

COMPETITION POLICY SUPPORTING THE GREEN DEAL

CALL FOR CONTRIBUTIONS

- La sostenibilidad (no solo medioambiental, sino también económica y social) es un objetivo prioritario en la agenda pública para los próximos años y exige **compromiso y adaptación de todas las políticas públicas, incluida la de competencia**.
- **La CNMC ya ha incorporado los ODS como uno de los ejes prioritarios de actuación** y pretende incorporarlos al próximo Plan Estratégico para que vertebrén todas sus actuaciones, estableciendo indicadores para ello.
- **La política de competencia tiene su mayor valor añadido en su carácter objetivo y especializado** en la eficiencia económica y el beneficio de los consumidores. No pondera intereses de diferentes grupos sociales, sino beneficios y perjuicios objetivos y, preferiblemente, medibles. Los criterios de análisis sustantivo de las decisiones de las Autoridades de competencia están sujetos a lo que marcan las leyes y a revisión por los tribunales.
- **La contribución de la política de competencia a los objetivos de sostenibilidad debe ser responsable y partir de sus límites y posibilidades**, y no crear expectativas infundadas. Por ejemplo, es más abordable reorientar las prioridades de trabajo de las Autoridades hacia proyectos favorecedores de los ODS que modificar los criterios de análisis sustantivo de sus decisiones de competencia.
- **La integración de los objetivos de sostenibilidad en el análisis sustantivo de las decisiones de competencia plantea cuestiones complejas de resolver**, como la medición de las eficiencias o la ponderación de costes y beneficios. Existe un **riesgo de que aparezcan interpretaciones divergentes** entre los diferentes agentes encargados de aplicar la política de competencia. **Es fundamental un papel activo de la CE mediante la elaboración de directrices (y Reglamentos de exención, en su caso)**, para incrementar la coherencia de la política de competencia, dar mayor certidumbre a los operadores económicos y evitar una fragmentación del mercado interior consecuencia de actuaciones divergentes de los Estados miembros.
- **Los objetivos de sostenibilidad no deben socavar la competencia efectiva en la UE**. Debe existir un control riguroso de las ayudas estatales para evitar que las diferentes capacidades de los Estados miembros para instrumentar ayudas públicas fragmenten el mercado interior. Los objetivos de sostenibilidad no deben servir, en ningún caso, para blanquear cárteles o autorizar concentraciones exclusivamente sobre la base de eficiencias medioambientales.
- Existen mecanismos para **modular excepcionalmente la aplicación sustantiva de la política de competencia en ciertos ámbitos y sectores**, como la posibilidad de dar amparo legal a determinadas conductas o la capacidad de algunos Gobiernos de modificar una decisión sobre una concentración empresarial sobre la base de criterios de sostenibilidad. Cuanto más se ajusten estas modulaciones a **pautas comunes al nivel**

de la UE (por ejemplo, mediante Reglamentos de exención), menos divergencias aparecerán en el mercado interior.

- La integración de consideraciones medioambientales en las Autoridades de competencia exige **reforzar los perfiles de profesionales capacitados** en esta área en las Autoridades de competencia.

1. Introducción

La relación entre las normas de competencia y la sostenibilidad, no solo desde el punto de vista medioambiental, sino también en sus dimensiones social y económica, es una de las cuestiones más relevantes para la agenda de las autoridades de competencia en los próximos años.

La trascendencia de la sostenibilidad conlleva la obligación de que todas las políticas públicas deban, en la medida de sus posibilidades, integrar y adaptarse a los objetivos de sostenibilidad. En materia medioambiental, esto es especialmente relevante por el nivel de ambición de los objetivos públicos¹. Por otro lado, no podemos olvidar que la Carta de derechos de la Unión Europea en su artículo 37 como el artículo 45 de la Constitución Española, reconocen un derecho de todos a disfrutar de un medio ambiente adecuado.

La política de competencia no tiene entre sus objetivos primordiales la sostenibilidad, sino la eficiencia y el buen funcionamiento de los mercados, en beneficio de los consumidores. No obstante, el desarrollo sostenible, como objetivo de la UE de acuerdo con el artículo 3.3 del TUE 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. Actualmente la política de competencia ya tiene una incidencia propia en el logro de la sostenibilidad al propiciar la innovación tecnológica y fomentar la competencia entre empresas para ofrecer al consumidor productos y servicios más sostenibles. La sostenibilidad debe ser considerada como un

¹ El marco de actuación en materia de clima y energía hasta el año 2030 contempla una serie de metas y objetivos políticos para toda la UE durante el periodo 2021-2030. Los objetivos clave para 2030 son:

- al menos un 40% de reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero (con respecto a 1990)
- al menos un 32% de cuota de energías renovables
- al menos un 32,5% de mejora de la eficiencia energética

factor diferencial de competitividad que juega a favor de los consumidores y que la política de competencia debe reforzar.

Así, la aplicación de la política de competencia puede contribuir a alcanzar los objetivos de desarrollo sostenible (ODS)² por diferentes vías. 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 consumo³. En cuarto lugar, la función de promoción de la competencia ayuda al sector público a adoptar regulaciones más eficientes para la consecución de los ODS⁴.

Sin embargo, la CNMC considera que la política de competencia puede jugar un papel más activo a favor de la sostenibilidad y la consecución de los objetivos de los ODS dentro del marco jurídico actual, que consideramos apto para promover una renovada política de la competencia comprometida con la sostenibilidad.

El Plan de Actuación 2020 de la CNMC tiene uno de sus ejes principales en la contribución a la consecución de los ODS de la Agenda 2030. De hecho, uno de los objetivos de la CNMC para 2020 es dar visibilidad a la contribución de sus acciones a los ODS⁵. La CNMC planea introducir los objetivos de sostenibilidad

² En 2015, la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó la Resolución 70/1 denominada “Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible”. La Agenda 2030 plantea 17 objetivos con 169 metas que abarcan el ámbito económico, social y medioambiental del desarrollo sostenible para ser alcanzados en dicho año.

³ Cuanto mayores son los fallos del mercado (externalidades, bienes públicos, e información asimétrica, principalmente), menor es la sensibilidad de las decisiones de consumo a estos objetivos y peor es la asignación del mercado en términos del bienestar social.

⁴ La regulación económica eficiente es aquella que, si debe restringir la competencia, lo hace satisfaciendo los principios de necesidad y proporcionalidad. Estos principios comparten una naturaleza similar con los principios que conforman el *balancing test* de compatibilidad de las ayudas de Estado.

⁵ En concreto, las acciones 4.10, 4.11, 4.12 y 4.13 del Plan prevén, respectivamente: “Identificar cómo contribuyen las acciones de la CNMC a los ODS de la Agenda 2030”, “Desarrollar una herramienta digital que permita identificar, vigilar y reportar el cumplimiento por la CNMC de las acciones asociadas a ODS al menos una vez al año”, “Crear un buzón específico para la comunicación interna y externa sobre la aportación de la CNMC al cumplimiento de los ODS” y “Desarrollar una estrategia de comunicación respecto a la contribución de la CNMC a los ODS”.

como uno de los ejes vertebradores de su nuevo Plan Estratégico plurianual, actualmente en proceso de elaboración.

