

ESTUDIOS JURÍDICOS EN HOMENAJE AL PROFESOR ÁNGEL ROJO

TOMO I ESTUDIOS JURÍDICOS

Estudios de Derecho civil

Constitución económica, empresario, consumidor

Derecho de la competencia y de la propiedad industrial e intelectual

Derecho de los mercados financieros y del seguro

Derecho de la navegación marítima y aérea

Varios

Coordinadoras

M.^a JOSÉ CASTELLANO ANA BELÉN CAMPUZANO

Comité Académico

Pietro Abbadessa	Aurora Martínez Flórez
Carmen Alonso Ledesma	Giuseppe B. Portale
Renzo Costi	Andrés Recalde Castells
José M. Garrido	Ignacio Tirado Martí
Klaus J. Hopt	Jorge Tomillo
Francisco León	Mercedes Vérguez

Secretaría Técnica

Marta Flores Segura	Francisco Marcos
Enrique Gandía	M. ^a Luisa Sánchez Paredes

¿Una exención antitrust para los acuerdos de sostenibilidad? Reflexiones desde la «excepción Albany»*

FRANCISCO GONZÁLEZ CASTILLA

*Catedrático de Derecho mercantil
Universitat de València*

SUMARIO: I. ANTITRUST, SOSTENIBILIDAD Y LA «EXCEPCIÓN ALBANY», 25 AÑOS DESPUÉS. 1. *En torno al encaje de la sostenibilidad en los objetivos del Derecho de defensa de la competencia.* 2. *La «excepción Albany» como precedente de una posible exención de los acuerdos entre competidores sobre sostenibilidad.* II. LA CARA OCULTA DE ALBANY: LECCIONES ANTE LA EXENCIÓN DE LOS ACUERDOS DE SOSTENIBILIDAD. 1. *El problema del estrechamiento de la actuación de las autoridades de competencia.* 2. *Una muestra del problema: la invulnerabilidad de sistemas de homologación de la formación que afectan a otros mercados o a terceros.* III. CONCLUSIÓN: LA EXPERIENCIA DE ALBANY NOS RECOMIENDA REGULACIÓN, NO EXENCIÓN.

*. Estas reflexiones que traemos con ocasión del Homenaje al Profesor Ángel Rojo constituyen una primera aportación al debate sobre la *aplicación del Derecho de la competencia a los acuerdos de colaboración entre empresas sobre sostenibilidad* y ha sido elaborado en el marco de los proyectos «Concentración, daños, abuso y cooperación en mercados digitales», financiado por MCIN/ AEI/10.13039/501100011033/, y «Competition power control», del Programa para la promoción de la investigación científica, el desarrollo tecnológico y la innovación en la Comunitat Valenciana, financiado por la GVA.

«*Algunas veces, cuando las cuestiones son complicadas, las respuestas son sencillas. Esta no es una de esas ocasiones*»

Abogado General Sr. M. POIARES MADURO, en *Viking*¹

I. ANTITRUST, SOSTENIBILIDAD Y LA «EXCEPCIÓN ALBANY», 25 AÑOS DESPUÉS

1. EN TORNO AL ENCAJE DE LA SOSTENIBILIDAD EN LOS OBJETIVOS DEL DERECHO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Si quisiéramos escoger una sola palabra para describir el actual *signo de los tiempos* en la regulación económica, la primera opción sería sin duda «sostenibilidad».

Como bien conoce el lector, los criterios ambientales, sociales y de gobernanza (en adelante por habitual su acrónimo inglés, ESG) se han convertido en pocos años en un eje transversal de las políticas de la Unión Europea, generando una copiosa producción normativa y estableciendo nuevas exigencias para las empresas, sus gestores y la propia Administración². De

1. Conclusiones del Abogado General Poiares Maduro presentadas el 23 de mayo de 2007 en el Asunto C-438/05, «*The International Transport Workers*» Federation y *The Finnish Seamen's Union* contra *Viking Line ABP* y *OÜ Viking Line Eesti*. La frase que utiliza el AG Poiares en el primer párrafo de sus conclusiones en *Viking* se refería a la tensión entre las políticas sociales y las necesarias para el establecimiento de un mercado único competitivo. El conflicto hoy se presenta entre la aplicación del Derecho de la competencia y la conveniencia de que existan acuerdos entre competidores que contribuyan a la sostenibilidad.
2. La cita de documentos institucionales (y académicos) relacionadas con el *Pacto Verde Europeo* y el resto de los objetivos ligados a la sostenibilidad sería ingente. Se aconseja al lector interesado partir de la web de la Comisión donde se enumeran las orientaciones políticas y resultados normativos de la *Comisión Von der Leyen* en relación con el *Green Deal* y el resto de compromisos de sostenibilidad (https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/story-von-der-leyen-commission/european-green-deal_en?prefLang=es). Debe recordarse que desde el Reglamento (UE) 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) núm. 401/2009 y (UE) 2018/1999 («Legislación europea sobre el clima») los compromisos relacionados con la neutralidad climática son auténticas obligaciones para los Estados miembros evaluadas por la Comisión, lo que anticipa nuevos instrumentos normativos y exigencias en esa línea. En el paquete normativo europeo más reciente, tienen especial relevancia el Reglamento Delegado (UE) 2023/2772 de la Comisión, de 31 de julio de 2023, por el que se completa la Directiva 2013/34/UE en materia de divulgación de información no financiera

hecho, muchos analistas comparan los cambios que el *movimiento ambiental, social y de gobernanza* está provocando en las estructuras de decisión y funcionamiento empresarial con el producido en las últimas décadas por la transformación digital.

Sin embargo, la analogía no es del todo afortunada. *Entre la transformación digital y la transformación sostenible* hay una diferencia socio-jurídica muy relevante:

La revolución digital ha sido una transformación nacida de la innovación, es decir, del *mercado*. Por ello el legislador ha ido siempre a remolque, dando solución con mayor o menor acierto a los distintos problemas generados por la digitalización a medida que ésta iba transformando de raíz completos sectores empresariales. Se puede decir que en este ámbito el Derecho ha *reaccionado* ante los nuevos comportamientos y actuaciones de las empresas, como demuestra el desarrollo progresivo de la protección de datos o la reciente regulación de los mercados y servicios digitales.

Por el contrario, la transformación sostenible es un movimiento fundamentalmente *ordenador de la realidad*, esto es, *regulatorio*. Se trata de una corriente que pretende *transformar el mercado* mediante la intervención o el impulso institucional, con el objetivo de *alinear el comportamiento de las empresas* con los objetivos de desarrollo sostenible, convertidos en el nuevo mantra de las políticas públicas.

e información sobre diversidad, impulsando las Normas Europeas de Información sobre Sostenibilidad (NEIS) que va a acentuar las obligaciones de transparencia de las empresas; y especialmente la recentísima Directiva (UE) 2024/1760 del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de junio de 2024 sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad y por la que se modifican la Directiva (UE) 2019/1937 y el Reglamento (UE) 2023/2859 (DOUE 5.7.2024), llamada a ser pieza clave de este modelo. En cuanto al contenido de lo que la Comisión considera sostenibilidad es amplísimo. Por ejemplo, señalan las *Directrices horizontales 2023*, que la sostenibilidad «se refiere a 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. Abarca actividades que promueven el desarrollo económico, medioambiental y social (incluidos los derechos laborales y humanos). Por lo tanto, el concepto de objetivo de sostenibilidad comprende, entre otras cosas, luchar contra el cambio climático (por ejemplo, mediante la reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero), reducir la contaminación, limitar el uso de los recursos naturales, respetar los derechos humanos, garantizar unos ingresos dignos, fomentar infraestructuras resilientes y la innovación, reducir el desperdicio de alimentos, facilitar la transición hacia alimentos saludables y nutritivos, garantizar el bienestar animal, etc.» (*Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal* [2023/C 259/01], 517).

Esa profusión normativa *incentiva a las empresas a la cooperación más que a la competencia*, puesto que las necesidades de inversión, riesgo empresarial y complejidad en la gestión impuestas por las exigencias sobre medio ambiente, buen gobierno y responsabilidad social parecen inasumibles sin cierta cooperación entre competidores.

Ahora bien, como toda colaboración empresarial, esa cooperación para lograr los objetivos ESG —lo que algunos llaman la «*noble co-opetition*»³— puede generar *riesgos anticompetitivos*: tanto oportunidades de cartelización bajo el paraguas de la sostenibilidad, como el desarrollo de comportamientos contractuales cuestionables como, por ejemplo, negativas injustificadas a contratar o imposición de prestaciones suplementarias que se amparen *formalmente* en el cumplimiento de estándares de sostenibilidad⁴.

-
3. *Co-opetition* como contracción de *cooperation* y *competition* es un término con el que se quiere hacer referencia a la cooperación entre competidores diseñada para alcanzar un objetivo común, comportamiento lícito siempre que sea coherente con el bienestar del consumidor. Esta tendencia nacida en la literatura de gestión empresarial (por todos, BRANDENBURGER, A. y NALEBUFF, B., «The Rules of Co-opetition», *Harvard Business Review*, January-February 2021, págs. 2-11), se ha puesto de moda en los estudios más recientes sobre los objetivos ESG y su fiscalización antitrust: así, señala DOLMANS que esa competencia noble supone ayudar a tus rivales a alcanzar todo su potencial, es una carrera hacia la cima en lugar de una competencia que lleve a una *race to the bottom*; una competencia atemperada por la cooperación que permitiría abordar la crisis climática (DOLMANS, M., «Competition Overdose, “noble co-opetition”, and the climate change example», *Concurrences* N° 1-2022, *On-Topic. Competition overdose: Exploring the limitations, searching for the treatment*, págs. 39-47 [págs. 40, 43]).

Maurits DOLMANS menciona como posible ejemplo de esta *cooperación en la sostenibilidad* la necesaria adaptación de las grandes petroleras a un mundo neutral en las emisiones de carbono: a pesar de esta necesidad de reinventarse, es posible que no inviertan lo suficiente en alternativas limpias y ecológicas por miedo a que sus rivales se aprovechen y les roben clientes. Sus rivales, a su vez, pueden temer lo mismo de ellos. La cooperación puede ser una forma adecuada de resolver ese problema de acción colectiva (DOLMANS, M., «Competition Overdose, “noble co-opetition”, and the climate change example», *cit.*, pág. 43).

4. De hecho, dados los numerosos riesgos de esa cooperación los críticos apuntan que no parece que sea una buena política relajar las normas de competencia para dar cabida al raro acuerdo genuino de sostenibilidad (SCHINKEL, M. P. U TREUREN, L., «Green Antitrust: [More] Friendly Fire in the Fight against Climate Change», versión actualizada de «Green antitrust: Friendly fire in the fight against climate change» en Holmes, Middelschulte y Snoep [eds.], *Competition Law, Climate Change & Environmental Sustainability*, *Concurrences*, 2021, Amsterdam Law School Research Paper Núm. 2020-72, disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3749147>).

En este sentido, creemos que el cambio acelerado de objetivos del regulador europeo —centrado hoy en la profundización en los criterios ESG— desprecia la posibilidad y ventajas de promover una *sostenibilidad competitiva*⁵. Es más, no solo se desarrollan unas políticas de sostenibilidad que toman las exigencias del mercado único y del Derecho de la competencia casi como límites inoportunos, sino que se reclama que sean las autoridades de defensa de la competencia y el sistema de Derecho antitrust europeo los que asuman de forma *prioritaria* los objetivos de sostenibilidad ambiental, social y de gobernanza al evaluar posibles acuerdos restrictivos.

