y 53.1 del Acuerdo EEE

42. La consideración de que un acuerdo restrictivo de la competencia persiga un objetivo de sostenibilidad puede presentar incidencia relevante en la aplicación del artículo 101.1 del TFUE —o, en

⁶³ La última versión consultada es el segundo borrador de Directrices (2021).

⁶⁴ Con respecto a los mismos, la ACM señala que los criterios de participación deben ser transparente y el acceso debe otorgarse sobre la base de condiciones razonables y no discriminatorias. Además, debe seguir siendo posible tener estándares alternativos o etiquetas de certificación de igualdad de condiciones, y también para vender productos que quedan fuera de dichos códigos.

⁶⁵ El Derecho de la Competencia consideró desde muy temprano que para su aplicación la afectación de la competencia podía ser incluso *indirecta*, aunque debía ser *sensible* (P. GONZÁLEZ JIMÉNEZ, «El efecto apreciable sobre el comercio comunitario y el efecto sensible sobre la competencia: Dos reglas antitrust condenadas a entenderse», *Revista de estudios europeos*, núm. 75, enero-junio, 2020, pp. 323-333). Sobre esta última característica recuérdese que la Comisión Europea ha publicado distintas Comunicaciones que fijan parámetros o criterios que coadyuvan a concretar la importancia de determinadas conductas —la concreción de «lo sensible»— destacando la relativa a los acuerdos de menor importancia que no restringen la competencia de forma sensible en el sentido del artículo 101, apartado 1, del TFUE (2014/C 291/01, conocida como Comunicación *de minimis*).

⁶⁶ En estos casos estaríamos ante supuestos de dependencia, en los que la actividad concurrencial, a pesar de estar materializada por dos empresas jurídicamente diferenciadas —aunque no económicamente—, debería ser imputada jurídicamente al empresario del que se dependa, no existiendo en tales casos la bilateralidad que exigen gran parte de las infracciones antitrust. En este sentido, «en la práctica es posible encontrar acuerdos concluidos entre personas formal y jurídicamente independientes pero carentes de autonomía para determinar su comportamiento comercial, por lo que en estos casos puede ponerse en duda la existencia de un acuerdo en el sentido del artículo 1 LDC» (J. COSTAS COMESAÑA, *Los cárteles de crisis. Crisis económica y defensa de la competencia*, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 41). Por tanto, la aplicación del Derecho de la Competencia cede ante situaciones de dependencia económica o producidas en un contexto intra-grupo (por todos *vid.* J.I. RUIZ PERIS, *El privilegio del grupo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999).

su caso, del artículo 53.1 del Acuerdo EEE—, que, como es sabido, declara incompatibles con el mercado interior y prohíbe determinados acuerdos entre empresas en función, entre otras cuestiones, de que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior. Como se observa, el artículo diferencia entre acuerdos que tienen «por objeto» de aquellos cuyo «efecto» sea el de impedir, restringir o falsear la competencia. Los primeros suponen *per se* conductas que falsean la competencia y que son sancionadas sin considerar los efectos que las mismas producen en un determinado mercado. A pesar de que la categoría de las «restricciones por el objeto» no está exenta de posibles críticas, es recogida ampliamente por autoridades de competencia y tribunales⁶⁷, encontrándose muy ligada a las conductas de cooperación horizontal, en las que la coordinación entre empresas tiene el objeto mismo de eliminar la competencia entre las mismas o respecto a un nivel de mercado.

43. Sobre esta realidad, la PDAH dispone que «el hecho de que un acuerdo persiga realmente un objetivo de sostenibilidad puede tenerse en cuenta para determinar si la restricción en cuestión es una restricción por el objeto o una restricción por el efecto en el sentido del artículo 101, apartado 1», acogiendo así la doctrina jurisprudencial que propugna que para apreciar si un acuerdo entre empresas tiene un grado de nocividad suficiente para ser considerado una restricción de la competencia «por el objeto» en el sentido del artículo 101.1 TFUE debe atenderse al contenido de sus disposiciones, a los *objetivos que pretende alcanzar* y al contexto económico y jurídico en el que se inscribe⁶⁸. Por tanto, la inclusión de un objetivo de sostenibilidad presenta gran relevancia en acuerdos que parecen perseguir fijaciones de precios, asignaciones de mercados o clientes, o limitaciones de la producción o la innovación. Para que tal objetivo justifique el análisis de los efectos del acuerdo sobre la competencia —y para que, por tanto, la evaluación *antitrust* no se quede en su objeto— es preciso que las partes presenten «todos los hechos y pruebas que demuestren que el acuerdo persigue realmente dicho objetivo y no se utiliza para encubrir una restricción de la competencia por el objeto» (apartado 560 PDAH). Además, será necesario que, una vez probados, dichos efectos favorables a la competencia sean suficientemente importantes, de forma que permitan albergar dudas razonables sobre el carácter suficientemente nocivo para la competencia del acuerdo y, por lo tanto, de su objeto contrario a la competencia (*cf.*: STJUE de 30 de enero de 2020, *Generics UK* y otros, C-307/18, EU:C:2020:52, apartado 107).

