

Consideraciones sobre la cláusula del cliente más favorecido

Considerations regarding the most favorite customer clause

ANGÉLICA DÍAZ DE LA ROSA

Profesora Titular de Derecho mercantil de la UDC

Departamento de Ciencias de la Navegación e Ingeniería Marina

ORCID ID: 0000-0002-5438-395

Recibido: 12.01.2026 / Aceptado: 12.02.2026

DOI: 10.20318/cdt.2026.10266

Resumen: En el presente trabajo se aborda el estudio de una cláusula de modificación contractual conocida como “cláusula del cliente más favorecido”. Estamos ante una manifestación de la autonomía de la voluntad de las partes, tendente a garantizar que uno de los contratantes disfrute sucesivamente de una condición contractual más beneficiosa de la que venía disponiendo con anterioridad, a medida que los otros contratantes que se hallan vinculados al proveedor o promitente de dichas condiciones, vean mejoradas sus propias condiciones, de forma que la mejora de estas últimas conduce -de forma directa o indirecta- a la mejora de las condiciones del beneficiario como Parte de la cláusula en cuestión. Igualmente, se abordan las maneras de manifestarse la cláusula y se procede, por fin, a un breve análisis de sus efectos.

Palabras clave: cláusula de cliente más favorecido, modificación automática o renegociación contractual, cláusula del cliente más favorecido y Derecho de la competencia, restricciones verticales.

Abstract: This paper examines a contractual modification clause known as the “most-favored-customer clause”. This clause exemplifies the parties’ freedom of contract, aiming to ensure that one party subsequently enjoys more favorable contractual conditions than previously held. This occurs as other parties to the same contracting party, who are also bound by the supplier or promisor of these conditions, experience improvements in their own terms. The improvement of these latter conditions, directly or indirectly, leads to improvements in the conditions of the beneficiary party to the clause. The paper also explores the various ways in which the clause can be invoked and concludes with a brief analysis of its effects.

Keywords: Most-Favoured Customer Clause, automatic modification or contractual renegotiation, Most-Favoured Customer Clause and Competition Law, vertical restraints.

Sumario: I. Libertad contractual y “pacta sunt servanda”. II. Modificaciones sobrevenidas y adaptaciones del contrato realizadas “ex post”. III.- La cláusula de cliente más favorecido 1. Concepto. 2. Requisitos; validez. 3. Eficacia: virtualidad modificativa del contrato. 4.- Efectos del incumplimiento de la cláusula del cliente más favorecido. IV.- Conclusiones.

I. Libertad contractual y *pacta sunt servanda*

1. Como señalan numerosos autores, en el conjunto de los ámbitos jurídicos en los que nos movemos –ante todo, el Ordenamiento jurídico español, y la UE¹- prevalece el recurso al mercado como sistema que viene orientado, en última instancia, a la satisfacción de los intereses de los usuarios, que –al propio tiempo- se convierten en verdaderos árbitros del susodicho sistema porque son ellos mismos los que, con sus decisiones, sirven de guía a los productores y distribuidores de bienes y servicios. Por consiguiente, existe –o debe existir- un entorno socioeconómico de “*libre interacción de las fuerzas de la oferta y la demanda... (que) determina el nivel de los precios que, a su vez, reorienta las decisiones de consumo y producción*”².

2. Pues bien, una economía de mercado se basa –entre otros muchos principios- en los dos siguientes, que se hallan estrechamente relacionados, la libre y leal competencia y la autonomía de la voluntad, materializada –muy principalmente- en la libertad contractual³, uno de cuyos corolarios más importantes se expresa como el principio “*pacta sunt servanda*” y la correlativa inmutabilidad del contrato⁴.