Las políticas orientadas a la sostenibilidad tendrían, en definitiva, un *carácter cuasiconstitucional y transversal* que debería reconocerse por parte de las distintas administraciones y, en ese marco normativo, se necesitaría un nuevo *antitrust policéntrico y ecológico*⁶.

En esta línea, los cambios en los Reglamentos y Directrices de la Comisión han ido integrando estas políticas en el entramado del Derecho de la competencia⁷. La propia comisaria Vestager lo subrayaba recientemente: «nuestras

-
5. Señalan SCHINKEL y TREUREN que el movimiento *antimonopolio verde* considera que para acelerar la consecución de los objetivos de sostenibilidad hay que permitir restricciones a la competencia. Sin embargo, los datos económicos que manejan estos autores apuntan a que el estímulo adecuado para inducir los esfuerzos de sostenibilidad es una *mayor competencia, no una menor*. Los incentivos para producir de forma más sostenible se incrementan cuando las empresas compiten más que cuando se les permite llegar a acuerdos de sostenibilidad que suelen tener una *cara oculta*. Según estos autores el *antimonopolio verde* puede suprimir las fuerzas del mercado que impulsan a las empresas a producir de forma más sostenible, sobrecargar a las autoridades de la competencia, favorecer la formación de cárteles *greenwashing* y, finalmente, permitir a las autoridades que deberían promover la sostenibilidad una excusa más para eludir su responsabilidad regulatoria (SCHINKEL, M. P. U. y TREUREN, L., «Green Antitrust: [More] Friendly Fire in the Fight against Climate Change», *passim*).
 6. Sin embargo, una cosa es subrayar la necesidad de que el antitrust tenga en consideración los nuevos valores y retos legítimos de la sociedad (así, ANDRIYCHUK, O., «Introduction», *Concurrences* N° 1-2022, *On-Topic. Competition overdose: Exploring the limitations, searching for the treatment*, págs. 2-4 [pág. 3]), y otra distinta argumentar que los objetivos ESG *deben ser preferidos ante los presuntos fallos de un mercado que no tendría en cuenta las externalidades contra el medio ambiente*.
 7. En el ámbito de la exención de acuerdos verticales, el Reglamento (UE) 2022/720 de la Comisión de 10 de mayo de 2022 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 y sus Directrices valoran en diversas ocasiones los parámetros de sostenibilidad. Por ejemplo, cuando se permiten los pactos de no competencia de más de cinco años en el entorno de acuerdos de imposición de

nuevas Directrices horizontales aclaran que las normas de Derecho de la competencia no obstaculizan los acuerdos entre competidores que persigan un objetivo de sostenibilidad»⁸.

Pero, como decíamos, junto a la pretensión de un *Derecho antitrust verde* (decisión de política regulatoria que puede ser objeto de crítica, pero que está amparada por la legitimidad democrática) también se reclama un cambio en los objetivos de las autoridades de competencia, ligados tradicionalmente

marca única (en los que se induce al comprador a concentrar sus pedidos en un único proveedor) si el vendedor realizó una inversión para hacer su producción más sostenible y ahora tiene que amortizarla. O cuando se ponen ejemplos sobre acuerdos de distribución selectiva donde el proveedor incluya criterios cualitativos de sostenibilidad en la selección de sus distribuidores, como tener instalaciones de reciclaje o garantizar la entrega de los productos a través de medios de transporte ecológicos.

También en materia de horizontales, las nuevas Directrices de julio de 2023 (2023/C 259/01) incluyen una completa regulación y ejemplos sobre el tratamiento de los acuerdos de sostenibilidad entre empresas. Tanto en sede de evaluación de dichos acuerdos a los efectos de su autorización ex art. 101.3 (por ejemplo considerando como mejora de eficiencia reubicar la producción en zonas cercanas a fuentes de energía sostenibles); como en aplicación del art. 101.1 (por ejemplo al señalar que si las empresas prueban que el acuerdo persigue un objetivo de sostenibilidad pueda ser considerado como restrictivo por el efecto y por tanto, tener que valorarse sus consecuencias anticompetitivas para ser sancionado).

Sobre la evolución de esta normativa, con ulterior análisis, v. DE LA VEGA, F., «El Derecho europeo de la competencia ante los “acuerdos de sostenibilidad”», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2022, vol. 14, núm. 2, págs. 825-850.

8. Discurso de M. Vestager (18 de marzo de 2024). *Cumbre de la Energía Limpia. Apoyo a los mercados de la transición energética*: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/speech_24_1547

Esta misma línea de argumentación es la sostenida por la Comisión en los últimos tiempos. En el *Brief* «Competition policy in support of Europe’s green ambition», por ejemplo, se insistía en que las empresas podían celebrar acuerdos de cooperación en iniciativas de sostenibilidad y anticipaban las medidas que se iban a introducir en las Directrices para clarificar los tipos de acuerdos de cooperación que se consideraban esenciales para perseguir objetivos de sostenibilidad (European Commission, «Competition policy in support of Europe’s green ambition», *Competition policy brief* 2021-01, 10 septiembre 2021, págs. 2 y 5). Y así lo han hecho las Directrices de julio de 2023 estableciendo en su capítulo 9 orientaciones sobre cómo se evaluarán los tipos de acuerdos de cooperación horizontal más habituales con arreglo al artículo 101 cuando persigan objetivos de sostenibilidad.

En el mundo académico también es frecuente la apelación a que la política de competencia es parte de la solución y no del problema considerándola —y aquí está el elemento que nos parece criticable— una herramienta más para la consecución de los objetivos del Green Deal (v. en esta línea, DOLMANS, M., «Sustainable competition policy», *Competition Law and Policy Debate*, 2020, 5[4], págs. 4-23).

—como es sabido— al funcionamiento del mercado y el criterio del bienestar del consumidor⁹.

En este punto creemos que hay que obrar con mucha cautela. En especial porque el principal problema que se pone sobre la mesa para insistir en ese cambio de prioridades parece que debiera ser solucionado, en su caso, más con regulación que con el control *ex post* propio de las autoridades de competencia: aun partiendo de que sea cierto que *las externalidades que la producción y el consumo imponen a la sociedad no se incluyen en el precio de mercado que pagan los consumidores, lo que determina una asignación ineficiente de los recursos y una sobreproducción insostenible*¹⁰ ¿no se trata de un problema regulatorio, como

-
9. Somos conscientes del intenso debate científico y político que se está produciendo en torno a dichos criterios y al papel del Derecho de la competencia en la articulación de nuestra sociedad. Véase, NOWAG, J., *Sustainability & Competition Law and Policy*, OECD, Directorate for Financial and Enterprise Affairs Competition Committee, DAF/COMP(2020)3, págs. 9-10, y *passim*; también en «Antitrust and Sustainability: An Introduction to an Ongoing Debate» *Promarket*, 23 de febrero de 2022, <https://www.promarket.org/2022/02/23/antitrust-sustainability-climate-change-debate-europe/>

Un buen ejemplo de estos debates es el polémico trabajo de los profesores STUCKE, M. E. y EZRACHI, A., *Competition Overdose: How Free Market Mythology Transformed Us from Citizen Kings to Market Servants* (Harper Business, 2020) y su crítica de esa presunta sobredosis de antitrust y los excesos del *more economic approach*. En el núm. 1-2022 de *Concurrences, On-Topic. Competition overdose: Exploring the limitations, searching for the treatment*, varios autores de referencia comentan la obra de STUCKE y EZRACHI. Dejando a un lado la discusión de otras propuestas *neobrandeisianas*, en este punto coincidimos con la mayoría de los autores de la última obra citada: no creemos que se pueda decir que estamos ante una *sobredosis de competencia* (COYLE, D., «The state and the market: Reflections on Competition Overdose», pág. 8).

En general, como argumentamos en texto, no compartimos las propuestas de cambiar la prioridad de los objetivos del Derecho de la competencia, que en el fondo pretenden que sirva para corregir todo tipo de males sociales y económicos (también en esta línea, MANNE G.A., «Should Antitrust Enforcement Account for Socially Desirable, but Otherwise Anticompetitive, Objectives?», *International Center for Law & Economics, paper prepared for 2021 ABA Antitrust Spring Meeting*, March 26, 2021, pág. 6).

10. Por todos, DOLMANS, M., «Competition Overdose, “noble co-opetition”, and the climate change example», cit., pág. 39-40, donde señala que «los costes que la producción y el consumo imponen a la sociedad —incluidos el cambio climático, la contaminación a gran escala y la pérdida de biodiversidad— no se incluyen en el precio de mercado que pagan los consumidores». El mismo autor insiste en el argumento en «Sustainable competition policy», cit., pág. 7: «La política de competencia es inadecuada en su búsqueda del bienestar de los consumidores si se ignoran fallos del mercado como las externalidades de los precios. Las autoridades anti-monopolio sólo pueden proteger adecuadamente el bienestar de los consumidores si se tiene en cuenta el “precio real”».

Otros autores no comparten este presunto axioma de que la colaboración entre empresas permitiría que el contaminador y sus clientes siguieran pagando un precio menor al

lo son la protección de los derechos laborales, los problemas de tráfico, circulación y seguridad vial o el control de emisiones contaminantes?

Además, atender a esa reclamación de que las autoridades de competencia tengan en consideración los efectos «*fuera del mercado*» —propia del *stakeholder approach*— las sitúa en un ámbito político que, como se ha criticado, puede comprometer su independencia e incrementar su imprevisibilidad¹¹.

En definitiva, consideramos —como señalara la Comisión Nacional del Mercado de Valores en su contribución a la consulta de la Comisión sobre política de la competencia y *Green Deal*—, que lo importante sigue siendo *impedir la fragmentación del mercado, mantener la coherencia de las normas de competencia y evitar las diferencias en su interpretación que se producirían al introducir ponderaciones de eficiencias medioambientales y otros criterios ajenos a la afectación al mercado*¹². Y ello sin olvidar que esa presunta acción *proactiva* en sostenibilidad requeriría de un personal especializado y de unos recursos que no parecen estar a disposición de las autoridades de competencia¹³.

Pero es que, en cualquier caso, la crítica al presunto obstáculo para la sostenibilidad que supone la actuación de las autoridades de defensa de la competencia tiene mucho de artificio.

no asumir las externalidades de su actividad. Por ejemplo, VELJANOVSKI, C., «The case against green antitrust», *European Competition Journal*, 2022, 18:3, págs. 501-513 [págs. 509-510].

11. Así lo señala TIROLE, J., «Socially responsible agencies», *Competition Law & Policy Debate*, 2022, 7, 4, págs. 171-177 [págs. 173 y 177]. Destaca la incapacidad de las herramientas antitrust para el análisis de esos *valores no económicos*, MANNE G.A., «Should Antitrust Enforcement Account for Socially Desirable, but Otherwise Anticompetitive, Objectives?», cit., pág. 10.

Sin embargo, también hay quien subraya el derecho democrático de cualquier autoridad antimonopolio de perseguir objetivos políticos, como el medio ambiente. Es más, considerando la urgencia de esos objetivos se llega a sostener, como relatamos en texto, que siempre que la Comisión o una autoridad nacional tome decisiones en materia de competencia, debería evaluar sistemáticamente el impacto medioambiental como parte del análisis del bienestar del consumidor, y si la reducción o el aumento de la competencia probablemente aumentará o reducirá el impacto medioambiental (DOLMANS, M., «Sustainable competition policy», cit., págs. 10-11).