44. Como exponente típico o ejemplo de estos criterios generales, la PDAH estudia específicamente la incidencia de los *acuerdos de estandarización de la sostenibilidad* en su evaluación según

⁶⁷ De acuerdo con la mismas, especialmente según la STJUE de 11 de septiembre de 2014 (as. C-67/13, *Groupement des cartes bancaires*), «para apreciar si un acuerdo entre empresas o una decisión de asociación de empresas tiene un grado de nocividad suficiente para ser considerado una restricción de la competencia por el objeto, debe atenderse al contenido de sus disposiciones, a los objetivos que pretende alcanzar y al contexto económico y jurídico en el que se inscribe. Al apreciar dicho contexto, se debe considerar también la naturaleza de los bienes o de los servicios afectados, así como las condiciones reales del funcionamiento y de la estructura del mercado o mercados pertinentes. Además, si bien la intención de las partes no constituye un factor necesario para determinar el carácter restrictivo de un acuerdo entre empresas, nada impide que las autoridades de la competencia o los tribunales nacionales y de la Unión la tengan en cuenta». La calificación de «restricción por el objeto» debe realizarse, sin embargo, de forma restrictiva, pudiendo solo «aplicarse a ciertos tipos de coordinación entre empresas que revelen un grado de nocividad para la competencia suficiente para que se pueda considerar innecesario el examen de sus efectos» (STJUE de 2 de abril de 2020 (as. C-228/18, *Budapest Bank*). Existe más jurisprudencia reiterada al respecto, tanto del TJUE (Sentencia de 13 diciembre 2012 del TJUE, asunto C-226/11, *Expedia Inc.* contra *Autorité de la concurrence* y otros y STJUE de 20 de noviembre de 2008, Asunto C-209/07, *Carne de Vacuno*) como de nuestros tribunales, tanto TS como AN (Sentencia de la AN de 8 de marzo de 2013, dictada en el ámbito del Expte. S/0091/08 *Vinos finos de Jerez*). Esta doctrina es recogida ampliamente por la CNMC o CNC; entre otras, Resoluciones de 1 de octubre de 2019, Exp. S/DC/0612/17 *Montaje y mantenimiento industrial*, 31 de enero de 2010, Expte. S/0084/08 *Fabricantes de Gel*; de 12 de enero de 2102, Expte. S/0179/09, *Hormigón* y productos relacionados y de 2 de agosto de 2012, Expte. S/0287/10, *Postensado y Geotecnia* y Resoluciones de la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC de 22 de septiembre de 2014, Expte. S/0428/12 *Palés*; de 5 de marzo de 2015, Exptes. S/0489/13 *Concesionarios OPEL*, S/0486/13, *Concesionarios Toyota*, S/0488/1313, *Concesionarios Hyundai* y S/0487/13 *Concesionarios Land Rover* y de 28 de mayo de 2015, Expte S/0471/13, *Concesionarios Audi/Seat/VW*; de 3 de diciembre de 2015 de Expte. S/0481/13, *Construcciones modulares*; de 7 de abril de 2016, Expte. S/0503/14, *Fabricantes de Turrón*; de 26 de mayo de 2016, Expte. S/DC/0504/14 AIO y de 9 de marzo de 2017, Expte. S/DC/0512/14, *Transporte Balear de Viajeros*.

⁶⁸ *Vid.* Sentencias del Tribunal de Justicia de 11 de septiembre de 2014 (CB/Comisión, C-67/13 P, EU:C:2014:2204, apartado 53) y de 14 de marzo de 2013 (*Allianz Hungaria Biztosító* y otros, EU:C:2013:160, apartado 36 y jurisprudencia ahí citada).

el artículo 101.1 TFUE, deteniéndose en las siguientes tres cuestiones: su delimitación conceptual, los principales problemas de competencia y los criterios de evaluación *antitrust*:

45. La delimitación de estas conductas presenta gran amplitud, al ser proclive de ser realizadas en cualquier fase empresarial, desde la fabricación de productos hasta su comercialización minorista. Se trata de acuerdos cuyo objeto es fomentar el desarrollo sostenible mediante el compromiso de llevar a cabo acciones que sigan directrices o normas que incorporen determinados estándares de sostenibilidad. La PDAH apunta algunos ejemplos de objetivos incluibles en estos acuerdos, entre los que destacan los siguientes: a) la eliminación gradual, la retirada o, en algunos casos, la sustitución de productos —por ejemplo, combustibles fósiles como el petróleo y el carbón, plásticos— y procesos —por ejemplo, la combustión en antorcha— no sostenibles por otros sostenibles; b) la armonización de los materiales de envasado para facilitar el reciclado o de los tamaños de los envases —y, por tanto, el contenido de los productos— para reducir los residuos; c) la compra de insumos de producción solo si los productos comprados se fabrican de manera sostenible; d) la fijación de condiciones que mejoren el bienestar animal —por ejemplo, estándares acordados para proporcionar más espacio a los animales—.