Una Autoridad de Competencia puede introducir los objetivos de sostenibilidad en sus actuaciones por dos vías principales. En primer lugar, la Autoridad puede centrar sus esfuerzos y dar mayor visibilidad a aquellas actuaciones más relevantes desde la óptica de la sostenibilidad (por ejemplo, estudios o investigaciones en los sectores más críticos para lograr los compromisos adoptados en materia de sostenibilidad). En segundo lugar, la Autoridad puede adaptar sus criterios de análisis en sus decisiones a los objetivos de sostenibilidad, identificando expresamente en sus análisis aquellas acciones que beneficien la sostenibilidad (o siendo especialmente intransigente con aquellas acciones que la perjudiquen) de acuerdo a las pautas legales establecidas y al control de sus actuaciones por los tribunales. En ambos casos, debe venir acompañado de los indicadores que permitan evaluar el grado de cumplimiento de estos objetivos y el compromiso de la CNMC con los mismos.

Las Autoridades de Competencia, además, son organismos especializados, que no ponderan intereses de diferentes grupos sociales, sino que, en sus decisiones, aplican criterios estatutarios de buen funcionamiento de los mercados y beneficio a los consumidores.

La consideración del impacto sobre los objetivos de sostenibilidad de las actuaciones de los operadores económicos en las decisiones sobre ayudas de Estado, conductas restrictivas de la competencia y concentraciones plantea cuestiones de elevada complejidad⁶. Aunque, en general, competencia y

⁶ Actualmente existen múltiples interpretaciones del concepto de desarrollo sostenible y coinciden en que, para lograrlo, las medidas a considerar deberán ser económicamente viables, respetar el medio ambiente y ser socialmente equitativas. A pesar de este reconocimiento de la necesidad de una interpretación integrada de estas tres dimensiones, dicha definición no es unívocamente interpretada en todos los ámbitos. Por ello, resulta absolutamente imprescindible determinar cómo se va a interpretar el concepto de sostenibilidad en la política de competencia. Por ejemplo, cuando analicemos un acuerdo de sostenibilidad entre competidores, qué se va a tener en cuenta a la hora de valorar el acuerdo a efectos de sostenibilidad: ¿únicamente los beneficios o mejoras ambientales que éste implique o también el componente de justicia o equidad social? ¿Qué tipo de eficiencias se van a tener en cuenta? ¿Aquellas que supongan una mejora ambiental únicamente? ¿Qué se considera como mejora ambiental? ¿Se incluye dentro de este concepto el bienestar animal? ¿Incorpora también criterios sociales? ¿Cómo se valoraría un acuerdo entre competidores que suponga una importante mejora ambiental en términos de reducción de la contaminación atmosférica difusa derivada de la ganadería pero que, por otro lado, como consecuencia de los costes que se derivarían de la certificación para adherirse a dicho acuerdo, podría implicar la desaparición de los pequeños ganaderos incapaces de asumir los costes de la certificación?

sostenibilidad son complementarias, en ocasiones no es así, por lo que debe alcanzarse un equilibrio socialmente satisfactorio entre ambas. El test de necesidad y proporcionalidad es la mejor forma de determinar dicho punto de equilibrio⁷.

Por estas razones, la CNMC considera que todo cambio en los criterios sustantivos de análisis de competencia por consideraciones de sostenibilidad debe ajustarse a cuatro principios claros:

- 1) **Dar predictibilidad a los operadores económicos**, de modo que estos cuenten con la certeza necesaria sobre cómo las Autoridades valorarán sus actuaciones con arreglo al derecho de competencia. De otro modo, se desincentivarán acciones que pueden mejorar en la sostenibilidad.
- 2) **Mantener la coherencia en la interpretación de las normas de competencia dentro de la UE**, 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.
- 3) **Mantener 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 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.
- 4) **Mantener 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, que se cuestionen los objetivos de eficiencia y beneficio de los consumidores, tanto en corto como en el largo plazo).

Finalmente, no debe obviarse que una acción proactiva en sostenibilidad por parte de las Autoridades de Competencia requiere disponer de un mayor nivel de especialización en estas cuestiones, tanto desde el punto de vista de perfiles profesionales capacitados como desde el punto de vista de las metodologías de evaluación.

⁷ Si una actuación restringe la competencia, debe hacerlo porque sea necesario para garantizar una razón imperiosa de interés general (principio de necesidad) y de la forma menos lesiva posible (principio de proporcionalidad).

La presente contribución se centra en la relación entre las normas de competencia y los ODS en su acepción medioambiental, siguiendo la consulta planteada por la Comisión Europea.

Siguiendo la estructura planteada en la consulta, la primera sección se centra en las ayudas de Estado, la segunda en prácticas anticompetitivas, y la tercera en el control de concentraciones.

2. Ayudas de Estado

Pregunta 1: ¿Cuáles son las principales modificaciones que querría que se introdujeran en el código normativo actual sobre ayudas estatales a fin de garantizar que respalde plenamente el Pacto Verde? Siempre que sea posible, se ruega proporcionar ejemplos de casos en los que considere que las normas actuales sobre ayudas estatales no apoyan suficientemente la ecologización de la economía o en los que las normas actuales sobre ayudas estatales posibilitan una ayuda contraria a los objetivos medioambientales

Las ayudas públicas son uno de los mecanismos más eficaces para resolver determinados fallos del mercado (principalmente, externalidades, bienes públicos e información asimétrica) que dificultan que este alcance asignaciones óptimas desde el punto de vista de la sostenibilidad medioambiental.

Sin embargo, las ayudas públicas también pueden distorsionar la competencia en los mercados y el funcionamiento del mercado interior en la UE. Por ello, están sujetas al control de las ayudas de Estado. Este control se fundamenta en un análisis de necesidad y proporcionalidad, bajo el que se evalúan y confrontan los efectos positivos con los negativos de las ayudas estatales y solamente se admiten cuando dominan los primeros sobre los segundos.

En materia de ayudas de Estado, el riesgo de aplicación incoherente de la normativa entre Estados miembros es mínimo, dado que el control se ejerce con carácter exclusivo por la Comisión Europea. Además, existe una elevada predictibilidad sobre la interpretación de las normas en materia de medio ambiente, entre otras razones por la existencia de unas Directrices específicas sobre ayudas de Estado en materia de protección del medio ambiente y energía⁸.

Sin embargo, uno de los principales elementos característicos del control de las ayudas estatales es que estas pueden distorsionar la competencia entre las

⁸ [Directrices sobre ayudas estatales en materia de protección del medio ambiente y energía 2014-2020.](#)

empresas de los Estados miembros y propiciar una competencia entre ellos para favorecer a sus empresas, lo cual mina el mercado interior de la UE.

Partiendo de lo anterior, la revisión del marco de control de las ayudas de Estado para facilitar el logro de los objetivos de sostenibilidad medioambiental puede realizarse, en principio, por las siguientes vías:

- Dar mayor facilidad para la tramitación de las notificaciones de ayudas estatales medioambientales (de modo similar a como se ha hecho con el Marco temporal de ayudas de Estado por razón del covid-19⁹), lo que puede lograrse, entre otros, agilizando la tramitación de determinados procedimientos de notificación de ayudas medioambientales o incrementando la predictibilidad de las evaluaciones de la Comisión Europea sobre proyectos concretos.
- Establecer menores (mayores) exigencias, desde la óptica de su afectación a la competencia, para la aprobación de ayudas estatales con impacto positivo (negativo) sobre el medio ambiente.

Facilitar la tramitación de las ayudas medioambientales mediante la agilización de los procedimientos o mediante la revisión de las Directrices de ayudas de Estado puede tener un impacto positivo sobre esta clase de ayudas sin afectar significativamente a la competencia¹⁰. En particular, la CNMC considera que sería recomendable facilitar la tramitación de las ayudas al autoconsumo y a la movilidad sostenible en el sector del transporte, como se expone más adelante.