12. V. CNMV, *Respuesta a la consulta pública «Competition policy supporting the Green Deal»*, 2020, pág. 5 y *passim*.
13. Aunque hay que señalar que el examen de los planes de actuaciones de la CNMC muestra una intensa agenda de nuestra autoridad en relación con los ODS: v. DE GUINDOS TALAVERA, B., «Contribución de la política de competencia en España en la Agenda 2030», *Anuario de la competencia*, 2019, 1, págs. 11-36 [págs. 18-23].

Por un lado, porque las autoridades realizan desde hace décadas una *aplicación razonable* de la prohibición de los acuerdos restrictivos, contrastando los perjuicios anticompetitivos con los beneficios sociales y económicos y el bienestar del consumidor. Así lo muestran, por ejemplo, los casos de aplicación del artículo 101.3 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. De hecho, la inclusión de la *sostenibilidad como criterio europeo en la evaluación antitrust* de los acuerdos entre empresas es un elemento que se ha consolidado en las nuevas normas del Derecho de la Competencia, especialmente en las nuevas Directrices sobre acuerdos horizontales y verticales¹⁴.

Por otro, no se conoce un caso de acuerdo de cooperación —realmente destinado a promover una producción más sostenible— que haya sido *bloqueado* por una autoridad de competencia¹⁵. Mientras que sí han sido más habituales los pactos empresariales que bajo la etiqueta verde escondían auténticos cárteles. Cabe recordar el caso de los *Detergentes de uso doméstico* (Decisión de la Comisión de 13 de abril de 2011, Case COMP/39579) donde bajo una aparente cooperación medioambiental para la reducción de dosis y peso de los detergentes se escondía un acuerdo anticompetitivo para controlar precios y estabilizar el mercado; o el *cartel AdBlue* donde las empresas cooperaron para desarrollar un sistema más ecológico de tratamiento de las emisiones, pero cuidándose de limitar el porcentaje de gases eliminados al mínimo exigible y renunciando a hacerse competencia en dicha tecnología¹⁶.

14. Como se aprecia especialmente en el capítulo 9.3 de las *Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal* [2023/C 259/01] ofreciendo a los operadores orientación sobre la evaluación de la competencia de los acuerdos que persiguen objetivos de sostenibilidad. Por todos, véase, DE LA VEGA, F., «El Derecho europeo de la competencia ante los “acuerdos de sostenibilidad”», cit., pág. 850 y *passim*.

15. Como apunta expresamente VELJANOVSKI, C., «The case against green antitrust», cit., pág. 503.

16. VELJANOVSKI, repasa estos y otros casos que apoyan la tesis de que si se relaja la defensa de la competencia para promover objetivos sociales, apoyando además foros sostenibles para la cooperación, los supuestos beneficios no se materializarán porque las empresas verán una oportunidad para participar en comportamientos de cartel («The case against green antitrust», cit., pág. 504-507).

Otros autores consideran, sin embargo, que hay que promover esa cooperación y que el art. 101.3 TFUE permite un análisis reflexivo para separar lo *bueno* (acuerdos de sostenibilidad que benefician a todos) de lo *malo* (los supuestos de colusión como el cártel AdBlue, que no serían la regla general): DOLMANS, M., «Competition Overdose, “noble co-opetition”, and the climate change example», cit. pág. 41.

En conclusión, además de que es dudoso el argumento de que la cooperación contribuya a una mayor innovación por parte de las empresas, la experiencia nos demuestra que el incentivo de esa cooperación suele ser la posibilidad de (i) *limitar la competencia en sostenibilidad* o (ii) *imponer colectivamente precios supracompetitivos* en el caso de que el mercado no esté dispuesto a pagar el coste del producto sostenible. Y es que, en definitiva, la pretensión de que las autoridades deban contribuir a la consecución de los objetivos ESG al evaluar las prácticas restrictivas abre toda una serie de cuestiones de política de competencia que están lejos de haber sido resueltas¹⁷.

2. LA «EXCEPCIÓN ALBANY» COMO PRECEDENTE DE UNA POSIBLE EXENCIÓN DE LOS ACUERDOS ENTRE COMPETIDORES SOBRE SOSTENIBILIDAD

Junto a la reivindicación de un *Derecho de la competencia ecológico* a la que nos hemos dedicado en el epígrafe anterior, una segunda exigencia que se plantea desde la sostenibilidad es que se reconozca *una cierta exención anti-trust de los acuerdos ligados a la consecución de los objetivos ESG*.

La discusión se ha centrado en los últimos tiempos en los criterios de evaluación de los acuerdos de sostenibilidad, especialmente al hilo del proceso de elaboración de las nuevas Directrices de verticales y horizontales que, como ya hemos señalado, han desarrollado en detalle la *sostenibilidad como criterio europeo en la evaluación antitrust*. Así el capítulo 9 de las Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal nos ofrece ejemplos y pautas sobre los acuerdos entre empresas que, vinculados a la consecución de objetivos sostenibles, pueden (o no) generar problemas de competencia, tanto a los efectos del art. 101.1 como de la interpretación de los requisitos del artículo 101.3 del mismo Tratado, es decir, respecto de las condiciones en las que dichos acuerdos entre competidores pueden acogerse a la *autorización* al producir los mismos efectos positivos para la economía que generaría la competencia que, en su caso, limitan¹⁸.

17. Exposiciones críticas de TIROLE, J., «Socially responsible agencies», cit., esp. págs. 172-174; y SCHINKEL, M. P. U TREUREN, L., «Green Antitrust: (More) Friendly Fire in the Fight against Climate Change», cit., *passim*; VELJANOVSKI, C., «The case against green antitrust», cit., *passim*.

18. Sobre esta cuestión, con gran detalle en el análisis, DE LA VEGA, F., «El Derecho europeo de la competencia ante los “acuerdos de sostenibilidad”», cit., especialmente págs.

Sin embargo, no queremos aquí analizar la posible *interpretación sostenible* de las condiciones que deberían cumplir los acuerdos entre competidores para arribar a ese *puerto seguro*; ni tampoco la eventual aplicación a los acuerdos de sostenibilidad de otras excepciones reconocidas en el Derecho de la competencia (regla de *minimis*, reglamentos de exención por categorías, conductas autorizadas por Ley, etc.) *sino reflexionar sobre la posibilidad de reconocer una exención general de los acuerdos sobre sostenibilidad, al estilo de las existentes en otras políticas sensibles de la Unión.*

En resumen, a partir de este momento *nos situamos en el terreno de la inmunidad frente al artículo 101.1 del Tratado.* Y nuestro objetivo es utilizar la experiencia de Albany para reflexionar sobre *si la evaluación de los acuerdos de sostenibilidad debería gozar de un principio de exención ratione materiae que pueda alcanzar incluso a los acuerdos que afecten a la actividad económica de las empresas (a parámetros de competencia: precio, cantidad, calidad, innovación, etc.) a partir de la prevalencia de las políticas de sostenibilidad.*

La *exención como* posible vía de solución al conflicto entre las políticas sectoriales de la Unión y la política de competencia no es algo nuevo.

En el caso del sector agrario —quizá el ejemplo más habitual— el propio Derecho fundacional reconoció su especialidad al disponer que las normas de competencia solo serían aplicables a la producción y comercio de productos agrícolas en la medida determinada por las instituciones europeas en el marco de la organización común de los mercados agrícolas y teniendo en cuenta los objetivos de la política agrícola establecidos por el propio tratado (art. 42 TFUE, antiguo artículo 36 TCE).

846-849. Véase también, DE GUINDOS TALAVERA, B., «Contribución de la política de competencia en España en la Agenda 2030», cit. págs. 23-30.

En particular, la principal polémica radicaba en si debe considerarse que un acuerdo alineado con objetivos ESG está *por ese solo hecho* reservando a los usuarios una participación en el beneficio resultante. Los otros requisitos del art. 101.3 TFUE plantean menos problemas en su aplicación. Por un lado, los acuerdos de sostenibilidad están mejorando la producción o distribución de los productos o fomentando el progreso técnico o económico. En cuanto a la necesidad de que la restricción sea la mínima posible y que el acuerdo no ofrezca a las empresas la posibilidad de eliminar la competencia, no se plantean problemas muy distintos a otro tipo de acuerdos.

Como es lógico el encaje en el art. 101.3 TFUE no solo es el más tratado por la doctrina académica, sino también por los Estados miembros que han implementado disposiciones para suavizar la aplicación de la prohibición de los cárteles a los acuerdos de sostenibilidad (Austria, Grecia o Países Bajos), v. los comentarios a esa normativa en TIROLE, J., «Socially responsible agencies», cit., pág. 173.

En el ámbito de las políticas sociales, el supuesto paradigmático es el de la *exención jurisprudencial* de los acuerdos celebrados en el marco de la negociación colectiva entre los trabajadores y los empresarios. En efecto, los convenios que tengan por finalidad mejorar las condiciones de empleo y de trabajo están excluidos del ámbito de aplicación del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, apartado 1 en aplicación de lo que se conoce como *excepción Albany*¹⁹.

Pues bien, creemos que en esta sede hay una conexión evidente entre las justificaciones que llevaron a la excepción de los convenios colectivos y las razones que se argumentan en torno a los acuerdos de sostenibilidad (de hecho, las nuevas Directrices sobre acuerdos de cooperación horizontal apelan a *Albany* en sus fundamentos)²⁰. Y por ello *examinar cómo se viene aplicando la vieja exención social al Derecho de la competencia tiene mucho que decirnos sobre futuras exenciones*²¹.

En particular, en plena polémica sobre *cambio climático, regulación y anti-trust*, el *examen de la aplicación de esta doctrina* —25 años después— puede alertarnos de algunos *riesgos para el mercado de las reservas objetivas o ratione materiae* al Derecho antitrust.

En efecto, como vamos a tratar de demostrar en el siguiente epígrafe, la aplicación de la *excepción Albany* por nuestra jurisprudencia social y administrativa ha ido subrayando la naturaleza *objetiva* de lo que debiera ser una limitación *circunstanciada*. La consecuencia es que *determinados acuerdos incluidos en los convenios, que exceden de los objetivos de política social y que pueden afectar a terceros y a otros mercados*, se sustraen habitualmente del análisis de las autoridades de competencia. Y como botón de muestra utilizaremos un ejemplo muy reciente en nuestro país: *la generalización en los convenios colectivos de sistemas específicos de control de los sistemas de formación profesional y del llamado «plus compensatorio de formación»*.

19. SSTJCE de 21 de septiembre de 1999, asuntos acumulados *Albany, Brentjens, Drijvende Bokken*, C-67/96, C-115/97 a C-117/97, C-219/997.

20. V. Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal (2023/C 259/01), nota 365.

21. Como señalara el Profesor Ángel ROJO a su auditorio en la celebración del día de San Raimundo de Peñafort de 2022 —tratando otro problema difícil: la *unidad del Derecho privado del mercado*— «*situarnos en el hoy es un error*». Continuaba la cita: «*Sólo desde una cierta perspectiva del éxito y del fracaso del “proyecto codificador” es posible encontrar la explicación de la situación en la que nos encontramos y que padecemos*» (Á. ROJO, «El problema de la unidad del Derecho privado del mercado», *Diálogos Jurídicos*, 2023, 8, págs. 133-145 [pág. 135]).

