



El Tribunal General de la UE confirma la ilegalidad de la cláusula de no competencia entre Portugal Telecom y Telefónica en el marco de la adquisición del operador brasileño de telefonía móvil Vivo por parte de Telefónica

No obstante, a efectos del cálculo de las multas impuestas a estas sociedades, la Comisión deberá determinar de nuevo las ventas relacionadas directa o indirectamente con la infracción

PT (anteriormente, Portugal Telecom) y Telefónica son operadores históricos en el sector de las comunicaciones electrónicas. PT es el primer operador de telecomunicaciones de Portugal y cuenta con una presencia estratégica en otros países, en particular en Brasil y en África subsahariana. Telefónica es el primer operador de telecomunicaciones de España y uno de los mayores grupos europeos de telecomunicaciones, con presencia internacional en varios países de la Unión Europea, de América Latina y de África. Vivo Participações («Vivo») es uno de los principales operadores de telecomunicaciones móviles en Brasil. Vivo estaba controlada conjuntamente por Telefónica y por PT a través de Brasilcel, una sociedad de inversión neerlandesa.

En 2010, PT y Telefónica celebraron un acuerdo de compraventa de acciones, que tenía por objeto el control exclusivo de Vivo por parte de Telefónica.¹ En dicho acuerdo, los operadores insertaron una cláusula de no competencia, mediante la que se comprometían «en la medida permitida por la ley, a abstenerse de participar o de invertir, directa o indirectamente a través de una filial, en todo proyecto en el sector de las telecomunicaciones (incluidos los servicios de telefonía fija y móvil y los servicios de acceso a Internet y de televisión, salvo las inversiones o actividades que ya estén en curso en el día en el que se firme el presente acuerdo) que pueda entrar en competencia con la otra parte en el mercado ibérico». Esta cláusula debía aplicarse entre el 27 de septiembre de 2010 (fecha de la conclusión definitiva de la operación) y el 31 de diciembre de 2011.

En enero de 2011, la Comisión, tras haber sido alertada de la existencia de esta cláusula por la autoridad española de la competencia, incoó un procedimiento contra Telefónica y PT. En febrero de 2011, a raíz de la incoación del procedimiento por la Comisión, Telefónica y PT firmaron un acuerdo para eliminar la cláusula. En una decisión de 2013,² la Comisión consideró que la cláusula equivalía a un acuerdo de reparto del mercado que tenía por objeto restringir la competencia en el mercado interior. En consecuencia, impuso a Telefónica y a PT multas por un importe de 66 894 000 euros y 12 290 000 euros, respectivamente. La Comisión concluyó que la cláusula se aplicaba a todos los mercados de servicios de telecomunicaciones electrónicas y de servicios de televisión en España y en Portugal («mercado ibérico»), salvo a los mercados de prestación de servicios mundiales de telecomunicaciones y de servicios de portador mayorista internacional. La Comisión añadió que la cláusula podía retrasar potencialmente la integración en el sector de las comunicaciones electrónicas. Según la Comisión, esta integración se vería seriamente comprometida si operadores históricos, como Telefónica y PT, pudieran reforzar su

¹ El acuerdo se celebró el 28 de julio de 2010. Telefónica se hizo con el control exclusivo de Vivo gracias a la adquisición del 50 % del capital de Brasilcel.

² Decisión C(2013) 306 final de la Comisión, de 23 de enero de 2013, relativa a un procedimiento de conformidad con el artículo 101 TFUE (asunto COMP/39.839 — Telefónica/Portugal Telecom).

posición, ya muy fuerte, en el mercado participando en prácticas colusorias al objeto de proteger sus mercados de origen y de evitar la entrada en ellos de otros operadores.

PT y Telefónica solicitan al Tribunal General de la Unión Europea que anule la Decisión de la Comisión y reduzca el importe de las multas impuestas. En particular, refutan que la cláusula constituya una restricción de la competencia por el objeto, ya que a su juicio la Comisión no demostró que fueran competidoras potenciales y que, por tanto, la cláusula pudiese restringir la competencia. También alegan que debe excluirse del cálculo de la multa el volumen de ventas realizadas en los mercados no sujetos a una potencial competencia o con servicios no sujetos a dicha competencia, que no estaban incluidos en el ámbito de aplicación de la cláusula.