Sin embargo, establecer menores (o mayores) exigencias, desde la óptica de su afectación a la competencia, sobre determinadas ayudas, en función de su impacto positivo (o negativo) sobre el medio ambiente, supone alterar el equilibrio existente en el control de las ayudas de Estado, lo cual plantea varias consideraciones.

En primer lugar, el control de las ayudas de Estado tiene una naturaleza fundamentalmente económica en cuanto al análisis prospectivo de los efectos de los proyectos notificados¹¹. Introducir una dimensión medioambiental en la

⁹ [Marco temporal relativo a las medidas de ayuda estatal destinadas a respaldar la economía en el contexto del actual brote de covid-19.](#)

¹⁰ En particular, las [Directrices sobre ayudas estatales en materia de protección del medio ambiente y energía 2014-2020.](#)

¹¹ Ello sin perjuicio de que el control tiene una dimensión más amplia. Por ejemplo, la Comunicación sobre la modernización de las ayudas estatales incluye como objetivo del

evaluación¹² puede dificultar la ponderación de costes y beneficios por parte de la Comisión Europea y reducir la seguridad jurídica sobre sus decisiones.

En segundo lugar, una mayor laxitud en cuanto al impacto sobre la competencia de las ayudas medioambientales puede tener consecuencias negativas sobre el mercado interior de la UE. Es fundamental que el control de las ayudas de Estado se mantenga de un modo riguroso, para evitar que las ayudas medioambientales favorezcan la creación de campeones nacionales o posicionen a empresas de un determinado Estado miembro en una posición de ventaja competitiva frente a las de otros Estados.

En tercer lugar, el control de las ayudas de Estado es un mecanismo fundamental para equilibrar a las empresas de los Estados miembros de la UE. Un control más relajado puede distorsionar la competencia en el mercado interior al favorecer a las empresas de los países con mayor capacidad financiera, que estarían en una mejor posición competitiva y se apropiarían de una parte inequitativa de las ganancias derivadas del mercado interior. Un ejemplo de las diferentes capacidades entre Estados miembros son las diferencias entre países en los niveles de ayudas concedidas durante la pandemia del covid-19¹³.

Se trata, por tanto, de asegurar que exista un “level playing field” en la concesión de ayudas, que permita a cada país reflejar su preocupación por la sostenibilidad sin que ello propicie distorsiones sobre la competencia en el mercado interior. De este modo, seguirán existiendo diferencias entre Estados miembros en cuanto al volumen de ayudas que cada uno dirige a objetivos medioambientales, pero se trata de evitar que tales diferencias distorsionen la competencia al dar ventaja a las empresas de los Estados miembros con mayor capacidad financiera frente al resto. Por ejemplo, un nuevo enfoque que priorice las ayudas a consumidores presenta a priori un menor riesgo de distorsión de la competencia que la concesión de ayudas a grandes productores.

Por todo lo anterior, se considera que la Comisión Europea debería realizar una cuidadosa evaluación de los riesgos que supone modificar el marco actual

control “impulsar un crecimiento sostenible, inteligente e integrador en un mercado interior competitivo”.

¹² Por ejemplo, si se requiere a la Comisión Europea la elección entre un determinado grado de perjuicios sobre la competencia y determinadas ventajas sobre el medio ambiente.

¹³ En el contexto actual hay enormes diferencias en la cantidad de ayudas concedidas por los diferentes Estados miembros, que están ligadas al espacio presupuestario del que disponen, así como al tamaño respectivo de sus economías. Esta realidad va a provocar a buen seguro una distorsión competitiva entre ellos por el diferente nivel de ayudas públicas otorgadas durante el marco temporal del covid-19, afectando al “level playing field” en el mercado interior.

normativo de las ayudas de Estado y mantener un riguroso control sobre las ayudas de Estado medioambientales que tengan una incidencia negativa sobre la competencia. Toda apertura del control sobre esta clase de ayudas estatales que permita la existencia de una competencia entre Estados miembros debe compensarse con mecanismos para equilibrar las capacidades financieras de los Estados miembros.

Posibles áreas de mejora en las Directrices:

Fruto de la experiencia adquirida a través del análisis de la regulación con especial atención a su potencial impacto sobre la competencia, la CNMC ha identificado tres ámbitos (consumidor energético, movilidad sostenible y sector energético) que pueden ser valorados por la CE en su tarea de reforzar la política de competencia en el ámbito de ayudas de Estado, como complemento de la regulación para alcanzar los objetivos del “Green Deal”.

En los dos primeros casos, se trata de ayudas que podrían, en función de su configuración concreta, encajar en la normativa *de minimis* o acogerse a las exenciones por categorías de la propia UE. Sin embargo, la inclusión de estas tipologías de ayudas a pequeños productores-consumidores en las Directrices que, de forma más sectorial y detallada, abordan los incentivos al sector energético y medioambiental, clarificaría y apoyaría el uso de esta clase de incentivos y equilibraría el enfoque de las Directrices entre grandes y pequeños productores. En cualquier caso, se debe reservar el instrumento de “ayuda de estado” a los supuestos previstos, como internalización de externalidades, pero en ningún caso para corregir desequilibrios originados por inversiones no eficientes.

- a) *El consumidor en el centro de la transición energética (en especial, la figura del autoconsumidor).*

En línea con otras iniciativas de la UE¹⁴ se propone reforzar los derechos de los consumidores permitiendo a estos tener una influencia real sobre su huella energética, ya sea a través de contadores inteligentes, el control de las facturas de los hogares o la realización de inversiones para producir su propia energía renovable, que a su vez alimente a la red. Tanto las ayudas directas a los consumidores, como las ayudas a la producción y el desarrollo de tecnologías innovadoras son positivas para tales finalidades.

¹⁴ [“A New Deal for Europe’s Energy Consumers”](#) o [“Clean Energy for all europeans”](#).

En este sentido, adquiere una importancia capital el marco regulatorio para impulsar el **despliegue del autoconsumo** y con ello contribuir decisivamente al uso de energías de fuentes renovables a nivel doméstico¹⁵. Interesa destacar que la penetración del autoconsumo en España no había alcanzado el mismo nivel de desarrollo que en otros Estados miembros de la UE con menor recurso disponible (ejemplo, Alemania) debido en gran parte a que la regulación nacional presentaba procedimientos administrativos complejos y desventajas económicas (como el popularmente denominado *impuesto al sol*¹⁶) que desincentivaban su utilización.

Se subraya el papel clave de la figura del autoconsumo por su claro impacto en la descarbonización de la economía (gracias al impulso de la penetración de las renovables y reducción de emisiones de gases de efecto invernadero), la competitividad de la industria y el empleo (especialmente en el ámbito local por ser actividad distribuida), así como en el ámbito doméstico, ya que los consumidores pueden ver reducido el precio de sus facturas de suministro de energía eléctrica.

Adicionalmente, desde la óptica de los principios de regulación económica eficiente y promoción de la competencia, el autoconsumo presenta elementos positivos pues puede introducir una tensión competitiva relevante, en el mercado mayorista y minorista, incentivando precios más eficientes en ambos mercados ya que sirve para disciplinar, al menos indirectamente, al sistema eléctrico cuando los costes del mismo son lo suficientemente elevados como para que, con economías de escala y de red muy inferiores, la opción del autoconsumo sea económicamente rentable.

b) Movilidad sostenible en el sector transporte

La apuesta por medios de movilidad más respetuosos con el medio ambiente debe ser un factor clave para reducir la contaminación. No obstante, el

¹⁵ Pueden verse a este respecto los informes [IPN/DE/011/15](#) e [IPN/CNMC/005/19](#).