Creemos, pues, útil volver al inicio de todo, *cuando la sostenibilidad no se llamaba sostenibilidad* y se tuvo que construir una exención judicial para la negociación colectiva desde la protección de la política social. A partir de ahí veremos brevemente el problema de que se excluyan del escrutinio antitrust cláusulas de los convenios que realmente tienen efectos restrictivos para terceros²², y desde ese análisis podremos valorar los riesgos del reconocimiento de exenciones similares en ámbitos ligados a las políticas medioambientales. En este sentido confiamos en que la revisión de las inconsistencias de la aplicación de la inmunidad antitrust de la negociación colectiva sirva de *aviso a navegantes* antes de dar pasos que impidan a las autoridades de competencia fiscalizar correctamente el contenido de los acuerdos entre empresas que utilicen el paraguas ESG.

II. LA CARA OCULTA DE ALBANY: LECCIONES ANTE LA EXENCIÓN DE LOS ACUERDOS DE SOSTENIBILIDAD

1. EL PROBLEMA DEL ESTRECHAMIENTO DE LA ACTUACIÓN DE LAS AUTORIDADES DE COMPETENCIA.

El principal argumento *fundacional* para que los acuerdos empresariales relacionados con la sostenibilidad gocen de protección frente a la sanción antitrust (a falta de un artículo específico, como el artículo 42 TFUE sobre la política agrícola) se encontraría en los principios generales de la Unión: entre otros, el artículo 9, sobre protección social y empleo elevado y, especialmente, el artículo 11 sobre protección del medioambiente.

Si se observa bien, tenemos sobre la mesa un problema similar al que tuvo que dilucidar hace 25 años al Abogado General Jacobs cuando buscaba el punto de equilibrio entre las exigencias del Derecho de la competencia y el respeto a la política social de la Unión, materializada en el derecho a la negociación colectiva²³.

22. Las nuevas Directrices sobre los acuerdos de cooperación horizontal, se remiten precisamente a *Albany* cuando atienden al tratamiento antitrust que debe darse a los acuerdos de sostenibilidad: «El Tribunal de Justicia ha reconocido que las restricciones de la competencia derivadas de acuerdos o decisiones de asociaciones de empresas pueden quedar excluidas del ámbito de aplicación del artículo 101, apartado 1, si son inherentes a la consecución de un objetivo legítimo y proporcionadas a dicho objetivo».

23. El espacio limitado de este trabajo para el Libro homenaje al Profesor Ángel Rojo nos impide dedicar más atención a la amplia literatura que ha desgranado los distintos problemas y matices de las relaciones entre el Derecho del trabajo y el Derecho de la competencia.

En aquella ocasión, el Tribunal de Justicia tenía que pronunciarse sobre el sistema de pensiones holandes que permitía que en los convenios colectivos se impulsara la afiliación *obligatoria* a un fondo de pensiones determinado (decisión que luego certificaba la autoridad administrativa correspondiente). *Prima facie*, este tipo de acuerdo suponía tanto una *restricción a la libertad de las empresas* sujetas al convenio colectivo para poder contratar con otros fondos de pensiones esos planes de sus trabajadores, como una *barrera de entrada en ese mercado* por parte de otras aseguradoras distintas a la que en cada caso determinara el convenio para todo el sector.

Independientemente de las cuestiones prejudiciales concretas que se presentaron en los asuntos acumulados *Albany*, *Brentjens* y *Drijvende Bokken*²⁴, el AG Jacobs se plantea en sus conclusiones dos preguntas clave²⁵:

Durante mucho tiempo este tópico fue abordado casi en solitario por la *escuela valenciana de Derecho laboral*, en particular por el Profesor José María GOERLICH PESET y sus discípulos (en especial la profesora Adoración GUAMÁN HERNÁNDEZ, cuya tesis doctoral, publicada con el título *Derecho del trabajo y legislación de defensa de la competencia*, Cizur Menor [Aranzadi], 2008 continúa siendo la referencia en la perspectiva laboralista del tema). Junto a ellos, debo destacar en la doctrina laboral los trabajos de los catedráticos CRUZ VILLALÓN, SEMPERE NAVARRO o la monografía de Daniel MARTÍNEZ FONS (*Libre competencia y derecho del trabajo*, Madrid [La Ley], 2006).

Por otra parte, hay que reseñar un resurgimiento del interés por la interacción del Derecho de la competencia y el ordenamiento laboral. Destacaríamos el reciente estudio GARCÍA-PERROTE, I. (dir.), *Derecho de la competencia y negociación colectiva*, Ministerio de Trabajo y Economía Social, Colección informes y estudios, Serie Relaciones Laborales, núm. 123, 2022, donde, entre otros, participan no solo el propio José María GOERLICH, sino también el mercantilista que probablemente más ha trabajado esta materia, el Profesor José MASSAGUER. Dicho volumen, fruto de un informe encargado por el Ministerio de Trabajo, evidencia tanto el interés de nuestras autoridades por solucionar el conflicto (material y procesal) entre estos dos sectores del ordenamiento, como el hecho de que los mejores resultados en la materia tendrán que venir a través del diálogo de laboralistas y mercantilistas.

24. *Albany* C-67/96, EU:C:1999:430; *Brentjens* C-115/97 a C-117/97, EU:C:1999:434; *Drijvende Bokken* C-219/97, EU:C:1999:437. En cuanto al contenido más completo de esta resolución nos remitimos a la exposición, en la *doctrina laboral*, de MARTÍNEZ FONS, D., *Libre competencia y derecho del trabajo*, cit., págs. 208-233; y en la mercantil, de MASSAGUER, J., «Introducción al estudio de la relación entre el Derecho de defensa de la competencia y la negociación colectiva», en García-Perrote (dir.), *Derecho de la competencia y negociación colectiva*, Ministerio de Trabajo y Economía Social, Colección informes y estudios, Serie Relaciones Laborales, núm. 123, 2022, págs. 43-114.
25. Como se va a comprobar a lo largo del texto, nos parece que las Conclusiones del Abogado General proporcionan más carga argumentativa y dogmática que el texto final de la sentencia. Sin embargo, desde la doctrina laboralista se ha criticado expresamente esa repercusión en la doctrina de las Conclusiones, negando que deba interpretarse la

En relación con el objeto de los convenios ¿existe en el Derecho comunitario de la competencia una excepción generalizada en favor del ámbito social?

Esta primera pregunta, como es bien sabido, recibió una respuesta negativa. Como diría años después el Abogado general Miguel Poiares en *Viking*, «*nada en el Tratado apunta a que los objetivos de la política social deban prevalecer siempre sobre el objetivo de realizar un mercado común que funcione correctamente. Por el contrario, la inclusión de ambos objetivos en el Tratado pone de manifiesto el propósito comunitario de conciliar estas políticas*». Esto no supone desconocer los fundamentos constitucionales de la protección de la negociación colectiva, sino encajar ese derecho en el resto del ordenamiento.

Pues bien, parece lógico sostener que ese mismo equilibrio debería predicarse hoy para el caso de la sostenibilidad. No hay (ni debe haber, como hemos argumentado, *supra* I) una *prevalencia de los objetivos ESG* a pesar de su reivindicación como eje transversal de las políticas de la Unión Europea: las políticas que forman el fundamento de la Unión no se construyen unas a costa de las otras, sino que, como ordena el art. 7 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea debe velarse por la coherencia entre ellas, teniendo en cuenta el conjunto de sus objetivos.

La segunda pregunta que se planteó Jacobs fue: en relación con el marco en el que se realizan esos convenios colectivos ¿existe una excepción en favor de la negociación colectiva entre empresarios y trabajadores?

Y aquí la respuesta fue positiva. Desde 1999 la tesis continuada del Tribunal de Justicia (y por consiguiente, de nuestro propio Tribunal Supremo, tanto en el orden social como en el contencioso) es que, si bien determinados efectos restrictivos de la competencia son inherentes a los acuerdos colectivos celebrados entre las organizaciones representativas de los empresarios y de los trabajadores, los objetivos de política social perseguidos por dichos acuerdos resultarían gravemente comprometidos si los interlocutores sociales estuvieran sujetos al artículo 101.1 del Tratado en la búsqueda común de medidas destinadas a mejorar las

resolución del Tribunal a la luz de lo escrito por el Abogado General (expresamente, GUAMÁN HERNÁNDEZ, A., «Convenios colectivos y derecho de la competencia en el ámbito comunitario: el asunto Albany», en Goerlich Peset [dir.], *Libertades económicas, mercado de trabajo y derecho a la competencia*, Madrid [CES], 2011, págs. 199-208 [pág. 202]). En nuestra opinión, no es que deba leerse la sentencia a la luz de las Conclusiones, sino que nos parece que éstas son más coherentes con la correcta articulación de las políticas de la Unión y con el respeto a la función que le corresponde al Derecho de la competencia.

condiciones de empleo y de trabajo²⁶. Como señala el Abogado General Nils Wahl en *FNV Kusten*, «la idea que subyace a la jurisprudencia Albany es que no es posible interpretar los Tratados de la Unión en el sentido de que promueven la negociación colectiva entre interlocutores sociales para perseguir objetivos sociales y, al mismo tiempo, someten dichos convenios colectivos a una prohibición general»²⁷.

En definitiva, aunque se reconoce que los convenios colectivos limitan la competencia entre las empresas al homogeneizar sus estructuras de costes salariales y las condiciones de prestación de bienes y servicios, la aplicación del Derecho de la competencia a los acuerdos entre empresa y trabajadores iría en contra de la política social de la Unión y el reconocimiento del derecho constitucional a la negociación colectiva²⁸. A esta salvaguarda cabría añadir, en el ámbito interno, la inmunidad de las conductas que resulten de la aplicación de una ley (art. 4 LDC), aunque la habitual interpretación restrictiva de este supuesto²⁹ no parece que sirva para entender que los convenios quedan al margen de las prohibiciones de los artículos 1 a 3 de la

-
26. *Albany* [TJCE 1999, 202], EU:C:1999:430 apartado 59; *Brentjens* [TJCE 1999, 206], EU:C:1999:434, apartado 57; *Drijvende Bokken* [TJCE 1999, 208], EU:C:1999:437, apartado 47; *Pavlov y otros* [TJCE 2000, 188], C-180/98 a C-184/98, EU:C:2000:428, apartado 67; *van der Woude* [TJCE 2000, 204], EU:C:2000:475, apartado 22; *AG2R Prévoyance* [TJCE 2011, 32], C-437/09, EU:C:2011:112, apartado 29) *International Transport Workers Federation y Finnish Seamen's Union* [TJCE 2007, 357], C-438/05, EU:C:2007:772, apartado 49, y *3F/Comisión* [TJCE 2009, 215], C-319/07 P, EU:C:2009:435, apartado 50).
 27. Asunto C-413/13 *FNV Kunsten Informatie en Media contra Staat der Nederlanden* [2014], conclusiones del Abogado General Wahl [2014] ECLI:EU:C:2014:2215 [39].
 28. V. MASSAGUER, J., «Convenios colectivos y Derecho de la competencia. Un estudio de los criterios generales sobre el sometimiento de los convenios colectivos a la prohibición de acuerdos restrictivos», cit., *Revista General de Derecho de los Sectores Regulados*, 2018, 1, disponible en https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=419988&pop-up= pág. 8.
 29. Como ha ratificado doctrina y jurisprudencia, el art. 4 LDC exige que la restricción de la competencia de que se trate esté claramente prevista por la norma. Dicho de otra manera, no basta con que una determinada actividad económica se encuentre regulada para quedar fuera de las prohibiciones. Señala la RCNC de 14 abril 2009 (Expte. 639/08 Colegio Farmacéuticos Castilla-La Mancha): «Esta disposición legal tiene el carácter de una norma limitativa del derecho o libertad de competir, y de la competencia como institución nuclear del sistema de economía de mercado constitucionalizado, y como tal debe ser objeto de una interpretación restrictiva, de tal forma que solo se pueden considerar exentas las conductas anticompetitivas expresamente queridas o previstas por el legislador, pues sólo a él le corresponde establecer los supuestos en que la satisfacción de un determinado interés público exige derogar o restringir el principio de libre competencia».