46. Los acuerdos de estandarización de la sostenibilidad presentan diferencias respecto a los denominados «acuerdos de sostenibilidad» —tratados en el capítulo 7 de la PDAH⁶⁹—. Por contraste con estos, los acuerdos de estandarización sostenible presentan las siguientes características —apartados 564-567 de la PDAH—: a) la adopción de un estándar de sostenibilidad a menudo puede dar lugar al establecimiento de una etiqueta, logotipo o marca ecológicos para los productos que cumplan determinados requisitos mínimos, cuyo uso obligaría, en principio, a aquellos que los adoptan a cumplir el estándar, pudiendo utilizar la etiqueta, el logotipo o la marca siempre que cumplan las condiciones de sostenibilidad, y perdiendo el uso de estos cuando dejen de cumplir estos requisitos; b) el coste de atenerse a un estándar de sostenibilidad y cumplirlo puede ser elevado, especialmente si se exige que los cambios en los procesos de producción o comercio existentes cumplan dicho estándar; c) a diferencia de los estándares técnicos, que garantizan la interoperabilidad y fomentan la competencia entre tecnologías de diferentes empresas en el proceso de desarrollo de estándares, las cuestiones de interoperabilidad y compatibilidad entre tecnologías son, por lo general, irrelevantes para los estándares de sostenibilidad; y d) muchos estándares de sostenibilidad se basan en el proceso, la gestión o el rendimiento, lo que significa que, a diferencia de muchos estándares técnicos, los estándares de sostenibilidad prescriben a menudo un objetivo que debe alcanzarse sin imponer tecnologías o métodos de producción específicos.

47. Sin perjuicio de sus potenciales efectos beneficiosos⁷⁰, los acuerdos de estandarización de la sostenibilidad pueden presentar *problemas de competencia* de tres formas principales: mediante la coordinación de precios o a través de la exclusión de estándares alternativos o, incluso, de la eliminación o discriminación de determinados competidores (apartado 569 de la PDAH). Los criterios de evaluación *antitrust* deben partir de las «líneas rojas» que imponen las restricciones por el objeto, por virtud de las que se considera ilícita *per se* cualquier fijación de precios, asignación de mercados o clientes, limitaciones de la producción o limitaciones de la calidad o la innovación. Ejemplos claros serían el acuerdo entre competidores sobre cómo traducir el aumento de los costes resultante de la adopción de un estándar de sostenibilidad en un aumento de los precios de venta hacia sus clientes, o el acuerdo entre las partes del estándar de sostenibilidad para presionar a terceros para que se abstengan de comercializar

⁶⁹ A diferencia de la estandarización sostenible, «el objetivo primordial de los acuerdos de estandarización es definir los requisitos técnicos o cualitativos que deben satisfacer los productos, los procesos de fabricación, los procesos de diligencia debida de la cadena de valor, los servicios o los métodos actuales y futuros» (apartado 462 PDAH).

⁷⁰ Entre los que destacan los siguientes: «contribuyen a un desarrollo sostenible y, por tanto, pueden permitir el desarrollo de nuevos productos o mercados, aumentar la calidad de los productos o mejorar las condiciones de suministro o distribución. En particular, al proporcionar información sobre cuestiones de sostenibilidad (por ejemplo, a través de etiquetas), los estándares de sostenibilidad capacitan a los consumidores para tomar decisiones de compra con conocimiento de causa y, por tanto, desempeñan un papel en el desarrollo de mercados de productos sostenibles. Por último, los estándares de sostenibilidad también pueden igualar las condiciones entre los productores que están sujetos a requisitos reglamentarios diferentes» (apartado 568 de la PDAH).

productos que no cumplan dicho estándar (*cf.* apartado 571 de la PDAH). Resulta clave que el acuerdo no imponga restricciones de competencia adicionales a las estrictamente necesarias para la consecución del objetivo de sostenibilidad, dificultando innecesariamente el acceso al mercado de referencia.

48. La consideración de que el acuerdo persigue realmente un objetivo de sostenibilidad lo aleja de la ilicitud por el objeto, derivándolo a la evaluación de sus efectos sobre el mercado⁷¹. En este escenario la PDAH propone una «salvaguardia regulatoria blanda» que puede tener una incidencia muy positiva en su evaluación *antitrust*. Se trata de que el acuerdo incluya las siguientes condiciones cumulativamente: a) que el procedimiento para desarrollar el estándar de sostenibilidad sea transparente y todos los competidores interesados puedan participar en el proceso que conduce a la selección del mismo; b) que el estándar de sostenibilidad no imponga a las empresas que no deseen participar en él la obligación, directa o indirecta, de cumplirlo; c) que las empresas participantes sigan teniendo libertad para adoptar por sí mismas un estándar de sostenibilidad más elevado que el acordado con las demás partes del acuerdo —por ejemplo, pueden decidir utilizar en su producto final ingredientes más sostenibles de lo que el estándar puede exigir—; d) que las partes del estándar de sostenibilidad no intercambien información comercial confidencial que no sea necesaria para el desarrollo, la adopción o la modificación del estándar; e) que se garantice un acceso efectivo y no discriminatorio al resultado del procedimiento de estandarización, lo que debe incluir un acceso efectivo y no discriminatorio a los requisitos y las condiciones para la obtención de la etiqueta acordada o para la adopción del estándar en una fase posterior por parte de las empresas que no hayan participado en el proceso de desarrollo de estándares; f) que el estándar de sostenibilidad no dé lugar a un aumento significativo del precio ni a una reducción importante de la elección de productos disponibles en el mercado; y g) que exista un mecanismo o un sistema de seguimiento para garantizar que las empresas que adoptan el estándar de sostenibilidad cumplen efectivamente los requisitos de este⁷². *A sensu contrario*, y aunque la PDAH dispone que el incumplimiento de una o varias de estas condiciones no crea una presunción de que el acuerdo restringe la competencia en el sentido del artículo 101.1 TFUE, resulta inevitable que tendría una incidencia muy negativa en su análisis *antitrust*.