¹⁶ El Real Decreto 900/2015 establecía que los consumidores que realizasen autoconsumo deberían abonar los cargos asociados a los costes del sistema eléctrico y un cargo por otros servicios del sistema, que se definía como el pago a realizar por la función de respaldo que el conjunto del sistema eléctrico realiza para posibilitar la aplicación del autoconsumo. El Real Decreto-ley 15/2018 modifica el Real Decreto 900/2015 e introduce tres principios fundamentales que regirán esta actividad: i) se reconoce el derecho a autoconsumir energía eléctrica sin cargos; ii) se reconoce el derecho al autoconsumo compartido por parte de uno o varios consumidores para aprovechar las economías de escala; y iii) se introduce el principio de simplificación administrativa y técnica, especialmente para las instalaciones de pequeña potencia.

despliegue del vehículo eléctrico requiere del desarrollo de un número relevante de puntos de recarga.

Tanto el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia elaborado por la Presidencia del Gobierno en octubre de 2020 y enviado a la Comisión de la UE, como el Plan Nacional Integrado de Energía y Clima 2021-2030 elaborado por el Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico en enero 2020, y también enviado y aprobado en este caso por la Comisión de la UE, contemplan objetivos de incremento de la electromovilidad (penetración de 5 millones de unidades de vehículos eléctricos en 2030), y como consecuencia de ello, la promoción del desarrollo de la infraestructura de recarga eléctrica. Para ello, partiendo de la liberalización de la actividad e infraestructuras de recarga (Real Decreto-Ley 15/2018) se proponen medidas regulatorias y económicas (incentivos) para desarrollar una red pública y privada de puntos de recarga.

Sin embargo, parece necesario que el resto de infraestructuras viarias alejadas de los centros de población cuenten también con un número suficiente de puntos de recarga para facilitar el desplazamiento de naturaleza interurbana. De lo contrario no se producirá un despegue del vehículo eléctrico en niveles que de verdad supongan un impacto positivo en términos medioambientales.

Ello puede trasladarse a nivel nacional, pero también a nivel internacional para todos aquellos trayectos transfronterizos que afecten a uno o varios de los Estados miembros de la UE, sin descartar que en estas últimas pueda producirse también apoyo con fondos públicos de la propia Unión.

De igual forma que en el caso de las ayudas al autoconsumo, con independencia de que algunas de las inversiones necesarias para la implantación de puntos de recarga en vías interurbanas pudieran encajar en las categorías existentes de ayudas *de minimis* o de exención, parece razonable que las Directrices sectoriales medioambientales contemplen líneas de apoyo en este sentido, dado su potencial impacto sobre el mercado interior, en la medida en que facilitará desplazamientos entre Estados miembros de forma efectiva, promoviendo un fortalecimiento de la libertad de circulación de personas y mercancías.

c) Centrar los recursos en los proyectos del sector energético con menor acceso a financiación

Por otra parte, en el sector energético, no se consideran necesarios incentivos públicos adicionales, para promotores de proyectos y empresas que realizan actividades alineadas con la taxonomía de la UE, ni tampoco para sus financiadores, en el caso de que se lleven a cabo mediante tecnologías maduras y que se benefician de esquemas de ingresos estables y transparentes. Es el

caso, por ejemplo, de la actividad de distribución eléctrica, y de la generación renovable con tecnologías maduras.

Sin embargo, se aprecia la necesidad de incentivos públicos adicionales para los promotores de proyectos y empresas que realizan actividades en el sector energético, alineadas con la taxonomía de la UE, así como para sus financiadores, que no se benefician de estos esquemas, y que no se desarrollan mediante tecnologías maduras. Estos proyectos y actividades se enfrentan a un mayor riesgo, y son más difíciles de financiar, a pesar de la ventaja que pueda suponer estar alineados con la taxonomía de la UE, y por lo tanto poder acceder a préstamos verdes o a financiarse mediante bonos verdes.

Dentro de los incentivos públicos, se consideran interesantes los avales a un porcentaje del préstamo que financie el proyecto, ya que actúan como un mecanismo de reducción del riesgo para el financiador, y facilita el acceso a la financiación al promotor. Considerando que los avales sólo se otorgan por un porcentaje (por ejemplo, el 20%), el promotor continúa con una alta vinculación al éxito del proyecto. Además, si éste tiene éxito, al tratarse de un aval, no conllevaría ningún gasto público, a diferencia de las subvenciones directas.

Pregunta 2: Si considera que ciertas actividades con un impacto medioambiental negativo deberían recibir menores niveles de ayudas o de medidas de apoyo, ¿Cuáles serían sus ideas a este respecto?

Las Directrices de ayudas al medio ambiente y energía 2014-2020 no incluyen las ayudas para la extracción de combustibles fósiles, pero mantienen la posibilidad de otorgar subvenciones a ciertos sectores industriales o productivos que pueden utilizar combustibles de esta naturaleza (aunque, en algunos casos, bajo la condicionalidad de su eliminación progresiva).

La falta de madurez de algunas tecnologías puede haber justificado técnicamente un planteamiento más conservador de este tipo. Sin embargo, dado el nivel de ambición de los objetivos de sostenibilidad y la madurez que se ha alcanzado con ciertas tecnologías limpias, que permiten sustituir el empleo de los combustibles fósiles, parece razonable plantearse la eliminación de los incentivos para las actividades productivas que se apoyen en combustibles fósiles cuando sea técnicamente posible utilizar energías limpias.

Pregunta 4: ¿Cómo debemos definir los beneficios medioambientales?

La consecución de los objetivos de sostenibilidad medioambiental debe apoyarse en más instrumentos además de las ayudas públicas (entre otros, la regulación, los incentivos fiscales, o la contratación pública). Dada la relevancia de la contratación pública, su utilización como política pública (contratación

pública estratégica) puede ser un instrumento igualmente eficaz para frenar el cambio climático y apoyar la política medioambiental de la UE, alentando a que se realice con el objetivo de reducir las emisiones y la huella de carbono¹⁷.

Desde este punto de vista, se pueden plantear dos vías de actuación:

En primer lugar, cuando la construcción de infraestructuras energéticas financiadas con fondos estatales permita su explotación por un limitado número de operadores, ello debe ser considerado una actividad económica y puede ser considerada ayuda de Estado si se dan los requisitos habitualmente exigidos por el TJUE (origen estatal, ventaja selectiva, falseamiento de la competencia, afectación a los intercambios comerciales).

Si bien esta doctrina está más asentada en otro tipo de infraestructuras (aeropuertos, puertos, carreteras...), la Comisión haría bien en ser vigilante en el sector energético, tradicionalmente más desvinculado de la normativa de ayudas de Estado hasta hace pocos años. Además, el hecho de que algunos de estos proyectos puedan ponerse en marcha en proyectos de colaboración público-privada¹⁸ no debería entorpecer dicho proceso de revisión.