Ley de Defensa de la Competencia, dado que no hay ninguna ley española que los exima de forma genérica³⁰.

La traslación de aquel debate sobre la negociación colectiva al ámbito de la sostenibilidad, 25 años después, es sencilla: *¿debe existir conforme al Tratado una excepción en favor de los acuerdos entre empresas relacionados con el cumplimiento de objetivos ESG?*³¹

Parte de la doctrina —y lo que es más importante, la Comisión Europea— parece caminar en esa dirección, especialmente en lo que respecta a la sostenibilidad medioambiental. Lógicamente, hay matices y todavía no se defiende una excepción general *por la materia*: «los acuerdos que restringen la competencia no pueden eludir la prohibición establecida en el artículo 101, apartado 1, simplemente haciendo referencia a un objetivo de sostenibilidad»³².

Sin embargo, en el marco de esta discusión creemos que hay que insistir en que solo sería admisible una cierta protección por la materia de los acuerdos de sostenibilidad, si *ello no impide el análisis circunstanciado de cada caso, esto es, siempre que no se estreche el ámbito de actuación de las propias autoridades de competencia*, que es lo que precisamente ha sucedido con la protección de la negociación colectiva. En efecto, para comprobar el estrechamiento que puede producir un entendimiento objetivo y no circunstanciado de las excepciones antitrust, repasemos la aplicación más usual de *Albany*.

30. Habrá que ir por tanto a un análisis caso por caso que determine si existen leyes que amparen el comportamiento de que se trate (MAZO, M. J., «La aplicación del Derecho de la competencia a los convenios colectivos», en Cases [dir.], *Anuario de la Competencia* [Fundación ICO/Universitat Autònoma de Barcelona], 2009, págs. 177-194 [págs. 180-181]).

Apelan, sin embargo, a las posibilidades del art. 4 LDC en esta materia, MASSAGUER, J., «Introducción al estudio de la relación entre el Derecho de defensa de la competencia y la negociación colectiva», cit., pág. 106; o, en el ámbito laboral, SEMPERE NAVARRO, A., «Los acuerdos colectivos de trabajo y la libre competencia entre empresas», *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2013, 3, BIB 2013\1104, pág. 6).

31. Evidentemente no nos referimos a los *acuerdos de sostenibilidad* entre operadores que tengan relación directa con las condiciones de trabajo —por ejemplo en materia de salarios, igualdad de género, etc.— porque estos acuerdos se sustanciaran en la vía ya consolidada de la negociación colectiva, sino a la coordinación ligada a gobernanza y, especialmente, los relacionados con los objetivos medioambientales.

32. *Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal* [2023/C 259/01], 521.

La doctrina más autorizada divide los supuestos de fricción entre derecho de la competencia, libertad de empresa y negociación colectiva en dos grupos, englobando cada uno de ellos una variedad de casos³³:

33. V. GOERLICH PESET, J. M. «Negociación colectiva y derecho de la competencia: un complejo panorama», cit., págs. 119-120. A partir de los conflictos analizados por la jurisprudencia desarrolla una detallada casuística (págs. 120-134):

A) Supuestos de condicionamiento por el convenio colectivo de la oferta empresarial en el mercado de bienes y servicios:

Imposición por el convenio de la política de precios (por ejemplo, por establecer la obligación de repercutir en precios los costes salariales del convenio). En este grupo entrarían los supuestos de la RTDC 29 de enero de 2007, Ayuda a domicilio; RCNC 16 de marzo de 2009, Contact Center; RCNC 16 de marzo de 2009, Empresas de Seguridad. Imposición de condiciones de tiempo de trabajo, donde prevalecería la competencia de los convenios colectivos en la conformación del tiempo de trabajo sobre la libertad de empresa, incluso aunque se amparara en normas sobre horarios comerciales que fueran más permisivas. Por ejemplo la impugnación del Convenio colectivo del sector del mueble de la provincia de Burgos (2002-2005) que restringía la apertura los sábados por la tarde: las STSJ Castilla-León de 3 de noviembre de 2004, 23 de noviembre de 2006 y 8 de febrero de 2007.

También en este grupo estarían las numerosas sentencias del Supremo que han avalado las sanciones impuestas a empresas que no cumplían las disposiciones de convenios referidas a la prohibición de venta en domingos (entre otras, SSTS 28 de noviembre de 1997 (RJ 1997, 8346), 26 febrero 1996 (RJ 1996\1656), 10 mayo 1996 (RJ 1996\4033). Conflictos donde se discute el ámbito subjetivo de la negociación colectiva, como ocurre con el tema de los *Acuerdos de Interés Profesional (AIP)*. En principio, en sede de competencia se les ha negado la protección plena como convenios a los efectos de competencia (MASSAGUER, J., «Convenios colectivos y Derecho de la competencia...», cit., pág. 16), pero desde el Derecho del Trabajo se subraya que en dicho caso la previsión legal de esos instrumentos que afectan a trabajadores autónomos quedaría en papel mojado.

B) Convenios que establecen barreras de acceso al mercado:

Cláusulas que pretenden la extensión del ámbito subjetivo del convenio (CNC 24 septiembre de 2009 [Expte. 2805/07, Empresas Estibadoras]).

Restricciones a la externalización de actividades de las empresas (por ejemplo, el conflictivo caso de las empresas de trabajo temporal).

Cláusulas que afectan a las condiciones de subrogación convencional de los trabajadores, como el caso RCNC de 27 de marzo de 2012, expediente S/0197/09, Convenio de Seguridad, del que hablamos más adelante, en texto.

Establecimiento de criterios en los convenios sobre provisión de servicios a empresas y/o trabajadores, como condiciones en los prestadores de servicios de formación en riesgos laborales (SAN 174/2013, de 30 de septiembre, AS 2013, 2716); o suministro de productos farmacéuticos (STS de 15 de marzo de 1993).

Puede consultarse un elenco de las principales cláusulas analizadas por la autoridad de competencia, en MAZO, M. J., «La aplicación del Derecho de la competencia a los convenios colectivos», cit., págs. 183-186; CRUZ VILLALÓN, J., «El Derecho de la competencia como límite de la negociación colectiva», *Temas laborales*, 2019, núm. 147,

a) Convenios con estipulaciones que *afectan a la oferta* que las empresas hacen al mercado (por ejemplo, pactos relativos a la determinación de la política de precios, los que afectan a los horarios de trabajo o a los horarios de apertura).

b) Convenios con estipulaciones que suponen *barreras de acceso* al mercado (así cláusulas que intentan extender su ámbito subjetivo de aplicación; convenios que impiden o condicionan la subcontratación a terceros de actividades de la empresa; o cláusulas que condicionan la prestación de servicios por parte de terceros a empresas y trabajadores afectados por el convenio).

Entre toda esta casuística (véase notas 33 y 34), no nos plantea dudas la aplicación de las prohibiciones del Derecho de la competencia en los supuestos que quedan claramente *fuera de las previsiones legales sobre el contenido del convenio colectivo* y, por tanto, de la propia excepción jurisprudencial³⁴. Así deberían quedar bajo el escrutinio de las autoridades de competencia las disposiciones que versaran sobre precios, condiciones comerciales, o productos ofrecidos por la empresa³⁵.

págs. 13-46 [págs. 26-42]; también en RODRÍGUEZ MÍNGUEZ, J.A., «Limitaciones la negociación colectiva y defensa de la competencia», *Actas de Derecho Industrial*, 29 (2008-2009), págs. 509-528.

34. CRUZ VILLALÓN («El Derecho de la competencia como límite de la negociación colectiva», *cit.*, págs. 26-42) clasifica los casos conflictivos en seis grandes grupos (lo que no quiere decir que considere que se trata siempre de supuestos que caen fuera de la exención):

1. Acuerdos en convenio que producen perjuicios a las oportunidades de negocio de terceras empresas.
2. Fijación de tarifas comerciales (pero sí queda cubierto por la exención laboral la determinación del régimen retributivo de los trabajadores).
3. Fijación de horarios comerciales (lo que no impide al convenio la regulación del tiempo de trabajo)
4. Compromisos convencionales de subrogación contractual que puedan considerarse contrarios a procesos de liberalización de mercados (aunque Jesús CRUZ se muestra contrario en este trabajo a considerar que este tipo de pactos no sean contenido legítimo de un convenio, v. págs. 33-34).
5. Límites a la descentralización productiva.
6. El problema específico de la negociación colectiva de los trabajadores autónomos dada su consideración de «empresas» a los efectos del Derecho de defensa de la competencia.

35. Véanse, RTDC de 29 de enero de 2007, Expte. 607/06 «Ayuda a domicilio», RRCNC de 16 de marzo de 2009, Expte. S/0076/08 «Convenio Contact Center», 17 de marzo de 2007, Expte. 77/08 «Convenio seguridad», RTDC de Aragón de 3 de octubre de 2012, Expte. 5/2011 «Convenio colectivo del sector de limpieza de edificios y locales de la

En el extremo opuesto, no podría hablarse de acuerdos contrarios a la Ley de Defensa de la Competencia en todas aquellas cláusulas, fruto de la negociación colectiva, que pretendan mejorar las condiciones de trabajo en las materias consideradas como propias del convenio por el artículo 85 del Estatuto de los Trabajadores³⁶.

El problema se presenta cuando *la materia es propia de la negociación colectiva, pero su tratamiento no pretende mejorar las condiciones de empleo y de trabajo, sino afectar a terceros o a otros mercados*: en estos casos aumenta exponencialmente el riesgo de incluir restricciones accesorias que no estén justificadas por razones de política social.

Quizá el asunto que ilustra perfectamente este problema en España fue el analizado en la Resolución de la Comisión Nacional de la competencia de 27 de marzo de 2012, expediente S/0197/09, dictada sobre el *Convenio Colectivo Estatal de las Empresas de Seguridad (2005-2008)*. El punto conflictivo del convenio era el sistema convencional de subrogación de trabajadores previsto para los casos de cambio en las empresas adjudicatarias de los servicios de transporte y manipulado de fondos.

En el expediente quedó comprobado, por un lado, que el procedimiento de cálculo del número de trabajadores objeto de subrogación en caso de que la concesionaria perdiera el concurso, los *sobredimensionaba* respecto a las necesidades reales del servicio³⁷. De esta forma el acuerdo entre patronal y sindicatos repercutía unos costes desorbitados al competidor que resultara

provincia de Zaragoza», RTDC de 16 de diciembre de 1996, Expte. 377/96 «Pan de Barcelona».