3. La libertad contractual, también denominada autonomía privada de la voluntad, constituye un derecho subjetivo fundamental en el ámbito del Derecho patrimonial. Su contenido se proyecta sobre la facultad de decidir acerca de todos los elementos y aspectos del contrato, entendido tanto como negocio jurídico –en cuanto acto de autonomía privada–, como relación jurídica y como norma vinculante para las partes (*lex privata*)⁵. Esta libertad alcanza a los elementos esenciales del contrato (consentimiento,

¹ La prevalencia institucional –e incluso constitucional- del reconocimiento del Sistema de Economía de Mercado, como es probablemente más eficiente para la satisfacción de los intereses de los usuarios, es algo ya tópico como reconocen, entre otros, recientemente J.L. GARCÍA-PITA Y LASTRES, “La constante preocupación del Derecho de la competencia por la práctica de las ayudas públicas, el sector de la industria naval y el transporte marítimo”, en “*La Ley Unión Europea*”, 2023, nº 116, *passim*. Igualmente, L. SUÁREZ-LLANOS GÓMEZ, *Introducción al Derecho mercantil. Introducción al Derecho de Obligaciones. Introducción al Derecho de la Empresa Mercantil*, Edit. Civitas, Madrid, 1998, p. 151. Por lo que hace a la trascendencia internacional-global del “sistema de Mercado”, como vía para que “*los consumidores, constituidos en árbitros, garantes e impulsores de la racionalidad que debe presidir el funcionamiento*” del sistema económico, vid. D. CARREAU, T. FLORY, Y P. JUILLARD, *Droit International Économique*, Edit. Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 3ª e.d, París, 1990, pp. 81 y ss. D.F. VAGTS, *Transnational Business Problems*, Edit. The Foundation Press, Inc., Mineola (N.York), 1986, p. 3. I. ARROYO MARTÍNEZ, “Conferencias marítimas y Código de Conducta”, en *Estudios de Derecho marítimo*, T. III, Edit. Bosch, Barcelona, 2001, p. 344. A. BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Apuntes de Derecho mercantil*, Edit. Aranzadi, Elcano (Navarra), 2000. E. BOET SERRA, “*La Libre Competencia en el Transporte marítimo (El tráfico de mercancías en línea regular)*”, Edit. Bosch, Barcelona, 2000, pág. 21. Implícitamente, P. JIMÉNEZ BLANCO, “*Las denominaciones de origen en el Derecho de Comercio Internacional*”, Edit. Eurolex, Madrid, 1996, *passim*.

² F. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Precios predatorios y derecho antitrust. Estudio comparado de los ordenamientos estadounidense, comunitario y español*, Edit. Marcial Pons, Madrid, 1997, págs. 19 y ss.

³ M. BASSOLS COMA, “Los principios económicos de la Constitución y la Ordenación del Seguro privado”, en VV.AA. *Comentarios a la Ley de Ordenación del Seguro Privado*, T. I, Edit. Colegio Universitario de Estudios Financieros-Consejo Superior Bancario, Madrid, 1987, pág. 96. R. ENTRENA CUESTA, “El Modelo económico de la Constitución española de 1978”, en VV.AA. *La Empresa en la Constitución española*, Edit. Aranzadi, Pamplona, 1989, pág. 24. M.T. GISPERT PASTOR, “La noción de Empresa en la Constitución española”, en VV.AA. *La Empresa en la Constitución española*, Edit. Aranzadi, Pamplona, 1989, pp. 37 y ss.

⁴ D. MATRAY, Y F. VIDTS, “Les clauses d’adaptation de contrats”, en VV.AA. *Les grandes clauses des contrats internationaux*. 55º Séminaire de la Commission Droit et Vie des Affaires en collaboration avec la Revue de Droit des Affaires Internationales et le Groupe de Travail Contrats Internationaux, Edit. Forum Européen de la Communication /Bruylant, París/Bruselas, 2005, p. 94: “*un contrat conclu par les parties est normalement immuable quelles que soient les circonstances. En vertu du principe de la convention loi, exprimé dans l’article 1134 du Code civil, une partie ne peut modifier les termes d’un contrat ou s’y soustraire, en dehors des cas prévus par la loi, même si la modification est peu importante*”