Por otro lado, la normativa de contratación pública ofrece diferentes posibilidades de internalizar aspectos medioambientales en los pliegos de licitaciones públicas ordinarias¹⁹, no necesariamente del sector energético. Esta ventana de

¹⁷ Así se desprende de las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE y, en ámbito nacional, del artículo 1.3 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 que señala: *En toda contratación pública se incorporarán de manera transversal y preceptiva criterios sociales y medioambientales siempre que guarde relación con el objeto del contrato, en la convicción de que su inclusión proporciona una mejor relación calidad-precio en la prestación contractual, así como una mayor y mejor eficiencia en la utilización de los fondos públicos. Igualmente se facilitará el acceso a la contratación pública de las pequeñas y medianas empresas, así como de las empresas de economía social.*

¹⁸ Un buen ejemplo lo encontramos en el informe CNMC [IPN 13/20 APL residuos y suelos contaminados](#), en relación con la autosuficiencia y proximidad de la red estatal integrada de instalaciones, que habilita a las Administraciones Públicas a tomar las medidas adecuadas para establecer una red estatal integrada de instalaciones de eliminación y valorización de residuos domésticos mezclados, así como para limitar justificadamente los traslados para proteger esta red. La CNMC recomienda que se ofrezca siempre que sea posible la vía de la participación del sector privado para complementar la red de instalaciones públicas, para evitar una posible falta de capacidad y favorecer los intercambios comerciales entre Estados miembros de la UE. Esta medida sin duda contribuye a los objetivos del “Green Deal” al apostar por la máxima capacidad de las instalaciones de eliminación y valorización de residuos.

¹⁹ Por ejemplo, criterios de solvencia, criterios de adjudicación y condiciones especiales de ejecución.

oportunidad, que sin duda presenta enormes aspectos positivos, presenta también ciertos riesgos en la medida en que contenga ventajas para ciertos operadores en función del diseño de dichos Pliegos, aspectos que pueden ser similares a ayudas de Estado²⁰.

En este sentido, la CNMC ha recalcado la importancia de que dichos criterios medioambientales deban guardar relación con el objeto del contrato, ser objetivos y respetuosos con los principios informadores de contratación pública (entre ellos, la salvaguarda de la libre competencia, la transparencia y no discriminación) y figurar, junto con la ponderación que se les atribuya, en el pliego correspondiente.

Para minimizar los riesgos de cierta subjetividad en el diseño, parece razonable la utilización de mecanismos de objetivación, en particular, una taxonomía común para toda la UE²¹ que identifique si cada una de las actividades afectadas puede ser calificada como sostenible en base a ciertos requisitos (nivel de reciclaje; nivel de emisiones; utilización y gestión del agua...) y se tomen medidas en consecuencia para fomentar aquellas que presenten peores resultados a este respecto.

En este sentido cabe recordar que la taxonomía de la UE define los criterios para determinar si una actividad es “verde” en el sentido en que lo entiende la Comisión Europea, es decir, de forma que esté alineada con la estrategia y las políticas de la UE en materia de descarbonización y sostenibilidad²². Previene el

²⁰ España dispone de un plan de contratación pública ecológica 2018-2025: <https://www.miteco.gob.es/es/ministerio/planes-estrategias/plan-de-contratacion-publica-ecologica/>

²¹ Reglamento (UE) 2020/852 de 18 de junio de 2020, OJ L 198, 22.6.2020.

²² El grupo que ha asesorado a la Comisión Europea (Technical Expert Group, TEG), cuyo mandato terminó en septiembre de 2020, ha analizado un buen número de actividades económicas, y dentro de ellas, parte de las actividades del sector eléctrico y gasista. La recomendación que ha hecho a la UE, previa consulta pública, es que actividades como la producción de electricidad fotovoltaica, eólica, hidráulica, y otras renovables, el transporte y distribución de energía eléctrica en un sistema en trayectoria de descarbonización (aquel que tiene más de 67% de nueva potencia instalada con emisiones inferiores a 100 gCO₂/kWh, como es el caso de España), el almacenamiento de electricidad, el almacenamiento de hidrógeno “verde” (si éste es producido sin emisiones de CO₂), la adaptación de la red de transporte y distribución de gas cuyo propósito es la integración de hidrógeno “verde” y otros gases renovables, la infraestructura para desarrollar puntos de recarga para el vehículo eléctrico, y la generación eléctrica que emite menos de 100 gCO₂/kWh, están alineadas con la taxonomía. Esto puede permitir a estas actividades y proyectos financiarse con bonos verdes (Green Bond EU Standard) y préstamos verdes (Green Loans), que se espera que vayan a tener más demanda por parte de los inversores, así como canalizar los fondos económicos, públicos y privados, hacia proyectos y actividades alineadas con la taxonomía, en detrimento de otras.

“Greenwashing”, es decir, que empresas, fondos de inversión, etc., se llamen a sí mismos “verdes” sin serlos. Además, la taxonomía va a ser una herramienta que se va a utilizar en las finanzas sostenibles, considerando los objetivos de la Comisión Europea de promover la canalización de fondos públicos y privados hacia inversiones y actividades que contribuyan a los objetivos de sostenibilidad.

Ha de considerarse asimismo la estrategia europea de que el Banco Europeo de Inversiones financie activos y empresas alineadas con la taxonomía de la UE, así como que se tenga en cuenta en la distribución de subvenciones y de los fondos europeos. Por otra parte, están los trabajos en acciones transversales de calado muy diverso, como obligar a que los consejeros de las empresas tengan un porcentaje de su retribución variable no ligada a objetivos económicos, para que se concentren más en el largo plazo, obligar a los bancos a que ofrezcan fondos y productos verdes dentro de las opciones disponibles, intervenir para que las aseguradoras incluyan los riesgos del cambio climático tanto en sus políticas como en las coberturas que ofrecen en sus pólizas (en caso contrario, en caso de un desastre las empresas reguladas tendrían que hacer frente a los costes y habría presión por trasladar éstos al consumidor), etc.

Por todo lo anterior, se considera que los beneficios medioambientales deberían definirse siguiendo conceptos unificados y de forma consistente con los criterios de sostenibilidad identificados por esta (es decir, ajustándose a los principios de necesidad y proporcionalidad), y a ello contribuye la utilización de la taxonomía²³ de la UE.

3. Conductas restrictivas de la competencia

Pregunta 1: Proporcione ejemplos reales o teóricos de cooperación idónea entre empresas para contribuir a los objetivos del Pacto Verde que no pudieron llevarse a cabo por el riesgo de infringir las normas de

²³ Los criterios que debe cumplir una actividad económica para considerarse medioambientalmente sostenible son que: a) Contribuya sustancialmente a uno o varios de los objetivos medioambientales establecidos por el Reglamento; b) No cause ningún perjuicio significativo a alguno de los referidos objetivos medioambientales; c) Se lleve a cabo de conformidad con determinadas garantías mínimas (p.ej. las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales y los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre las empresas y los derechos humanos); d) Se ajuste a los criterios técnicos de selección establecidos por la Comisión.

En concreto, los seis objetivos medioambientales que se establecen en el Reglamento sobre Taxonomía son: I) Mitigación del cambio climático; II) Adaptación al cambio climático; III) Uso sostenible y protección de los recursos hídricos y marinos; IV) Transición hacia una economía circular; V) Prevención y control de la contaminación; VI) Protección recuperación de la biodiversidad y los ecosistemas.

competencia de la UE. Explique, en particular, las circunstancias en las que la cooperación, en lugar de la competencia, entre empresas da lugar a resultados más ecológicos (por ejemplo, productos o procesos de producción más ecológicos).