36. Conforme al artículo 85 ET y concordantes constituyen el contenido propio del convenio las condiciones de trabajo (horarios, turnos, descansos, vacaciones); lo referido a salarios y compensaciones (sueldos, incentivos, sistemas de remuneración); disposiciones sobre salud y seguridad laboral (prevención de riesgos laborales, seguridad en el trabajo); lo relativo a la formación y promoción (sistemas de homologación de la formación, contenido y requisitos de los planes de formación); categorías laborales y clasificación profesional y normas disciplinarias. Aunque esa enumeración no es una lista cerrada (MASSAGUER, J., «Convenios colectivos y Derecho de la competencia...», cit., pág. 19).

37. Los instrumentos para elevar esa cifra de trabajadores que debían subrogarse eran varios, como un mecanismo de *redondeo* que generaba la obligación de subrogar una tripulación completa pesar de que no fuera necesario para el servicio que tenía que prestar el competidor; o el hecho de que aun cuando la aplicación de los coeficientes previstos diera una cifra inferior a 0,5 y no procediese la subrogación de personal se estableciera como *salvaguarda retroactiva* que «si la nueva empresa adjudicataria obtuviese durante los doce meses siguientes, la adjudicación de servicios que tuviese la misma empresa

nuevo adjudicatario del servicio, con lo que se reducía su rentabilidad y los incentivos a competir. Por otro, el convenio permitía al empresario saliente *escoger* qué trabajadores se debían subrogar, por lo que podía trasladar al competidor aquellos que le supusieran un mayor coste laboral y que resultaran menos eficientes para el desempeño de la tarea³⁸.

El análisis del sistema de subrogación regulado en el artículo 14 de dicho convenio demostraba, por tanto, que sus cláusulas *trataban más de trasladar cargas laborales desde el cedente al cesionario que de asegurar la estabilidad en los puestos de trabajo*. Conforme a ello la Comisión Nacional de la Competencia consideró que dicho procedimiento de subrogación incurría en una infracción del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia, al constituir una barrera de entrada a los nuevos competidores que quisieran concurrir frente a la actual concesionaria del servicio.

Sin embargo, la Sentencia de la Audiencia Nacional de 29 de noviembre de 2013 anuló la resolución de la autoridad de competencia sin ni siquiera *entrar en el fondo del asunto*.

La *ratio decidendi* descansó en un entendimiento puramente objetivo de la excepción antitrust: *el mecanismo de subrogación entroncaba con la estabilidad del empleo y, por tanto, era un componente propio de las condiciones laborales de los trabajadores*. Y si esto era así, el acuerdo quedaba fuera del ámbito de aplicación del Derecho de la Competencia y fuera del control de la Comisión Nacional de la Competencia por la jurisprudencia *Albany*³⁹.

cesante, esta cifra anterior será, en todo caso, sumada a la nueva cifra resultante a los efectos de subrogación del personal».

38. «Como reconocen las propias Asociaciones empresariales en sus alegaciones, la empresa que pierde una contrata y, por tanto, ve reducido su volumen de ingresos, tiene un fuerte incentivo a aprovechar la situación y trasladar aquellos trabajadores que le suponen un mayor coste laboral y no necesariamente los que guardan una mayor relación con el servicio que se transfiere. La falta de criterios objetivos para la determinación de los trabajadores a subrogar permite que este incentivo se materialice gracias al gran margen de discrecionalidad que se confiere a las empresas cedentes, que tendrán la capacidad de trasladar aquellos recursos humanos que resulten menos eficientes para el desempeño de la tarea. Con ello reducen sus costes laborales al tiempo que trasladan la carga al competidor que gana el contrato, cuya competitividad se verá lastrada» (RCNC 27.03.2012, Convenio de Seguridad, pág. 28).

39. Dice la Audiencia Nacional: «El razonamiento de la CNC radica en que las condiciones impuestas para la subrogación son desproporcionadas, y no niega esta Sala que pudieran serlo, pero lo cierto es que las condiciones se establecen para proteger la estabilidad en el empleo, esto es, mantener el puesto de trabajo de los trabajadores por cuenta ajena, y ello no puede negarse que constituye condiciones laborales, por lo tanto es materia que queda excluida del control de la CNC, que no puede entrar, por falta de competencia, a valo-

Debe recordarse, empero, que la sentencia cuenta con un voto particular de la Magistrada D.^a Lucía Acín Aguado. Señala la magistrada que es indudable que los convenios colectivos destinados a mejorar las condiciones de empleo y de trabajo gozan de inmunidad automática, pero que el problema es precisamente el alcance de la expresión «*mejorar las condiciones de empleo y trabajo*», especialmente en casos donde el contenido de la cláusula del convenio no está reconocido de forma expresa en el Estatuto de los Trabajadores como un derecho del ámbito estrictamente laboral del trabajador, en cuyo caso las autoridades de competencia deberán analizar la naturaleza y objeto del acuerdo para decidir si cae bajo las normas de competencia o está excluido de las mismas. Y en ese examen es donde habrá de prestarse especial atención no sólo a las materias que trate el convenio sino a si establece obligaciones a terceros o afecta a otros mercados de una forma no justificada por el objetivo de la negociación.

Aunque compartimos la posición del voto particular, lo que es evidente es que el punto de vista *objetivo, material, automático* de la excepción Albany es el mayoritario en nuestra jurisprudencia: la autoridad de competencia *no puede entrar a valorar la proporcionalidad de las condiciones particulares del pacto, si se trata de una materia propia de la negociación colectiva*.

Esta negativa a admitir un *control circunstanciado* por parte de las autoridades de competencia del contenido del convenio proviene, en nuestra opinión, de una discrepancia entre las conclusiones del Abogado General Jacobs y la sentencia Albany que se ha consolidado a lo largo del tiempo con el uso de la *ratio decidendi* del fallo sin el *contexto* que proporcionan los matices de las Conclusiones sobre sus fundamentos.

El Abogado General Jacobs señalaba tres requisitos como *límites* a la excepción de la aplicación del artículo 101.1 del Tratado a los acuerdos que fueran resultado de la negociación colectiva (nosotros diríamos, *objetivos de sostenibilidad*): (i) lógicamente el convenio debía haber sido acordado de buena fe y en el marco formal de la negociación colectiva —*naturaleza*— (ii) debía tratar sobre cuestiones centrales de la negociación colectiva, como los salarios y las condiciones de trabajo —*objeto*— y, además (iii) «*no afectar a terceros o a otros mercados*»⁴⁰.

rar la proporcionalidad de las condiciones. En este punto, es acertada la afirmación de la recurrente».

40. Sobre la divergencia entre las Conclusiones y la sentencia, *cfr.* GUAMÁN HERNÁNDEZ, A., «Convenios colectivos y derecho de la competencia en el ámbito comunitario: el asunto Albany», *cit.*, págs. 204-206; y, con más profundidad, en GUAMÁN HERNÁNDEZ, A., *Derecho del trabajo y legislación de defensa de la competencia*, *cit.*, págs. 105-120). La

Y esa expresión transcendental —«no afectar a terceros o a otros mercados»— desapareció en los fundamentos de la sentencia *Albany* y, por tanto, de todas las demás que la han seguido, de forma que se ha generalizado una especie de *aplicación objetiva* de la excepción, porque lo relevante es la naturaleza y objeto del acuerdo, no su justificación interna o su proporcionalidad⁴¹: el control se debe limitar a que no se haya *desnaturalizado* la función de la negociación colectiva⁴².

Mientras que para Francis Jacobs la limitación de la excepción al Derecho de la competencia era *finalista, valorativa, circunstanciada*, por lo que debían quedar fuera de la excepción los acuerdos que realmente afectaran a terceros o a otros mercados (es decir que no se refirieran *internamente* a las condiciones laborales), el pronunciamiento del Tribunal de Justicia ha permitido construir una excepción más *formal, objetiva, ratione materiae*, por la que *solo* quedan fuera de la excepción de la política social los acuerdos que, refiriéndose a materias impropias de la negociación colectiva, restrinjan la competencia.

Por supuesto no estoy diciendo que *Albany* se utilice como una *exención absoluta* (la exención siempre será *relativa* porque se enmarca en el respeto a las *libertades comunitarias* y al efecto útil de las normas de la competencia), sino que *su aplicación práctica vinculada a la materia* (el fruto de la negociación colectiva) *prescinde de la justificación por el contenido* (es decir, que no afecte a terceros o a otros mercados).

La importante consecuencia de este entendimiento de *Albany* es que el *contenido natural* del convenio colectivo no puede ser nunca objeto de supervisión por las autoridades de competencia⁴³.

autora —en contraste con lo que expresamos en texto— critica abiertamente la posición del Abogado General y apoya la evolución del TFUE en la construcción de una inmunidad relativa fundamentada en la naturaleza y objeto de los convenios colectivos. Que, por otra parte, es la posición habitual de los estudiosos del Derecho del Trabajo.

41. Como señala MASAGUER, *Albany* implica que el resultado de la negociación colectiva *solo* está sometida al control antitrust si no se trata propiamente de convenios colectivos o incluyen pactos que según la legislación laboral no son propios de la negociación colectiva (MASAGUER, J., «Convenios colectivos y Derecho de la competencia», cit., pág. 9 y 12).
42. Al respecto, CRUZ VILLALÓN, J., «El Derecho de la competencia como límite de la negociación colectiva», cit., págs.19, 22 y 25.
43. Como decimos, el Tribunal de Justicia tiene declarado que los acuerdos celebrados en el marco de negociaciones colectivas que tienen lugar entre interlocutores sociales para el logro de dichos objetivos no deben considerarse comprendidos «en razón de su naturaleza

Albany ha sido siempre criticada por el carácter difuso de la remisión a las «mejoras de condiciones de empleo y de trabajo» como requisito de la inmunidad⁴⁴, pero conforme a lo expuesto, lo que nos parece más relevante es que se dejó fuera la referencia a que su contenido no afectara a terceros o a otros mercados y, por tanto, a la posibilidad de fiscalización de sus circunstancias.

En definitiva, en la configuración de la exención social más importante —hasta el momento— al ámbito de aplicación del Derecho de la competencia, el Tribunal de Justicia se centró de forma prevalente en la necesidad de mantener y blindar la política social y el desarrollo de la negociación colectiva, pero no incorporó con claridad los *parámetros en los que debía moverse*

y de su objeto», en el ámbito de aplicación del artículo 101 TFUE, apartado 1 (*Albany*, EU:C:1999:430 apartado 60; *Brentjens*, EU:C:1999:434, apartado 57; *Drijvende Bokken*, EU:C:1999:437, apartado 47; *Pavlov y otros*, C-180/98 a C-184/98, EU:C:2000:428, apartado 67; *van der Woude*, EU:C:2000:475, apartado 22; *AG2R Prévoyance*, C-437/09, EU:C:2011:112, apartado 29).

44. Es algo que ha sido señalado por la doctrina laboral. Por ejemplo, señala GOERLICH que *Albany* no supone preservar la negociación colectiva «de ataques provenientes desde la disciplina del mercado». La inmunidad solo surge cuando se trata de puntos destinados a mejorar las condiciones de empleo y de trabajo, por lo que «parece confinar su ámbito al interior de la empresa». Los contratos colectivos se ocuparían, en este sentido, de cuestiones «internas» a ella, vinculadas a la retribución y organización del trabajo, y «no se tendrían que ocupar, sin embargo, de aspectos “externos”, relacionados, esto es, con la oferta de bienes o servicios» (GOERLICH PESET, J. M., «Negociación colectiva y derecho de la competencia: un complejo panorama», cit., págs. 118-119; también GUAMÁN HERNÁNDEZ, A., «Convenios colectivos y derecho de la competencia en el ámbito comunitario: el asunto *Albany*», cit., pág. 207).