⁷¹ Este hecho aumenta la importancia de un análisis económico, como es puesto de manifiesto a lo largo del Informe de Roman Iderst titulado «Incorporating Sustainability into an Effects-Analysis of Horizontal Agreements», incorporado como informe de experto en el procedimiento de tramitación de la PDAH (puede consultarse en la siguiente *url*: https://ec.europa.eu/competition-policy/system/files/2022-03/kd0722074enn_HBER_sustainability.pdf).

⁷² El apartado 617 de la PDAH propone el siguiente ejemplo de acuerdo que se beneficia de la salvaguardia regulatoria blanda: los cereales para el desayuno se venden en atractivas cajas de cartón de colores. A lo largo de los años, el tamaño de estas cajas ha ido aumentando, no porque el contenido sea mayor, sino simplemente para hacerlas más atractivas y sugerentes para los consumidores. Se trata de una estrategia de comercialización rentable, ya que los consumidores suelen comprar los cereales para el desayuno de forma espontánea, y el mayor tamaño da la impresión de ser la mejor compra. Dado que todos los productores han seguido esta estrategia, esta no ha tenido un efecto significativo en sus cuotas de mercado. Sin embargo, ha dado lugar a un exceso de alrededor del 15 % en el material de envasado utilizado para sus productos. Prevent Waste, una organización no gubernamental, ha criticado la estrategia de «caja vacía» de los productores de cereales para el desayuno por considerarla un despilfarro y perjudicial para el medio ambiente, al utilizar más recursos naturales de los necesarios para una producción y distribución eficientes de estos productos. En respuesta, los productores de cereales para el desayuno, unidos en su organización comercial, han aceptado limitar el exceso de envasado de sus productos. Han acordado colectivamente limitar el exceso a un máximo del 3 % para garantizar que las cajas de cereales sigan siendo fáciles de utilizar, y han hecho pública su decisión. Los productores han aplicado el acuerdo desde principios de año y este cubre el 100 % del mercado. Como consecuencia de ello, los costes de envasado, que representan el 6 % del precio al por mayor, han disminuido en torno a un 10%. Esto ha dado lugar a una disminución de alrededor del 0,5 % del precio al por mayor de los cereales para el desayuno y de un 0-0,5 % del precio al por menor. El análisis realizado en la PDAH es el siguiente: los competidores acuerdan un elemento que afecta al precio del producto, pero lo hacen de manera transparente, permitiendo a todos adoptar el enfoque sin imponer la obligación de hacerlo. No hay intercambio de información sensible y el cumplimiento de la decisión es fácil de controlar. Además, los productores de cereales siguen siendo libres de seguir reduciendo sus envases si así lo desean. Asimismo, el acuerdo de limitar el exceso de envasado tiene un efecto muy reducido e incluso a la baja sobre el precio de los cereales para el desayuno, no afecta a la competencia entre los productores de cereales en los principales parámetros de precio, calidad e innovación, y solo afecta de forma muy limitada a la competencia en la comercialización (habida cuenta del impacto aparentemente limitado de la estrategia de sobredimensionamiento de las cajas). Por lo tanto, el acuerdo cumple las condiciones de la salvaguardia regulatoria y, de este modo, no entra en el ámbito de aplicación del artículo 101, apartado 1. De hecho, el acuerdo mejora los resultados para los consumidores, al eliminar las costosas estrategias de exceso de envasado que tienen poco impacto en la competencia.

49. Junto a la importancia de esta «salvaguardia regulatoria blanda» deberá atenderse también a la amplitud de los efectos del acuerdo en el mercado relevante. Así, estando plenamente vigentes los criterios *de minimis* (2014/C 291/01), debe tenerse en cuenta la «cobertura de mercado de los productos que incorporan el estándar» (*cf.*: apartado 575 de la PDAH), de forma que la licitud *antitrust* del acuerdo se basaría en el mantenimiento de la misma libertad de oferentes y demandantes de productos en el mercado de referencia. Por ejemplo, la utilización de una etiqueta o logo como consecuencia de un comportamiento sostenible —de producción o comercialización— puede mantener incólume el derecho a la libertad de empresa y libre competencia de las demás empresas y de los consumidores⁷³. En caso contrario, cuando el acuerdo de sostenibilidad no tienda a restringir la competencia —por ejemplo, mediante la fijación de precios—, pero restrinja la competencia por implicar necesariamente una elevación de costes, deberá decidirse su licitud/ilicitud *antitrust* con base en los criterios del artículo 101.3 TFUE, de acuerdo con los criterios explicados en los siguientes apartados.