En este punto será importante definir, como ya se ha comentado previamente, cómo se va a interpretar el concepto de sostenibilidad. Los operadores deben tener claro cómo las autoridades de competencia vamos a interpretar conceptos que muchas veces no sólo no son unívocos, sino que además son demasiado amplios o etéreos y necesitan ser acotados. Necesitamos definiciones e interpretaciones comunes para asegurar el “level playing field” y la seguridad jurídica que necesitan los operadores.

Una vez definido, clarificado y unificado dicho concepto a nivel de la UE, se podrán definir qué acuerdos deseables en términos de sostenibilidad pueden no estar teniendo lugar como consecuencia de una posible actuación de las autoridades de competencia.

Estos acuerdos podrían ser, a título de ejemplo y sin ánimo de ser exhaustivos, bien acuerdos de producción para reducir las emisiones u otro tipo de residuo, bien acuerdos para cumplir con determinados objetivos ambientales de reducción de la contaminación de carácter vinculante, o incluso en los que se proponga una mejora de los objetivos legalmente establecidos, acuerdos que favorezcan un comportamiento medioambientalmente consciente de las empresas o basados en otros criterios cualitativos de sostenibilidad, acuerdos relacionados con la producción de bienes sostenibles, y acuerdos de certificación o estandarización.

En principio, si estos acuerdos suponen una mejora ambiental clara y no implican una restricción de los parámetros esenciales de la competencia, debe entenderse que los mismos no tendrían problemas para su implementación de acuerdo con el marco jurídico vigente. No obstante, si bien no supone un impedimento legal o una prohibición para que éstos puedan llevarse a cabo, la inexistencia de una regulación específica sobre los mismos y, por tanto, de parámetros sobre los que basarse para su análisis por parte de las autoridades de competencia, sí puede conllevar un importante freno para su desarrollo, dada la inseguridad jurídica en la que tienen que actuar los operadores. Obstáculo que podría eliminarse mediante su regulación explícita, determinando cuándo este tipo de acuerdos no entrarían en el ámbito del artículo 101.1.

Los acuerdos de sostenibilidad que en el marco jurídico actual se ven limitados de forma clara son aquellos en los **que los acuerdos, además de suponer un beneficio ambiental claro, implican igualmente una restricción de la**

competencia que determina que dicho acuerdo deba cumplir con los parámetros del artículo 101.3. Es aquí donde una revisión de la interpretación actual de conceptos como el de consumidor y el de reparto equitativo de beneficios, así como el diseño o la adaptación de los análisis de costes, de forma que se dé cabida a la valoración de criterios cualitativos y a la contabilización de las externalidades, redundaría en que muchos de los acuerdos que hoy no cumplirían con los requisitos establecidos en el artículo 101.3 lo hicieran.

En definitiva, un ejemplo de acuerdo que difícilmente podría realizarse en el marco jurídico actual, pero que podría tener cabida con las modificaciones propuestas, y que podríamos traer a colación, sería el de los acuerdos sectoriales o entre competidores que fijen objetivos de mejora ambiental cuantificables pero también los medios técnicos para conseguirlo (por lo que no entrarían en la definición de “loose agreement” del precedente JAMA & KAMA), o aquellos que conlleven un aumento de precios y en los que claramente no se esté disfrazando un acuerdo entre competidores para elevar precios o no competir en otros parámetros propios de una sana competencia (como la calidad o la innovación).

Pregunta 2: ¿Deberían hacerse más aclaraciones y darse más garantías con respecto a las características de los acuerdos que contribuyen a los objetivos del Pacto Verde sin restringir la competencia? En tal caso, ¿de qué forma deberían hacerse dichas aclaraciones (orientaciones políticas generales, evaluación caso por caso, comunicación sobre las prioridades de aplicación, etc.)?

En la normativa nacional y de la Unión Europea de competencia vigente no existen previsiones específicas sobre objetivos de sostenibilidad. Por ello, cuando las autoridades de competencia deben evaluar los acuerdos que persiguen objetivos de sostenibilidad, deben hacerlo bajo el marco general aplicable en cualquier análisis de competencia. Si el acuerdo restringiera la competencia, la autoridad deberá evaluar los beneficios económicos directos (ahorro en costes, innovación, calidad y otras eficiencias derivadas del acuerdo) para los consumidores y usuarios directamente afectados por el acuerdo. Igualmente, las empresas que quieran llevar a cabo un acuerdo de cooperación, deben “autoevaluarse” de acuerdo con la jurisprudencia y doctrina nacional y de la Unión Europea en materia de acuerdos restrictivos de la competencia, pues la posibilidad de obtener una autorización previa de dicho acuerdo desapareció con el denominado proceso de modernización de la política de competencia tanto a nivel de la Unión Europea (a través del Reglamento 1/2003) como nacional (con la eliminación de las autorizaciones singulares con la aprobación de la Ley 15/2007).

Como se ha señalado anteriormente, el marco jurídico actual que rige la política de competencia debe considerarse apto para potenciar una economía sostenible y competitiva en la UE, si bien para que ello sea así se considera necesario reinterpretar algunos conceptos esenciales de dicha aplicación, así como reajustar la forma de analizar los mercados y las eficiencias por parte de las autoridades de competencia.

Por ello se considera que **el problema del marco jurídico actual reside esencialmente en la falta de seguridad jurídica** que éste proporciona a los operadores en cuanto a la posibilidad de llevar a cabo acuerdos entre competidores en materia de sostenibilidad, al no contemplarse estos de forma explícita ni en los reglamentos de exención, ni en las Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal (en adelante DCH). Así, en las propias directrices se señala que no hay tratamiento específico de los acuerdos medioambientales en ellas, y que tales acuerdos deberán analizarse con arreglo a lo relativo a los acuerdos de estandarización, en la medida en que los acuerdos medioambientales suelen conllevar cierta estandarización²⁴.

Por tanto, la falta de seguridad jurídica que ofrece el marco jurídico actual a los acuerdos de sostenibilidad puede suponer un importante freno para su desarrollo. El problema no es que el marco jurídico actual en materia de competencia no permita llevar a cabo acuerdos de cooperación horizontal con objetivos sostenibles, sino que el mismo es incapaz de ofrecer a los operadores la seguridad jurídica necesaria para incentivarles a llevar a cabo estos acuerdos. Ello supone un freno muy importante para su desarrollo pues en muchos casos los operadores optan por no colaborar para evitar el riesgo “antitrust” al no saber cómo van a ser enjuiciados por parte de las autoridades de competencia estos acuerdos de colaboración.

Las autoridades de competencia debemos trabajar en ofrecer un marco que aporte la necesaria seguridad jurídica para que los operadores tengan claro de antemano qué acuerdos van a ser considerados compatibles con la

²⁴ Concretamente, la nota al pie (1) del Párrafo 18 de las Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del TFUE a los acuerdos de cooperación horizontal vigentes desde 2011 señalan 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 »*

competencia, qué acuerdos van a requerir un análisis caso por caso y cuáles van a ser considerados incompatibles con el derecho de la competencia.

A la vista de lo expuesto, **la respuesta jurídica adecuada a este problema debe en todo caso darse a nivel de la UE.** En otro caso se correría el riesgo de compartimentar los mercados, pudiendo llegar a la situación que un mismo tipo de acuerdo pueda ser considerado anticompetitivo en un Estado Miembro y no así en otro. Por otro lado, dado el carácter transnacional que tienen las cuestiones de sostenibilidad y la problemática ambiental, no tendría sentido que la solución se buscara a nivel nacional. Problemas globales requieren soluciones globales.