⁵ J. L. GARCÍA-PITA Y LASTRES, *Derecho mercantil de obligaciones. Parte General*. Edit. Marcial Pons, Madrid, 2003, pág.327 y ss. C. MADRID MARTÍNEZ, “La Libertad contractual: su lugar en el Derecho venezolano de nuestro tiempo”, p.13 en <[Cuadernos de Derecho Transnacional \(Marzo 2026\), Vol. 18, N.º 1, pp. 154-181
ISSN 1989-4570 - www.uc3m.es/cdt - DOI: 10.20318/cdt.2026.10266](https://docs.google.com/viewer?a=v&q=cache:207R9IQO9AQJ:www.uma.edu.ve/admini/ckfinder/userfiles/files/LA%2520LIBERTAD%2520CONTRACTUAL.pdf+%22LA+LIBERTAD+CONTRACTUAL:+SU+LUGAR+EN+EL+DERECHO+VENEZOLANO+DE+NUESTRO+TIEMPO%22+%2B+%22Madrid+Marti%CC%81nez%22&hl=es&gl=es&pid=bl&srcid=ADGEESiYR3BoEN5CtNErVHkPZrjbAxjKnMTTrGf-0OdDpKJfxbHauZpWBolCCYjEsUozZ9q_QOyN-mZvfbWv1WIQGBYRDsthuJ0fDNf4B1LhWsrG8F_Jq4lRwxQcp_mzPTPKQC-VlhO&sig=AHIEtbTUuRy5VMgwFfVJMHVxIn5YbHKggA>”, quien señala que, “...en el sistema venezolano, se reconoce a la voluntad de los sujetos, como el poder de reglamentar</p>
</div>
<div data-bbox=)

objeto y causa), así como a su proceso de formación (*iter formativo*), a la forma y a la configuración general del negocio. En consecuencia, la autonomía contractual no se limita únicamente a la decisión de contratar o no, sino que también comprende la posibilidad de determinar el contenido del contrato conforme a la voluntad de las partes. Por esta razón, los preceptos del Código de Comercio de 1885 y del Código Civil de 1889 tienen, por regla general, carácter dispositivo o supletorio, permitiendo a los particulares adaptar el contrato a sus intereses⁶. Sin embargo, esa autonomía privada inicial conduce al principio “*pacta sunt servanda*” y a la -consiguiente- tendencia a la inmutabilidad del contrato.

4. Cada vez que a los potenciales contratantes se les presenta, durante el proceso de negociación, alguna situación en la que caben diferentes opciones; cualquiera que sea el aspecto o el punto respecto del cual se les ofrezcan tales posibilidades alternativas, la posibilidad de optar entre unas u otras será una manifestación del principio de autonomía contractual. Por consiguiente, como señala el Prof. García-Pita, cuando se habla de la autonomía contractual privada, es preciso entender incluidas en esta noción las siguientes facultades o derechos subjetivos; a saber⁷:

1. La libertad de contratar, lo que -en opinión de algún autor- incluye la libertad de consumir... Y, por la misma razón habría que referirse -también- a la libertad de aprovisionarse o de recurrir a los servicios de otros, sin necesidad de limitar el fenómeno al ámbito de las relaciones b2c (“*business-to-consumer*”).
2. La libertad de elegir a la persona o personas que habrán de intervenir en el contrato -quiénes y cuántas-, en calidad de contrapartes, lo que en una perspectiva economicista o -incluso- de Derecho de la competencia equivale a la libertad de elegir en qué nivel del proceso de producción/distribución nos situamos y de elegir con los agentes económicos de qué nivel del proceso de producción/distribución nos relacionamos y contratamos.
3. La libertad de elección del tipo contractual, y -estrechamente relacionada con ella- la libertad de configurar los elementos objetivo-causales y el contenido del contrato, incluyendo -p.e.- la importantísima libertad de precios.
4. Libertad de forma⁸, entre otras.

5. En este sentido, los comerciantes o empresarios, exactamente igual que cualquier otro individuo privado, son libres de decidir si desean celebrar un contrato, con quién y con qué contenido, a qué ordenamiento jurídico desean someterlo, y a qué jurisdicción, y de qué manera desean expresar su voluntad contractual⁹. Dentro del contenido de los contratos, la libertad contractual implica la libertad de elección del tipo contractual que se quiere celebrar¹⁰, así como la posibilidad de configurar el contenido

el contenido y modalidades de las obligaciones que se imponen; y la Ley, en este ámbito, sólo jugará un rol supletorio. Entendido el contrato como una “convención entre dos o más personas para constituir, reglar, transmitir, modificar o extinguir entre ellas un vínculo jurídico” (Artículo 1.133 CCV), serán las partes quienes, en uso de su libertad contractual, determinarán libremente sus relaciones convencionales y, tal expresión de la voluntad será obligatoria para ellas (Artículo 1.159 CCV).