D) Evaluación de los acuerdos de sostenibilidad con arreglo los artículos 101.3 del TFUE y 53.3 del Acuerdo EEE

50. Recuérdesse que el vigente Derecho europeo de la Competencia se inspira desde principios del S. XX en un sistema de excepción legal, que implica que cualquier empresa que realice conductas prohibidas por el artículo 101.1 TFUE puedan realizarlas sin necesidad de autorización individual cuando cumplan determinados presupuestos. El artículo 1.2 del Reglamento (CE) 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia europeas supuso un cambio muy relevante, al suprimir las antiguas autorizaciones singulares⁷⁴ y establecer que «los acuerdos, decisiones y prácticas concertadas contemplados en el apartado 1 del artículo 81 del Tratado (hoy 101.3 TFUE) que reúnan las condiciones del apartado 3 de dicho artículo no están prohibidos, sin que

⁷³ La PDAH propone en su apartado 618 el siguiente ejemplo de acuerdo que no tiene efectos apreciables sobre la competencia: *Fair Tropical Fruits*, una organización no gubernamental, junto con una serie de comerciantes de fruta, han creado una etiqueta para las frutas tropicales de comercio justo (la etiqueta «FTF»). Para poder utilizar la etiqueta, las empresas que comercian con frutas tropicales deben garantizar que las frutas en cuestión proceden de explotaciones en las que se respetan determinadas condiciones mínimas para el uso seguro de los plaguicidas. Estas empresas siguen teniendo libertad para comercializar también frutas con otras etiquetas. *Fair Tropical Fruits* ha establecido un sistema de seguimiento para certificar que los productos vendidos con la etiqueta FTF cumplen las condiciones mínimas. Las condiciones de participación, la metodología y los resultados del sistema de seguimiento están disponibles en el sitio web de *Fair Tropical Fruits*. Las frutas vendidas con la etiqueta FTF son más caras que otras frutas tropicales comercializadas. La etiqueta FTF se ha introducido en toda la Unión Europea y una serie de grandes comerciantes la utilizan y han firmado el acuerdo para respetar las condiciones mínimas de la etiqueta. La etiqueta se ha hecho popular rápidamente entre algunos consumidores. Dependiendo del tipo de fruta tropical y del mercado geográfico afectado, las cuotas de mercado de las frutas vendidas en la UE con la etiqueta oscilan ahora entre el 2,6 % para las piñas y el 14,7 % para los mangos. El resto del mercado lo suministran los mismos comerciantes, que operan al margen de la etiqueta, y otros comerciantes que no forman parte del acuerdo. En análisis propuesto por la PDAH es el siguiente: el precio más elevado de las frutas vendidas con la etiqueta FTF puede requerir la evaluación de los efectos del acuerdo. Sin embargo, habida cuenta de las modestas cuotas de mercado de los productos objeto del acuerdo en los distintos mercados de la Unión Europea, de las importantes cuotas de mercado de otras etiquetas y de los productos convencionales y de la competencia de los mismos, del hecho de que la participación en la etiqueta FTF sea voluntaria y no exclusiva y de que la licencia de uso de la etiqueta solo dependa del cumplimiento de determinadas condiciones mínimas, es poco probable que los acuerdos de establecimiento y concesión de licencias de la etiqueta produzcan efectos negativos apreciables. Por lo tanto, los acuerdos no entran en el ámbito de aplicación del artículo 101, apartado 1. En efecto, los acuerdos pueden ampliar las posibilidades de elección de los consumidores, permitiéndoles identificar productos que presentan características de «comercio justo».

⁷⁴ En el ámbito de la legislación comunitaria las autorizaciones individuales estaban reguladas en el Reglamento número 17 del Consejo. El procedimiento de autorización se iniciaba mediante notificación de los interesados a la Comisión. La decisión mediante la que la Comisión autorice una determinada conducta debía indicar la fecha desde la que surte efecto —que no podrá ser anterior a la notificación— y el periodo de tiempo para el que se otorgaba (*cf.*: artículos 6 y 8 Reglamento n° 17). La decisión podía conllevar condiciones y cargas, así como podía ser revocada o modificada. Las decisiones eran publicadas por la Comisión e incluían una mención de las partes interesadas y de sus elementos esenciales. Asimismo, debía tenerse en cuenta el legítimo interés de las empresas en cuanto no se divulguen sus secretos comerciales (artículo 21 del Reglamento n° 17). No obstante, el procedimiento podía simplificarse, pues podía considerarse el envío de una carta provisional, una vez cumplido el trámite de la publicación.

sea necesaria decisión previa alguna a tal efecto». De acuerdo con este sistema, y con carácter general, es posible que las restricciones de competencia derivadas de acuerdos de sostenibilidad se consideren válidas si se comprueba el cumplimiento acumulativo de dos clases de presupuestos, unos de carácter positivo y otros negativos (artículos 101.3 del TFUE y 53.3 del Acuerdo EEE)⁷⁵. Desde un punto de vista positivo, las conductas autorizables deberán contribuir a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, reservando al mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante —son las conocidas como «mejoras de eficiencia»—. En sentido negativo, las conductas autorizables no podrán en ningún caso implicar alguna de las siguientes situaciones: a) imposición a las empresas interesadas restricciones de competencia que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos —como, por ejemplo, mejorar la producción, la distribución o la calidad del producto—; y b) posibilidad a dichas empresas de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate. La PDAH concreta estos presupuestos en relación con los acuerdos de sostenibilidad, explicando las particularidades más reseñables.