Dada la magnitud del debate actual sobre sostenibilidad y medioambiente, y la creciente preocupación por estas cuestiones, se podría considerar desarrollar un reglamento de exenciones específico para este tipo de acuerdo que debería ser completado, a fin de ofrecer un asesoramiento adecuado a los operadores económicos con la inclusión de un capítulo ad hoc referido a los acuerdos de sostenibilidad en las DCH.

Por todo ello, se considera que la mejor forma de acabar con la inseguridad jurídica actual sobre los acuerdos de sostenibilidad y su compatibilidad con el derecho de la competencia, sería mediante **la incorporación de una regulación específica de dichos acuerdos en los reglamentos de exención y las directrices de la Comisión sobre acuerdos de cooperación que están siendo revisadas precisamente ahora.**

La solución propuesta debería ofrecer a los operadores económicos seguridad suficiente para eliminar sus reticencias a la hora de explorar y colaborar en la ejecución de este tipo de acuerdos garantizándoles la seguridad jurídica necesaria.

Las Directrices deberían recoger, en primer lugar, una definición de qué es lo que se va a entender por acuerdos de sostenibilidad. Se debe recoger de forma explícita y clara qué incluyen y qué no incluyen. Esto es, si las consideraciones que van a tener que valorar las autoridades de competencia se limitan a aspectos meramente ambientales o también incluyen consideraciones relativas a las otras vertientes de la sostenibilidad como son consideraciones de tipo social. Igualmente, incluso aunque se limitara a cuestiones medioambientales, se debería recoger qué se va a tener en cuenta en lo que respecta a las consideraciones ambientales. No pueden pasarse por alto los riesgos que de cara a la aplicación del derecho de la competencia (“enforcement”) supone una definición excesivamente amplia de los acuerdos de sostenibilidad.

Las directrices deberían recoger un listado de los acuerdos de sostenibilidad que no entrarían en el ámbito del artículo 101.1, acuerdos de sostenibilidad que serían analizados en el ámbito del artículo 101.3, y acuerdos que en ningún caso se considerarían compatibles con la normativa de competencia (cláusulas negras). En este sentido, el trabajo realizado en el Borrador de Directrices de Acuerdos de Sostenibilidad elaborado por la Autoridad Holandesa y el Documento de trabajo elaborado por la Autoridad Griega, puede ser un buen punto de partida.

Las directrices deberían recoger también las definiciones de todos aquellos conceptos que deben ser redefinidos o reinterpretados y unificados a nivel de la UE a la hora de analizar estos acuerdos para que la política de competencia pueda jugar como palanca de la sostenibilidad. Por ejemplo, el concepto de consumidor y de reparto equitativo de los beneficios. Se deberá recoger si, para determinar ese reparto equitativo de beneficios, se puede tener en cuenta a la sociedad global y no sólo a los consumidores del mercado afectado como hasta ahora, cuando los beneficios de dichos acuerdos repercuten en toda la sociedad. Si el concepto de consumidor engloba a los consumidores actuales o también a los consumidores futuros que se van a beneficiar de esas mejoras ambientales, o si incluimos a los consumidores de otros países dado que el medio ambiente no conoce fronteras.

Debe trabajarse en una metodología común para la valoración de efectos, y eficiencias de los acuerdos de sostenibilidad que establezca estándares comunes y metodologías de cálculo comunes para valorar las externalidades positivas de los acuerdos, elementos de cualitativos, etc. (en línea con el que se ha establecido en materia de emisiones).

Cabría valorar la conveniencia de establecer un sistema de consulta informal de los operadores como el “sandbox” propuesto en el documento de trabajo de Grecia o el sistema de consulta informal recogido en las Directrices Holandesas, o expidiendo “comfort letters”. Esto es, un sistema que permita a los operadores consultar sus dudas con las autoridades de competencia, garantizándoles a la vez una seguridad de que no van a ser sancionados por ello. Ahora bien, dicho sistema tendría que ser un sistema de consulta informal y no de autorización, pues en caso contrario se estaría yendo en contra de la lógica del proceso de modernización de 2003 que eliminó la figura de las autorizaciones singulares en la CE y, posteriormente en 2007, en España.

Por otra parte, la experiencia reciente con los acuerdos de cooperación para hacer frente a las consecuencias del COVID-19 también ha puesto de manifiesto la utilidad de las llamadas “*comfort letters*”, que permiten a las autoridades de

competencia identificar las líneas rojas en las propuestas de acuerdos que les son sometidas a consulta con carácter previo a su materialización. Si bien el proceso de modernización de la política de competencia supuso el paso de un sistema de autorización de acuerdos a uno de autoevaluación por parte de las propias empresas, las funciones consultivas de las autoridades de competencia (en particular, las previstas en el artículo 5.2 de la Ley 3/2013 en el caso de la CNMC) podrían contribuir a dar seguridad jurídica a los acuerdos de sostenibilidad medioambiental con el fin de minimizar sus posibles restricciones sobre la competencia. Todo ello debería venir acompañado del establecimiento de un mecanismo para la puesta en común de experiencias entre las diferentes ANC y la Comisión, como el establecido en el marco de la ECN en relación a los acuerdos de cooperación para hacer frente a las consecuencias del COVID, para asegurar coherencia y consistencia en la aplicación de las normas de competencia a este tipo de acuerdos dentro de la UE.

En todo caso, sí existe consenso en torno a una cuestión: los objetivos de sostenibilidad no pueden ser nunca una excusa para “blanquear” cárteles entre competidores ni para autorizar operaciones de concentración sobre la base exclusivamente de eficiencias medioambientales si éstas no compensan los efectos de la operación. Los operadores que aleguen la aplicación de la exención prevista en la normativa, deben hacerlo sobre la base de evidencia y legitimidad claras.

Pregunta 3: ¿Existen circunstancias en las que la consecución de los objetivos del Pacto Verde justificaría acuerdos restrictivos más allá de la práctica actual de garantía del cumplimiento? En tal caso, sírvase explicar cómo se podría desarrollar la práctica actual de garantía del cumplimiento para dar cabida a dichos acuerdos (es decir, ¿qué objetivos del Pacto Verde justificarían un tratamiento determinado de los acuerdos restrictivos? ¿En qué se diferencia la consecución de los objetivos del Pacto Verde de otros objetivos políticos importantes, como la creación de empleo u otros objetivos sociales?)

Podrían darse las circunstancias en las que la consecución de los objetivos del Pacto Verde justificaría acuerdos restrictivos más allá de la práctica actual de garantía del cumplimiento, pero existe un claro límite que se debería de respetar: como se ha dicho en la respuesta anterior, los objetivos de sostenibilidad **no pueden ser nunca una excusa para autorizar cárteles**. En este sentido podría citarse el precedente conocido como “Diesel Gate”²⁵ en el que la Comisión a título preliminar consideró que BMW, Daimler et VW habrían participado en un

²⁵ Asunto T40178 Car Emissions

acuerdo colusorio contrario a las normas de competencia que tenía por objeto limitar el desarrollo y la innovación en materia de tecnología de reducción de las emisiones destinadas a coches nuevos con motor diesel y gasolina vendidos en el espacio económico europeo. Al efecto, la Comisaria Vestager señaló que “las compañías podían colaborar de muchas maneras para mejorar la calidad de sus productos, sin embargo el derecho europeo de la competencia no permite la colusión para justamente lo contrario, no mejorar los productos ni competir en calidad”.