En este punto, *Albany* es criticada por los laboristas porque lo propio de la negociación colectiva no es algo estático, sino dinámico, conforme al aspecto transformador propio del derecho del trabajo, y tiene que ir mucho más allá de lo que se puede entender como elementos del intercambio contractual básico (*ibidem*, pág. 136). Además, señala GOERLICH, las condiciones de trabajo tradicionales se han desbordado y se extienden a otras formas de tutela de los intereses individuales (*ibidem*, pág. 137), sin olvidar que en el caso de España estamos ante un derecho constitucional (art. 37.1 CE).

Sobre este tema, remitimos a la exposición de MARTÍNEZ FONS, *Libre competencia y derecho del trabajo*, cit., págs. 179-200, que analiza el conflicto derivado de que la negociación colectiva alcance hoy a contenidos propios de la organización de la empresa (política de recursos humanos, de producto, ética corporativa, etc.) con lo que la exención tendría que ir más allá de las relaciones estrictamente laborales.

Entre los mercantilistas, señala MASSAGUER que los principales puntos criticables de *Albany* son la limitación del ámbito de aplicación, la interpretación amplia del concepto «mejora de las condiciones de empleo y de trabajo» y la falta de claridad en los límites de la inmunidad de los convenios (v. MASSAGUER, «Convenios colectivos y Derecho de la competencia», cit., págs. 11, 13 y 17).

esa inmunidad limitada, o, más bien, no incorporó la cláusula de escape de la inmunidad que supone que el convenio no afecte a terceros o a otros mercados.

Con esta argumentación no queremos sostener que todo pacto en convenio que afecte a terceros o a otros mercados *suponga una restricción por el objeto en sí mismo*⁴⁵, sino simplemente que el acuerdo que corresponda debería ser susceptible de análisis a la luz de las exigencias del Derecho de la competencia. En otras palabras, que *tendría que existir una evaluación antitrust previa que ponderara los intereses en juego*.

Digamos que en la lógica *Albany* ante la pregunta *de qué son las «mejoras de las condiciones de empleo y de trabajo»* se responde objetivamente que, como mínimo y en todo caso, las materias que el Estatuto de los Trabajadores remite a la negociación colectiva.

A partir de ahí, dado que no se permite entrar a las autoridades de competencia en el análisis de la extralimitación del contenido (salvo casos extremos) esta línea jurisprudencial ha ido cubriendo contenidos cada vez más diversos conforme la realidad socioeconómica ampliaba el contenido de los convenios (véase nota 44). Sin entrar en un análisis más detenido de la casuística laboral, el riesgo que proyecta esta experiencia en una futura exención vinculada a los acuerdos entre empresas sobre sostenibilidad es evidente: *incurrir en un nominalismo que encubra pactos anticompetitivos ilícitos bajo el paraguas de la protección*.

Por esta razón, compartimos el punto de vista de la Comisión Nacional de la Competencia/Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia que en varios expedientes insiste en valorar la afectación. Hemos citado la Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de 27 de marzo de 2012 *Convenio de Seguridad*; pero también se expresa claramente en la Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de 24 de septiembre de 2009 (Expte. 2805/07 *Empresas estibadoras*) o en la Resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 26 de julio de 2018 (Expte. S/DC/0596/16 *Estibadores Vigo*): *«en ese análisis habrán de prestar especial atención no sólo a las materias que trate el convenio, sino también, a si establece obligaciones a terceros o afecta a otros mercados de una forma no justificada por el*

45. De hecho, dado el ámbito de los convenios, en la inmensa mayoría de ocasiones nos encontraremos con pactos restrictivos cubiertos por la regla de minimis, o por la doctrina de las restricciones accesorias. O bien ante supuestos que cumplirán los requisitos del art. 101.3 TFUE.

objetivo de la negociación colectiva». No obstante, como decimos, no es esta la línea de nuestras resoluciones judiciales, lo que supone una advertencia a la hora de reconocer exenciones similares para otras políticas, como las ambientales, con la excusa de su carácter prioritario.

2. UNA MUESTRA DEL PROBLEMA: LA INVULNERABILIDAD DE SISTEMAS DE HOMOLOGACIÓN DE LA FORMACIÓN QUE AFECTAN A OTROS MERCADOS O A TERCEROS

Quizá la mejor manera de valorar las consecuencias del entendimiento objetivo de la *excepción Albany* por la jurisprudencia y su traslación al debate actual sobre la aplicación del Derecho de la competencia a los acuerdos entre empresas que persiguen objetivos ESG, sea examinar un ejemplo reciente de nuestra práctica laboral. Un caso, además, que no menciona la doctrina laboral como conflictivo precisamente porque, según los parámetros que hemos comentado, estaría siempre *dentro del núcleo duro* de la negociación colectiva. Sin embargo, en nuestra opinión, estamos ante un acuerdo restrictivo con efectos, además, para *varios mercados y terceros*. Veámoslo:

En los últimos tres o cuatro años ha venido generalizándose en numerosos convenios colectivos de ámbito provincial o autonómico una innovación en materia de control de la formación obligatoria de los trabajadores. Nos referimos a la imposición de un llamado «*plus compensatorio de formación*» mediante el que se grava a las empresas con un importe económico por trabajador en el caso de que no cumplan con las exigencias de formación laboral que determine el convenio (controlado por su comisión paritaria).

La medida, *prima facie*, parece un incentivo razonable para lograr el objetivo de política social de garantizar la formación de los trabajadores⁴⁶. Un ejemplo típico de redacción de esa cláusula es:

46. Véanse, *Convenio Colectivo de la Industria, las Nuevas Tecnologías y los Servicios del Sector Metal de la Provincia de Valencia 2023-2026*, art. 71; *Convenio colectivo del sector de Hostelería de Zaragoza 2018-2020* (BOP Zaragoza 12 febrero 2019), v. art. 40 bis; *Convenio colectivo intersectorial de hostelería de Valencia y su provincia para los años 2022 a 2025* (BOP Valencia 7 febrero 2023); *Convenio colectivo provincial para el Sector Agrícola-Ganadero de la provincia de Soria* (BOP Soria 4 septiembre 2019), art. 18; *Convenio colectivo de compraventa y/o reparación del automóvil, reparación y venta de motocicletas del Principado de Asturias* (BO Principado de Asturias, 27 diciembre 2022); *Convenio colectivo de Empresas de Restauración de Gipuzkoa para los años 2023-2026* (BOP Gipuzkoa 19 junio 2023).

«aquellas empresas que no acrediten su participación en alguna organización empresarial firmante del presente convenio o integradas en la misma, representativa del sector del metal, que colabore activamente en el desarrollo formativo de este sector [...] deberán abonar a sus trabajadores y trabajadoras un plus compensatorio de formación, de naturaleza salarial, en cuantía de 25 euros mensuales durante la vigencia del presente convenio»⁴⁷.

Para evitar el pago de ese sobrecoste salarial, la empresa debe acreditar su participación en un plan formativo válido.

Las posibilidades de acreditación/homologación son, habitualmente, tres: certificación expedida por la organización empresarial firmante del convenio que acredite su adhesión a la misma; certificación expedida por una de las organizaciones sindicales firmantes que acredite la participación de la empresa en algún plan formativo de este sector desarrollado por ellos; o que la empresa acredite ante la comisión paritaria la propia formación efectuada.

Si en los dos primeros casos se trata de un expediente puramente formal, en el caso de que una empresa desee seguir con sus planes de formación debe sujetarse a un sistema de homologación que no solo tiene un coste económico, sino que también impone la entrega de una gran cantidad de documentación y seguir un complejo procedimiento⁴⁸. No es aventurado

47. Tomo el ejemplo del *Convenio colectivo para la Industria la Tecnología y los Servicios del Sector Metal de la provincia de Valencia 2017-2019* de 28 de septiembre de 2017 (BOP 6 marzo 2018), que fue la primera ocasión en que ese convenio reguló el *plus de formación* que, con distintas redacciones, ha ido pasando por sus sucesivas ediciones: el correspondiente al período 2020-2022 (BOP 26 de enero de 2022), y al artículo 71 del vigente Convenio 2023-2026, de 26 de julio de 2023 (BOP 20 de octubre de 2023), que en esta materia ha añadido además un nuevo art. 71 bis detallando el *procedimiento de homologación de los planes de formación de las empresas sin vinculación con las partes del convenio*.

48. En el caso del *Convenio colectivo para la Industria la Tecnología y los Servicios del Sector Metal de la provincia de Valencia* que citamos en la nota anterior las fases del procedimiento son:

1. Que la empresa haga la solicitud a la Comisión paritaria en la que haga constar su participación en «Planes y Programas de Formación desarrollados por la propia empresa, por organismos públicos o privados o por otras entidades formativas acreditadas para impartir formación».
2. Que la solicitud se ajuste al modelo establecido por la comisión paritaria y acompañe la documentación exigida. A saber: anexo a la solicitud que incluya el plan de actuación, perfil profesional y titulación de las personas que imparten la formación, identificación y descripción de los centros de formación a utilizar; instrumento público de otorgamiento de poderes al representante legal de la entidad en el caso de primera solicitud; declaración responsable del representante del centro de formación; petición de informe a la representación legal de los trabajadores (o declaración responsable de

afirmar que esas exigencias desincentivan los planes de empresa autónomos frente a la alternativa más sencilla de asociarse a la patronal y delegar en ella la iniciativa formativa.

Esbozado el sistema, el lector apreciará que este control de la *acreditación* de la formación profesional obligatoria, junto a la *posibilidad de imponer un plus compensatorio de formación* en forma de incremento de coste laboral, fortalece la posición de las partes firmantes tanto en el *mercado de la prestación de servicios de formación subvencionada* como en el eventual *mercado de asociación empresarial* (ya que solo la patronal firmante tiene la posibilidad de influir en el proceso de acreditación).

En efecto, en primer lugar, el diseño y control de la formación establece claras *barreras de entrada* para las empresas especializadas en formación profesional y puede *imponer cargas injustificadas* a las empresas que quieran mantener y homologar su sistema de formación en riesgos laborales fuera del acreditado por el convenio local de que se trate (véase el procedimiento descrito en nota 48).

En segundo lugar, desde la posición *certificadora* que tiene como firmante del convenio, la patronal puede entrar en mercados conexos como los de prestación de servicios jurídicos o de asesoría laboral a las empresas del sector. Piénsese que los detalles de este sistema de acreditación de la formación son un incentivo para que las empresas sujetas al convenio terminen integrándose en la patronal, con lo que una vez asociadas la patronal puede ofrecerles otros servicios conexos en mejores condiciones que otros operadores externos, dada la información de todo tipo de que disponen sobre sus asociados y la capacidad de competir en precios al compensar su reducción con los ingresos que obtiene de esos mismos asociados por otras vías.

Con esta exposición apresurada no queremos llegar a una conclusión sobre la *legalidad de ese coste laboral en forma de plus de formación* —cuya legi-

no existencia de RLT); informe RLT/Comité de Empresa o declaración responsable de no emisión; justificante de abono de los gastos de gestión.

3. En cuanto al plazo, aunque en principio debería poder solicitarse en cualquier momento del ejercicio, se insiste en que lo conveniente sería pedir la acreditación antes de ejecutar el plan.