51. En relación con las *mejoras de eficiencia*, diversos apartados de la PDAH (577 y 48-72) insisten en que el acuerdo debe contribuir a generar «no solo las reducciones de los costes de producción y distribución, sino también los aumentos de la variedad y la calidad de los productos, las mejoras en los procesos de producción o distribución y el aumento de la innovación», intentando así evitar prácticas de «lavado verde» (*greenwashing*), en las que se crea solo una imagen ilusoria de beneficio ecológico. Las mejoras deberán ser objetivas⁷⁶, concretas y verificables, quedando pendientes de la debida justificación por parte de las partes del acuerdo, que podrían utilizar estudios existentes realizados por instituciones de conocimiento, gobierno, agencias, organizaciones internacionales u ONG influyentes⁷⁷. Entre las manifestaciones más destacables de estas mejoras destacan las siguientes —apartado 578 de la PDAH—: a) el uso de tecnologías de producción o distribución más limpias; b) la reducción de la contaminación; c) la mejora de las condiciones de producción y distribución; d) el aumento de la resiliencia de las infraestructuras o cadenas de suministro; e) la mejora de la calidad de los productos; f) la reducción del tiempo necesario para introducir productos sostenibles en el mercado; g) la ayuda a la mejora de las posibilidades de elección de los consumidores al facilitar la comparación de los productos.

52. El *carácter indispensable de la restricción* significa que la eficiencia generada por la restricción de competencia no puede ser alcanzada de otro modo. La PDAH hace referencia a este requisito de la exención antes del necesario beneficio para los usuarios, básicamente porque «el análisis de la participación equitativa de los consumidores no debe incluir los efectos de ninguna restricción que no cumpla la condición de carácter de indispensable y que, por tanto, esté prohibida por el artículo 101». La carga de la prueba de tal carácter corresponde a las partes del acuerdo, que «deben demostrar que su acuerdo como tal, así como cada una de las restricciones de la competencia que implica, son razonablemente necesarios para que se materialicen los beneficios en materia de sostenibilidad alegados y que no existen otros medios económicamente viables y menos restrictivos para alcanzarlos»⁷⁸. Particularmente interesantes son las manifestaciones del carácter indispensable de los acuerdos de sostenibilidad concretadas en la rentabilidad y en la creación de economías de escala. Al respecto, los acuerdos pueden ser indispensables para que el objetivo de sostenibilidad sea alcanzado de forma más rentable; se trata de fomentar la cooperación que minimice los costes de la sostenibilidad, pues sin el acuerdo ninguna empresa podría, por razones económicas, realizar los cambios necesarios en su producción o distribución

⁷⁵ Sobre esta cuestión recomendamos F. DIEZ ESTELLA y A. GUERRA FERNÁNDEZ, «Artículo 1», en AA.VV., *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia* (Dir. J. MASSAGUER FUENTES, J.M. SALA ARQUER, J. FOLGUERA CRESPO y A. GUTIÉRREZ), Sexta edición, Thomson Reuters, 2020, pp. 236-248.

⁷⁶ En el mismo sentido, el segundo borrador de Directrices de la Autoridad Holandesa de Competencia sobre los acuerdos de sostenibilidad (2021) señala que solo se tendrán en cuenta los beneficios de sostenibilidad objetivos, no los beneficios que sean únicamente basado en las opiniones subjetivas de las partes involucradas.

⁷⁷ A estos medios de prueba se refiere el segundo borrador de Directrices de la Autoridad Holandesa de Competencia sobre los acuerdos de sostenibilidad (2021), apartado 35.

⁷⁸ Apartados 581 y 73-82 de la PDAH.

que redunden en un resultado más sostenible. Asimismo, es posible que sean necesarias determinadas restricciones que permitan conseguir «una escala suficiente para cubrir los costes fijos de la creación, el funcionamiento y el seguimiento de una etiqueta», como, por ejemplo, la abstención de competencia al margen de tal etiqueta.

53. El acuerdo de sostenibilidad debe 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»⁷⁹. Las partes del acuerdo deberán probar al menos alguno de los siguientes beneficios para los usuarios, entendidos en sentido amplio —mayoristas, los minoristas y los consumidores finales—:

54. En primer lugar, pueden generarse beneficios del consumo o del uso de los propios productos cubiertos por el acuerdo evaluado, y ello en diversos sentidos. Por una parte, puede mejorarse la calidad de los mismos, redundando directamente en el beneficio del usuario; por ejemplo «las hortalizas cultivadas con la ayuda de fertilizantes orgánicos pueden tener un mejor sabor o ser más sanas para los consumidores que aquellas producidas con fertilizantes no orgánicos»⁸⁰. Además, puede mejorarse la propia calidad del producto, aumentando sus propiedades o longevidad. Cuando el usuario no es consumidor final también puede beneficiarse de acuerdos de sostenibilidad, en casos en que repercutan en una reducción de costes de producción o logísticos⁸¹. En todos estos casos, la clave de la exención se fundamenta en que «los beneficios son lo suficientemente significativos como para compensar el perjuicio causado por el aumento de los precios o la reducción de la elección»⁸², lo que es posible que genere, además, «externalidades positivas», como la reducción de la contaminación o la lucha contra los efectos negativos del efecto invernadero.

55. En segundo lugar, pueden generarse beneficios individuales del valor de no uso, al apreciarse por parte de los usuarios el impacto negativo que tienen productos no sostenibles⁸³. En este caso el beneficio indirecto debe compensar al consumidor el sobreprecio del producto en aras de la preservación del medio ambiente. Ciertamente, esta manifestación negativa de la participación equitativa de los usuarios en los beneficios del acuerdo restrictivo de sostenibilidad es más difícilmente acreditable, al existir diferencias entre sus preferencias teóricas y su comportamiento real de compra. Por ello, se requiere que las partes de un acuerdo aporten «pruebas sólidas que demuestren las preferencias reales de los consumidores»⁸⁴.