Mediante sus sentencias de hoy, **el Tribunal desestima los recursos de PT y Telefónica casi por completo. No obstante, la Comisión deberá determinar de nuevo las ventas relacionadas directa o indirectamente con la infracción a efectos del cálculo del importe de las multas.**

El Tribunal considera que PT no ha demostrado que la restricción generada por la cláusula controvertida fuera accesoria respecto de la opción de compra de sus acciones propiedad de Telefónica (opción inicialmente prevista y más tarde eliminada del acuerdo) y de la dimisión de los miembros de su consejo de administración nombrados por la sociedad española (dimisión prevista en la versión final del acuerdo). Además, el Tribunal considera, al igual que la Comisión, que nada indica que la cláusula contuviese una obligación de autoevaluación de la que dependiera la entrada en vigor de la obligación de no competencia (en efecto, PT sostenía que la cláusula contenía dos obligaciones distintas —una obligación principal de autoevaluación y una obligación secundaria de no competencia— y que la segunda sólo pasaba a ser obligatoria si se apreciaba su legalidad al ejecutar la primera).

Por su parte, Telefónica alega, en particular, que el Gobierno portugués impuso la cláusula, o que, en todo caso, era necesaria para que éste se abstuviera de bloquear el acuerdo relativo a la operación Vivo. De este modo, Telefónica afirma que no tuvo más opción que tratar de limitar el impacto de la cláusula, transformándola en una cláusula de autoevaluación de la legalidad de un compromiso de no competencia mediante la introducción del inciso «en la medida permitida por la ley». El Tribunal considera que Telefónica no ha presentado prueba suficiente en apoyo de estas alegaciones. Además, señala que Telefónica no ha aportado ningún elemento que permita explicar por qué razón una cláusula de no competencia en el mercado ibérico podría considerarse objetivamente esencial para una operación relativa a la cesión de participaciones en un operador brasileño.

Habida cuenta de que la propia existencia de la cláusula es un sólido indicio de una competencia potencial entre PT y Telefónica, de que su objeto consistía en un acuerdo de reparto de mercado, de que tenía un extenso ámbito de aplicación y de que se inscribía en un contexto económico liberalizado, el Tribunal considera que **la Comisión no estaba obligada, como afirman PT y Telefónica, a llevar a cabo un análisis detallado de la estructura de los mercados afectados y de la competencia potencial entre las partes en esos mercados para concluir que la cláusula constituía una restricción de la competencia por el objeto.**

Sin embargo, el Tribunal declara que, en el caso de autos, las ventas de una sociedad correspondientes a actividades que no podían entrar en competencia con la otra sociedad durante el período de aplicación de la cláusula deben excluirse a los efectos del cálculo de la multa, porque estas actividades estaban excluidas del ámbito de aplicación de la cláusula en virtud de su propio tenor y la Comisión se basó, para calcular la multa, en las ventas comprendidas dentro del ámbito de aplicación de la cláusula. De este modo, a efectos de determinar el valor de las ventas de las sociedades que había de tomarse en consideración para calcular el importe de las multas, la Comisión estaba obligada a examinar las alegaciones de PT y de Telefónica al objeto de demostrar la inexistencia de competencia potencial entre ellas con respecto a determinados servicios. Únicamente sobre la base de un análisis factico y jurídico de ese tipo habría sido posible determinar las ventas relacionadas directa o indirectamente con la infracción (valor que tendría que haber servido de importe de partida a la hora de calcular el importe de base de la multa). **Por**

consiguiente, la Comisión deberá pronunciarse de nuevo acerca de la fijación del importe de la multa.

NOTA: Contra las resoluciones del Tribunal General puede interponerse recurso de casación ante el Tribunal de Justicia, limitado a las cuestiones de Derecho, en un plazo de dos meses a partir de la notificación de la resolución.

NOTA: El recurso de anulación sirve para solicitar la anulación de los actos de las instituciones de la Unión contrarios al Derecho de la Unión. Bajo ciertos requisitos, los Estados miembros, las instituciones europeas y los particulares pueden interponer recurso de anulación ante el Tribunal de Justicia o ante el Tribunal General. Si el recurso se declara fundado, el acto queda anulado y la institución de que se trate debe colmar el eventual vacío jurídico creado por la anulación de dicho acto.

Documento no oficial, destinado a los medios de comunicación y que no vincula al Tribunal General.

El texto íntegro de las sentencias [T-208/13](#) y [T-216/13](#) se publica en el sitio CURIA el día de su pronunciamiento

Contactos con la prensa: Cristina López Roca ☎ (+352) 4303 3667