4. Finalmente se establece la validez anual del certificado obtenido.

Los gastos de gestión que conlleva la acreditación se establecen en función del número de trabajadores: desde los 250 € por homologación para las empresas de 1 a 10 trabajadores hasta los 1000 € a partir de 501 trabajadores, en el caso del Convenio que comentamos.

timidad ya ha intentado ser impugnada en la vía social, aunque sin éxito⁴⁹; o argumentar la posibilidad de que exista un acuerdo colusorio que obstaculice la prestación de servicios de formación por terceros; o incluso que estemos ante un comportamiento sospechoso cuando los firmantes del convenio pasan a prestar servicios en mercados conexos desde su posición de control de la formación. Todas estas cuestiones requerirían un mayor análisis del que corresponde desarrollar aquí.

Pero sí podemos adelantar, conforme a lo expuesto en este trabajo, que si el asunto fuera examinado judicialmente, con o sin resolución previa de un expediente de competencia, el juzgador se limitaría a señalar que *la formación de los trabajadores forma parte del núcleo duro de la negociación colectiva y que no es susceptible de análisis antitrust por estar cubierto por Albany*.

Esta forma de preservar la negociación colectiva *ratione materiae* frente al escrutinio de las autoridades de defensa de la competencia nos debe alertar frente a quienes manifiestan que los acuerdos entre empresas que encajen en los objetivos de desarrollo sostenible deben gozar de una exención antitrust. La posibilidad de que por ese camino queden sin fiscalizar acuerdos entre competidores que solo formalmente se vinculen con la sostenibilidad o que teniendo que ver con ella afecten injustificadamente a otros mercados o terceros recomienda que el camino hacia un futuro sostenible quede protegido por la propia regulación, y no sustrayendo al control de las autoridades los acuerdos entre empresas⁵⁰.

49. Véase la STSJ de Castilla y León de 14 octubre 2015 (JUR\2015\253914) referida al Convenio colectivo para las actividades de Siderometalurgia de Salamanca que rechazó que el plus compensatorio de formación fuera discriminatorio para los empresarios que no participaran en alguna asociación:

«no es posible apreciar que se produzca vulneración del principio constitucional de igualdad por el hecho de que se pactara la obligación por parte de los empresarios que no participen en alguna asociación que colabore activamente con la referida actividad formativa, o en planes de formación continua desarrollados por los sindicatos, de pagar un plus de 25 euros/mes a sus trabajadores, compensación económica que se pacta como subsidiaria de la falta de actividad formativa; como razona la Juzgadora, el abono o no del plus dependerá de si la formación ha sido o no impartida, por lo que a la misma situación de hecho se aplicara la misma consecuencia jurídica y no distinta».

También la STSJ de Canarias de 17 abril 2019 (AS 2019\2090) que examinó la impugnación del plus compensatorio de formación incluido en el convenio colectivo del sector de la actividad siderometalúrgica de la provincia de las Palmas.

50. Piénsese, además, que todo avance en esta línea de razonamiento facilitaría la impugnación judicial de las eventuales resoluciones de las autoridades de competencia por parte de los cartelistas, ya que no tendrán que desmontar los argumentos de cargo, sino

III. CONCLUSIÓN: LA EXPERIENCIA DE ALBANY NOS RECOMIENDA REGULACIÓN, NO EXENCIÓN

En estos momentos donde cualquier medida en favor de la sostenibilidad parece *indiscutible*, nuestro propósito ha sido recordar que *el infierno está empedrado de buenas intenciones* y que la solución a la consecución de los objetivos ESG no pasa por eximir a determinados acuerdos entre competidores de la fiscalización antitrust por razón de la materia.

¿Significa esto que los acuerdos legítimos entre empresas no deben gozar de puerto seguro ante el Derecho de la competencia? Evidentemente, no.

Por un lado, el carácter flexible del Derecho del Trabajo irá ampliando el posible contenido de la negociación colectiva conforme a las nuevas realidades y exigencias de las relaciones laborales⁵¹ (recordemos que *Albany* no se pronuncia sobre qué tiene que ser objeto de dicha negociación). Esto determinará que muchas cuestiones de *organización y ética empresarial* ligadas a la sostenibilidad se concreten a través de la negociación colectiva y, a partir de ahí, y no desde la vía de la autorización o de los Reglamentos de exención, se construirá su *blanqueo competitivo*, puesto que las empresas podrán llevar sus compromisos al ámbito del convenio.

Por otro, el resto de acuerdos de sostenibilidad que excedan del ámbito estrictamente social, deberían ser dirigidos por los Reglamentos y Directrices principalmente al análisis de los requisitos del art. 101.3 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. A este respecto, aunque no hemos desarrollado esta cuestión, ya hemos citado los esfuerzos que se están haciendo tanto en sede regulatoria como en la aplicación de los mecanismos del art. 101.3 del Tratado y concordantes, y en esta vía las autoridades de competencia tienen que continuar con un examen amplio y firme de la naturaleza y efectos de los acuerdos.

En esta línea de razonamiento hay que tener mucho cuidado con la pretensión de que pactos que por naturaleza son restrictivos por el *objeto* pasen a ser tratados como restrictivos por los *efectos* cuando se amparen en objetivos de sostenibilidad⁵². Esta puerta podría convertirse en un elemento

que les bastará la justificación de que su conducta *mejoró el cumplimiento de los objetivos de sostenibilidad* y que, por tanto, no debería ser sancionada.

51. Sobre el tema de la ampliación del objeto de los convenios y el Derecho de la competencia, por todos, MARTÍNEZ FONS, D., *Libre competencia y derecho del trabajo*, cit., págs. 181 y ss.

52. Las Directrices relativas a los acuerdos de cooperación horizontal señalan que cuando las partes «demuestren que el objeto principal de un acuerdo es la consecución de un objetivo

de distorsión que aumente la inseguridad jurídica de los propios operadores, la carga probatoria de las autoridades de competencia (y por tanto los costes de los procedimientos) y todo ello sin asegurar una mayor innovación en materia de sostenibilidad, y sí un aumento de precios⁵³.

En definitiva, parece más razonable un sistema en el que las autoridades de defensa de la competencia se centren en sus objetivos tradicionales vinculados con el mercado y el bienestar del consumidor, interpretado éste en la actualidad más allá de lo puramente económico.

En ese marco la *sostenibilidad debería considerarse como un parámetro competitivo en sí misma*. Un elemento de competencia que será cada vez más relevante en una sociedad donde el consumidor demanda productos sostenibles, es decir, donde las soluciones de mercado pueden ser coherentes con las necesidades del planeta.

Y cuando ello no sea posible por existir auténticos fallos de mercado lo que se precisa es *regulación* y no una nueva forma de valoración *ex post* por parte de las autoridades.

De hecho, el Derecho de la competencia que *es*, ya se mueve en el marco que determinan los intereses de los consumidores, de los trabajadores o del medio ambiente, precisamente porque existe todo un conjunto de normas que atienden a esos objetivos y ya garantizan que la competencia en el mercado se mueva a favor y no en contra de estos⁵⁴.

de sostenibilidad, y cuando ello suscite dudas razonables sobre si el acuerdo revela por su propia naturaleza, habida cuenta del contenido de sus disposiciones, de sus objetivos y del contexto económico y jurídico, un grado suficiente de perjuicio para la competencia que pueda considerarse una restricción por objeto, será necesario evaluar los efectos del acuerdo sobre la competencia» (Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal, 534).

53. Sobre los riesgos de pasar a una política de enjuiciamiento basada en los efectos, véanse las reflexiones de VELJANOVSKI, C., «The case against green antitrust», cit., pág. 512. Los criterios principales para la valoración de los efectos son: «el poder de mercado de las partes que participan en el acuerdo; el grado en que el acuerdo limita la independencia decisoria de las partes en relación con los principales parámetros de competencia; la cobertura del mercado del acuerdo; la medida en que se intercambia información comercial confidencial en el contexto del acuerdo; y si el acuerdo da lugar a un aumento apreciable de los precios o a una reducción apreciable de la producción, la variedad, la calidad o la innovación».
54. Así, FLETCHER, A., «Consumer Overdose and why consumer protection is good for competition», *Concurrences*, n° 1-2022, *On-Topic. Competition overdose: Exploring the limitations, searching for the treatment*, págs. 20-24 [pág. 20]; KOKOTT, J. Y SCHRÖDER, H., «Contribution to debate on Competition Overdose», *Concurrences*, n° 1-2022, *On-Topic*.

Ahora bien, debe tratarse de una *regulación que no proteja a los incumbentes de la competencia*, sino que atienda a los objetivos de la forma menos restrictiva posible.

Algunos autores consideran que la regulación deseable llegará tarde y será limitada y que, por tanto, no deberíamos prohibir los acuerdos de sostenibilidad en virtud de la legislación sobre competencia con la excusa de que la fiscalidad, el régimen de comercio de derechos de emisión o la regulación en general son mejores herramientas⁵⁵. Sin embargo, nos parece que esa argumentación está haciendo *supuesto de la cuestión* cuando da por sentado que no hay normativa suficiente o adecuada en este ámbito. Además, tengamos en cuenta que en una materia tan socialmente sensible como esta, muchas veces la *prensa* funciona mejor para corregir comportamientos que el Derecho.

En cualquier caso, si se quiere (políticamente) incentivar esa *colaboración sostenible*, también la regla debería ser la regulación. Por ejemplo, la muy reciente *Directiva sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad*⁵⁶ impone un amplio conjunto de obligaciones a las empresas: medidas de identificación, prevención y mitigación del impacto de su actividad y la de sus proveedores en los derechos humanos y en el medio ambiente; obligaciones de lucha contra el cambio climático, etc. Consciente de que esa decisión política acarrea un elevado coste de cumplimiento, *la propia Directiva prevé la cooperación empresarial*, señalando que los Estados velarán porque «*las empresas tengan derecho a compartir recursos e información dentro de sus respectivos grupos de empresas y con otras personas jurídicas*» (art. 5.2)⁵⁷.

Competition overdose: Exploring the limitations, searching for the treatment, págs. 54-57 [pág. 54].

55. DOLMANS, M., «Competition Overdose, “noble co-opetition”, and the climate change example», *cit.*, pág. 40.
56. Directiva (UE) 2024/1760 del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de junio de 2024 sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad y por la que se modifican la Directiva (UE) 2019/1937 y el Reglamento (UE) 2023/2859.
57. Aunque es verdad, como señala SEPÚLVEDA, que «velar» quizá no es el verbo más adecuado y que los Estados miembros deberían *garantizar* la aplicación de la diligencia debida por parte de las empresas, lo que es evidente es que esa intervención normativa de carácter vinculante para los Estados miembros subraya que en el ámbito de las *elecciones políticas*, deben ser esos poderes políticos los que aborden el marco regulatorio (SEPÚLVEDA GÓMEZ, M., «La propuesta de Directiva europea sobre diligencia debida en derechos humanos y medio ambiente», *Temas Laborales*, 168/2023, págs. 339-368 [pág. 361]).

Este debería ser el camino (aunque deba criticarse que en la redacción final del art. 5.2 se haya eliminado *peligrosamente* la puntualización «*de conformidad con la legislación aplicable en materia de competencia*» que contenía la Propuesta de Directiva de 23 de febrero de 2022). Puesto que estamos en el ámbito de las *elecciones políticas* lo que se necesita, en fin, es una adecuada regulación y no un atajo que comprometa la *independencia* de las autoridades de competencia exigiéndoles que *sean más socialmente responsables* mediante el cambio de sus objetivos y su programa de actuación o propugnando una exención general para aquellos acuerdos entre competidores ligados a la sostenibilidad.

