

Sobre «cláusulas salvatorias» en contratos anticompetitivos: la STJUE en el caso Telefónica/Portugal Telecom

Ángel Carrasco Perera

Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Castilla-La Mancha

Consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo

En dos sentencias de 28 junio 2016, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha confirmado la resolución sancionadora impuesta por la Comisión sobre Telefónica y Portugal Telecom a propósito de una cláusula de no competencia incluida en un contrato de adquisición por la primera de la cuota de la segunda en la brasileña Vivo. Se trata de un caso bien conocido. La cláusula en cuestión establecía que «To the extent permitted by Law, each party shall refrain from (...) in any project in the telecommunication business (...) that can be deemed to be in competition with the other within the Iberian market».

El Tribunal declara que la cláusula es anticompetitiva «por su objeto», por lo que no es preciso realizar análisis de consecuencias y efectos anticompetitivos reales. Declara que una operación de M&A no es una justificación universal para incluir cláusulas de no competencia entre vendedor y comprador. Sostiene que la restricción no es legítimamente «ancilar» a la operación ni tiene ninguna conexión objetiva ni proporcionada con la salvaguardia de los intereses del adquirente en el mercado brasileño.

Quiero llamar la atención sobre la regla «salvatoria» contenida en el clausulado discutido: «to the extent permitted by law». La doctrina que sienta el Tribunal puede ser muy útil en otros contextos.

Según los imputados, la cláusula contenía una especie de obligación de autoevaluación previa que determinaría la legalidad de la misma, de forma que las partes no irían a cumplir con sus términos (anticompetitivos) mientras no hubieran completado satisfactoriamente esta evaluación de licitud. El Tribunal desestima esta alegación, ya que la cláusula no establece los tiempos y condiciones en que debe conducirse esta autoevaluación.

Obsérvese, empero, que ni las partes ni el Tribunal tratan el asunto desde el punto de vista del valor en abstracto de las «cláusulas salvatorias». Esto es, en lugar de sostener las partes el improbable argumento de que se habían impuesto una especie de autoevaluación necesaria antes de implementar la prohibición de competencia, podían haber alegado que la cláusula imponía una *restricción absoluta* y que por ello mismo las partes *no cometerían nunca* una conducta anticompetitiva.

Sin embargo, este argumento nuevo tampoco hubiera servido. Porque es distinto el alcance de una regla salvatoria referida a una *cláusula o contrato que podrían ser nulos* y el de una cláusula salvatoria que *restringe las conductas futuras de las partes hasta el límite de lo válido*. La primera se refiere a un «predicado normativo» abstracto (*vgr: tal cosa es nula o válida; si tal cosa es nula, entonces valdrá tal otra; etc*). La segunda se refiere a una *cuestión de hecho*. Una regla salvatoria puede ser válida y justificante si, aplicada a una cláusula contractual discutible (distinta de la cláusula que contiene la cláusula salvatoria), sostiene que dicha cláusula afectada será nula en la medida en que lo exija la ley. Pero si con la cláusula salvatoria se pretendiera restringir la posibilidad de conductas ilegales, la cláusula no sería justificante, *porque ninguna cláusula sirve de hecho para desincentivar conductas cuando éstas son interesantes para las partes, aunque sean conductas ilegales*.

En mi opinión, la carencia de poder justificante de tales cláusulas es independiente de si imponen o no un procedimiento de autoevaluación y si este procedimiento está determinado en sus términos y condiciones. Es increíble que un sujeto (o dos) pueda auto-desincentivarse por medio de una regla contractual de acometer una conducta que le aprovecha.

Advertencia legal: Este análisis sólo contiene información general y no se refiere a un supuesto en particular. Su contenido no se puede considerar en ningún caso recomendación o asesoramiento legal sobre cuestión alguna.

N. de la C.: En las citas literales se ha rectificado en lo posible —sin afectar al sentido— la grafía de ciertos elementos (acentos, mayúsculas, símbolos, abreviaturas, cursivas...) para adecuarlos a las normas tipográficas utilizadas en el resto del texto.