En todo caso, parece que el análisis de este tipo de acuerdos en el resto de supuestos deberá realizarse caso por caso, como ocurre con las cláusulas grises en las directrices verticales o con otros acuerdos de cooperación que no cumplen automáticamente los supuestos del art. 101.3. Para ello, es necesario plantearse si las autoridades de competencia estamos preparadas y disponemos de las herramientas necesarias para ello (*fit for purpose*):

- Tal y como se ha señalado, en primer lugar, se debería determinar qué **conceptos** es necesario redefinir o reinterpretar en la aplicación del derecho de la competencia para que ésta juegue a favor de la sostenibilidad.
- En segundo lugar, se **deberían ajustar nuestras herramientas de “enforcement”** como son los análisis de costes y eficiencias para que sean capaces de computar y contabilizar los beneficios que dichos acuerdos aportan a la sociedad.
- Por último, junto con la adaptación del análisis se deberá producir una adaptación de los **perfiles dentro de las autoridades de competencia**, pudiendo pasar a ser necesarios los economistas medioambientales, los economistas del desarrollo o los especialistas en ciencias medioambientales, entre otros.

4. Control de concentraciones

Pregunta 1: ¿Considera que hay alguna situación en la que una fusión de empresas pueda ser perjudicial para los consumidores al reducir la gama de productos y/o tecnologías respetuosas con el medio ambiente que pueden elegir?

Como ejemplo de concentración en el que se analizaron los posibles efectos dañinos sobre la sostenibilidad, podría citarse el precedente de la concentración Bayer/ Monsanto (Asunto M.8084). En este asunto la Comisión concluyó no sólo

que la operación conllevaría una concentración de la industria en este sector reforzando su poder de mercado, lo que podría conllevar un aumento de los precios para los agricultores, sino también que tendría unos efectos negativos respecto a la diversidad de las semillas disponibles y, sobre todo, podría conllevar un aumento del uso de combustibles fósiles y pesticidas, lo que afectaría negativamente a la sostenibilidad. La Comisión analizó estos aspectos en el contexto de los posibles daños para la innovación, en concreto respecto a los aspectos relativos a esfuerzos de innovación y a sus resultados.

Debe tenerse en cuenta que es bastante frecuente que los fabricantes de productos sostenibles, por ejemplo, en el ámbito agrícola y ganadero, sean en muchos casos pequeños productores. Por ello, las concentraciones en estos mercados pueden tener importantes efectos negativos sobre este tipo de productos, no solo por la disminución de la variedad de productos sostenibles disponibles, sino también a efectos de supervivencia de una economía rural sostenible como consecuencia de la creación de grandes empresas dedicadas a la producción biológica. Por otro lado, se podría incluso hacer mención a los efectos negativos que este tipo de operaciones podría tener sobre poblaciones rurales, dado el importante papel que los productos sostenibles están jugando en el ámbito rural como alternativa de viabilidad económica para las zonas rurales y elemento de fijación de la población en estas zonas para evitar su despoblación y abandono.

Otra tipología de operaciones de concentración preocupantes desde la óptica de la sostenibilidad son las denominadas “killing acquisitions”, esto es, operaciones cuyo único o principal objetivo para la empresa adquirente es hacerse con el control de la empresa adquirida para evitar el desarrollo o la comercialización de una tecnología más limpia. Con carácter general, la identificación de “killing acquisitions” ha cobrado especial interés en operaciones de concentración en mercados digitales, pero no puede descartarse que este tipo de operaciones puedan darse en otros sectores o tecnologías con incidencia en el desarrollo sostenible. Imaginemos, por ejemplo, la adquisición de *start-ups* dedicadas a la fabricación de baterías por parte de empresas de generación no renovable, con el único fin de paralizar dicha tecnología y evitar con ello que se solucione el problema de la intermitencia de las energías renovables con las que compiten en el mercado de generación de electricidad.

En sentido contrario, las concentraciones también pueden ser elementos que permitan la apreciación de los activos sostenibles. Al efecto, se podría citar la operación Repsol / Viesgo²⁶, en la que Repsol alcanzó un acuerdo con los fondos

²⁶ EXPEDIENTE C/0975/18 REPSOL/VIESGO GENERACIÓN.

Macquarie y Wren House para comprar los negocios no regulados de generación de electricidad de bajas emisiones de Viesgo, así como su comercializadora de gas y electricidad. Repsol se convierte así en un nuevo entrante en el mercado de generación, que viene del segmento de hidrocarburos y debe llevar a cabo una transición ecológica hacia otros mercados de energía (electricidad), para lo cual compra únicamente los activos de generación renovable de Viesgo por su compromiso con las energías limpias, ámbito en el que se centra el nuevo plan estratégico de inversiones de REPSOL.

Pregunta 2: ¿Considera que la garantía del cumplimiento de la normativa de concentraciones podría contribuir mejor a proteger el medio ambiente y los objetivos de sostenibilidad del Pacto Verde? En tal caso, explique de qué manera.

En línea con lo comentado más arriba, se debe considerar incluir criterios de sostenibilidad en el análisis de concentraciones, pero como parte del análisis de eficiencias que debe llevarse a cabo para autorizar la concentración. Una vez definida la sostenibilidad como prioridad estratégica para las autoridades de competencia y, si ésta es incluida como un elemento transversal a tener en cuenta en la política de competencia, se hará necesario valorar la sostenibilidad en todas las actuaciones de las autoridades de competencia y por tanto también en la evaluación de las operaciones de concentración.

Así, de la misma forma que las autoridades de competencia tienen en cuenta criterios relativos a los derechos de propiedad intelectual a la hora de analizar las concentraciones y los posibles efectos de dicha concentración en la innovación, se podrían analizar igualmente con la misma lógica los efectos de estas operaciones de concentración en el ámbito de la sostenibilidad para poder valorarlos de forma conjunta en el análisis de la operación. Un precedente en este sentido sería la Decisión de la Comisión en el Asunto Dow/Dupont M.7932 (2017) en el que se tuvieron en cuenta aspectos ambientales y de salud pública.

Ello permitiría, por un lado, valorar las eficiencias que la concentración supone en términos de sostenibilidad, pero igualmente, para aquellos supuestos en los que la concentración fuera dañina para el medio ambiente, imponer condiciones que palíen estos efectos negativos.

Por otro lado, cabe recordar que la normativa de varios países en materia de concentraciones recoge la posibilidad de tener en cuenta en el análisis factores relativos al interés público en sus diversas manifestaciones. Este es el caso de la ley española de defensa de la competencia, que recoge la preocupación por la protección del medio ambiente y la sostenibilidad en su artículo 10.4. En dicho artículo se permite que el Consejo de Ministros pueda valorar las

concentraciones económicas atendiendo a criterios de interés general distintos de la defensa de la competencia, entre los que se encuentra la protección de la seguridad o salud públicas y la protección del medioambiente, en lo que ha venido a llamarse la tercera fase del control de concentraciones.

Si bien las consideraciones de interés público no forman parte del análisis sustantivo de una operación de concentración en el ámbito de la Unión Europea, al amparo del artículo 21(4) del Reglamento 139/2004 de Concentraciones Europeo, los Estados miembros podrían hacerse eco de otros intereses legítimos entre los que consideramos podría incluirse la sostenibilidad.

La inclusión de estas consideraciones de sostenibilidad en el análisis de las concentraciones requeriría igualmente una revisión de los instrumentos de evaluación de las mismas (conceptos, herramientas y perfiles, tal y como se ha señalado para la evaluación de los acuerdos de cooperación).

BORRADOR