56. En tercer lugar, los beneficios colectivos podrían tener también incidencia en la autorización de restricciones de competencia derivadas de acuerdos de sostenibilidad, siempre que sean significativos en el mercado del producto o en uno al que se encuentre vinculado⁸⁵. Las mejoras colectivas solo son

⁷⁹ Apartado 588 de la PDAH y sentencia del Tribunal de Justicia de 23 de noviembre de 2006, ASNEF-EQUIFAX, C-238/05, EU:C:2006:734, apartado 72.

⁸⁰ Apartado 591 de la PDAH.

⁸¹ A esta realidad hace referencia el apartado 593 de la PDAH, cuando se refiere a que «los acuerdos destinados a reducir los envases también pueden reducir los costes de producción y distribución y, en última instancia, el precio del producto».

⁸² Apartado 591 de la PDAH.

⁸³ La PDAH hace referencia a algunos ejemplos: los consumidores pueden optar por un líquido de limpieza concreto no porque limpie mejor, sino porque contamine menos el agua. Del mismo modo, los consumidores pueden estar dispuestos a pagar un precio más elevado por un mueble fabricado a partir de madera cultivada y cosechada de forma sostenible no por la mejor calidad del mueble, sino porque quieren detener la deforestación y la pérdida de hábitats naturales. En la misma línea, los conductores pueden optar por utilizar un combustible más caro no porque sea de mayor calidad y mejor para sus vehículos, sino porque contamine menos (apartado 595 de la PDAH).

⁸⁴ Apartado 599 de la PDAH. Al respecto, dicho apartado expone, citando la Sentencia del Tribunal de Justicia de 23 de noviembre de 2006, ASNEF-EQUIFAX, C-238/05, EU:C:2006:734, apartado 72, que no es necesario que se evalúe la disposición de todos y cada uno de los consumidores del mercado de referencia, bastando que la evaluación se base en una fracción representativa de todos los consumidores del mercado de referencia.

⁸⁵ Así, según el apartado 602 de la PDAH, aunque el equilibrio entre los efectos negativos y los beneficios resultantes de los acuerdos restrictivos se realiza normalmente en el mercado de referencia al que se refiere el acuerdo, cuando dos mercados

auténticas cuando la sostenibilidad es la regla general en un mercado; así, por ejemplo, «si solo dos de cada diez fabricantes de lavadoras aceptan renunciar a las variantes más contaminantes, es poco probable que el acuerdo impida el parasitismo y, por tanto, que reduzca suficientemente la contaminación, ya que los consumidores interesados podrán seguir comprando las variantes contaminantes a uno o varios de los proveedores restantes»⁸⁶. La incidencia de esta clase de beneficios queda supeditada a que las partes realicen las siguientes acciones⁸⁷: a) describan claramente los beneficios alegados y aportar pruebas de que ya se han producido o que es probable que se produzcan; b) definan claramente a los beneficiarios; c) demuestren que los consumidores del mercado de referencia se solapan sustancialmente con los beneficiarios o forman parte de ellos; y d) demuestren qué parte de los beneficios colectivos que se producen o que es probable que se produzcan fuera del mercado de referencia recae en los consumidores del producto de dicho mercado. Para la acreditación del beneficio colectivo derivado de acuerdos de sostenibilidad podrán utilizarse pruebas basadas en informes de las autoridades públicas o en informes elaborados por organizaciones académicas reconocidas⁸⁸.

57. Un ejemplo de ausencia de este beneficio colectivo se produjo en Holanda, en relación con un acuerdo entre los miembros de una asociación que representaba a la industria energética holandesa y determinados productores de electricidad con el objeto de cerrar cinco centrales eléctricas de carbón. La Autoridad Holandesa de Competencia (ACM) observó que, a pesar del beneficio ambiental derivado de tal acuerdo, las plantas de carbón representaban aproximadamente el 10% de la capacidad de producción disponible en los Países Bajos y que, si fueran cerradas, la demanda tendría que ser atendida en su lugar por electricidad más costosa de producir, implicando una elevación de los precios de la electricidad. La ACM analizó si los beneficios ambientales derivados del acuerdo eran lo suficientemente sustanciales como para compensar el aumento de precios para los consumidores, concluyendo que no era el caso, considerando el acuerdo como infracción de las normas de competencia holandesas.

58. Sin embargo, sobre este tercer presupuesto de participación de los usuarios resulta interesante plantear que en ocasiones podría obviarse o relajarse —como propone precisamente la ACM⁸⁹—, principalmente cuando el acuerdo reduzca el daño ambiental y ayude, de manera eficiente, a cumplir con una norma internacional o estándar nacional, o ayude a lograr un objetivo político concreto (prevenir daño ambiental). En cualquier caso, se trata de una cuestión controvertida que admite muchos matices y que deberá ser confirmada en la *praxis*, dada la gran implicación del interés del consumidor en la interpretación y aplicación de las normas de competencia,

59. Junto a las mejoras de eficiencia, el carácter indispensable de la restricción y la participación equitativa de los consumidores en los beneficios se requiere que el acuerdo de sostenibilidad *no permita a las empresas la posibilidad de eliminar la competencia* respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate. Se trata, en suma, de mantener activos ciertos elementos de competencia en el mercado afectado, de forma que las restricciones de competencia no sean tan amplias que eliminen la misma de forma absoluta. Así, la uniformización de estándares de calidad, que puede afectar a los niveles de producción, debe dejar elementos de competencia para los operadores, como puede ser el precio. Tan solo permite la PDAH eliminaciones temporales de la competencia, al prever, por ejemplo, de acuerdos entre competidores para limitar temporalmente la producción de una variante de un producto que contenga un ingrediente no sostenible, con el fin de introducir en el mercado un sustituto sostenible, destinado a sensibilizar a los consumidores sobre las propiedades del nuevo producto⁹⁰.

estén vinculados, se podrán tener en cuenta las eficiencias obtenidas en mercados independientes, siempre que el grupo de consumidores afectados por la restricción y que se benefician de las mejoras de eficiencia sea sustancialmente el mismo.

⁸⁶ Vid. apartado 605 de la PDAH.

⁸⁷ *Ibidem*, apartado 606.

⁸⁸ *Ibidem*, apartado 607.

⁸⁹ Apartado 45 de su segundo borrador de Directrices sobre los acuerdos de sostenibilidad (2021).

⁹⁰ Vid. apartado 614 de la PDAH.

VI. Conclusiones

60. El interés por un desarrollo sostenible para el planeta está cada vez más arraigado en numerosos sectores del Derecho, configurándose en algunos casos como objetivo prioritario. Son numerosas las medidas que se están impulsando a todos los niveles, erigiendo a la sostenibilidad como bien jurídico transversal que incide directamente en organizaciones, negocios jurídicos y comportamientos concurrenciales de empresas. El Derecho de la Unión Europea no es una excepción, integrando el fomento de un desarrollo sostenible en la definición y realización de sus distintas políticas y acciones.

61. El Derecho de la Competencia es uno de los sectores afectados por la integración jurídica de la sostenibilidad, al ser responsable del mantenimiento de un nivel suficiente de competencia entre conductas que son proclives a tener incidencia en el medio ambiente. El fomento de acuerdos de cooperación —o, incluso, de operaciones de concentración— entre empresas que tengan un componente ecológico y la autorización de ayudas públicas a conductas sostenibles coadyuva decisivamente a la consecución de objetivos medioambientales. Esta realidad ha sido detectada e impulsada por la Unión Europea, que, especialmente desde el conocido «Pacto Verde» o *Green Deal*, está decidida a que la aplicación de su política de competencia permita también contribuir al desarrollo sostenible.

62. La inclusión de la sostenibilidad en el ámbito europeo del control *antitrust* de las conductas concurrenciales se ha realizado de diversas formas, encontrándose aún en expansión. Por un lado, mediante su consideración teórica como criterio de exención o, al menos, de interpretación de los presupuestos de autorización individual —*ex arts.* 101.3 del TFUE y 53.1 del Acuerdo EEE— en diferentes normas o directrices del Derecho de la Competencia, tanto en el ámbito de las relaciones verticales como de acuerdos, decisiones y prácticas concertadas de empresas vinculadas con la producción o el comercio de productos agrarios; en este sentido, destacan las recientes Directrices sobre el nuevo Reglamento de acuerdos verticales —de 10 de mayo de 2022— o la inclusión —el 2 de diciembre de 2021— del artículo 210 *bis* en el Reglamento (UE) 1308/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de diciembre de 2013, que autoriza determinadas iniciativas verticales y horizontales en favor de la sostenibilidad. Aunque la intensidad de la inclusión de objetivos sostenibles es diferente en estos dos ámbitos, resulta innegable su incorporación expresa para la evaluación *antitrust*. Por otro lado, la sostenibilidad ha sido considerada en la *praxis* por la Comisión Europea como elemento para la evaluación *antitrust* de determinados acuerdos, llegando a sancionar conductas concertadas que evitaban aplicar soluciones más sostenibles y que, por tanto, restringían la competencia limitando el desarrollo técnico.

63. Junto a esta realidad la Unión Europea proyecta incluir también la sostenibilidad como criterio general para la evaluación *antitrust* de los acuerdos horizontales o de cooperación, a través de su previsión en el proyectado *soft law*. Aunque existen precedentes en directrices anteriores, la inclusión de los «acuerdos de sostenibilidad» en la Propuesta de 2022 (PDAH) —previsiblemente en vigor desde 2023— es la más explícita y pretenciosa realizada hasta la fecha y pone de manifiesto su relevancia actual, así como la confirmación de la inclusión definitiva de la sostenibilidad como criterio a tener en cuenta en la evaluación *antitrust* de todo acuerdo de cooperación horizontal. A diferencia de las recientes norma y directrices sobre acuerdos verticales —y más cercana a la línea de la inclusión del artículo 210 *bis* en el ROCM—, la PDAH prevé la incidencia de la sostenibilidad tanto en la interpretación del apartado 1 como del 3 de los artículos 101.1 del TFUE y 53 del Acuerdo EEE —desarrollando exhaustivamente su interpretación en su capítulo 9 y aportando ejemplos de conductas prohibidas y autorizadas desde el prisma de la sostenibilidad— como considerándola criterio relevante para la aplicación del Derecho europeo de la Competencia, como es el caso, por ejemplo, de las implicaciones que presentan los objetivos de desarrollo sostenible en la dicotomía entre infracciones por el objeto y por los efectos —en el ámbito de los artículos 101.1 del TFUE y 53.1 del Acuerdo EEE—.