Así, al ser la autonomía de la voluntad, el pilar fundamental de las relaciones contractuales, las partes pueden realizar cuantas convenciones se les ocurran, pues es bien sabido que los derechos de crédito, por su base consensual, no están establecidos en un numerus clausus. Su forma y contenido sólo encuentra límite, en principio, en la propia voluntad de las partes y así lo reconoce el legislador al permitir los contratos atípicos (Artículo 1.140 CCV). Igualmente, las partes pueden derogar las normas previstas en la Ley y modificar la estructura del contrato”

⁶ J. GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, “Curso de Derecho mercantil”, T. II, 8ª ed., impr. Imprenta Aguirre, Madrid, 1983, p. 31.

⁷ J.L. GARCÍA-PITA Y LASTRES, “Autonomía privada y libertad contractual en la contratación mercantil” en *Autonomía de la voluntad en el Derecho privado. Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado* Edit. Consejo General del Notariado, Madrid, 2012, pp. 354 y ss.

⁸ E. LANGLE RUBIO, *Manual de Derecho mercantil español*, T. III, Edit. Bosch, Barcelona, 1959, p. 56.

⁹ J.L. GARCÍA-PITA Y LASTRES, “Autonomía privada y libertad contractual en la contratación mercantil”, cit., pp. 354 y ss., J. D. CALAMARI Y J.M. PERILLO, *The Law of Contracts* West Publishing Co., St. Paul, 1977. 2ª ed., p. 5.

¹⁰ J.L. GARCÍA-PITA Y LASTRES, “Autonomía privada y libertad contractual en la contratación mercantil”, cit., pp. 354. A.A. LÓPEZ Y LÓPEZ, “Lección 17ª. El Contrato”, en VV.AA., *Derecho de Obligaciones y Contratos*, Edit. Tirant Lo Blanch, Barcelona p. 317., P. SALVADOR CODERCH A. AZAGRA MALO Y A. FERNÁNDEZ CRENDE, “Autonomía privada, Fraude de ley e interpretación de los negocios jurídicos” *INDret*, <https://raco.cat/index.php/InDret/article/view/121321/167769>, p. 2.

del contrato¹¹ en atención a los intereses y voluntades de cada parte contratante – ya sea en contratos bilaterales o plurilaterales-, de modo que “*corresponde a los contratantes, como consecuencia de un debate libre y abierto, definir qué es a lo que se obligan*”¹².

6. Las declaraciones de voluntad dirigidas a la celebración de un contrato, en cuanto manifestaciones encaminadas a la perfección del negocio jurídico, deben contener, al menos, sus elementos esenciales, esto es, el objeto y la causa¹³. No resulta necesario aludir de manera expresa al consentimiento, pues la propia declaración de voluntad constituye su manifestación externa, en la medida en que es el medio a través del cual se exteriorizan los restantes elementos esenciales del negocio¹⁴. En este sentido, el consentimiento se encuentra implícitamente presente siempre que concurren el objeto y la causa, en cuanto materia -estos últimos- de una voluntad; de un deseo que se exterioriza y se hace cognoscible y aceptado. Junto a estos elementos estructurales, el negocio jurídico puede incorporar otros elementos naturales o accidentales, que modulan su eficacia y contenido. Entre los más relevantes, tradicionalmente identificados por la doctrina, se encuentra, en primer término, la condición que consiste en un acontecimiento futuro e incierto cuya previsión se integra en el negocio jurídico y de cuya posible concurrencia depende la producción de determinados efectos jurídicos, tales como la eficacia del contrato, el nacimiento, la extinción o la exigibilidad de las obligaciones, u otras consecuencias jurídicas. En segundo lugar, se halla término o plazo, que se configura como un acontecimiento futuro y cierto que determina el momento inicial o final de los efectos del negocio jurídico o de las obligaciones derivadas del mismo. Finalmente, el modo que se puede definir como la carga o gravamen impuesto al beneficiario en los negocios jurídicos de carácter gratuito, que condiciona el disfrute de la liberalidad recibida¹⁵.

7. La posibilidad de incluir estos elementos en el contrato, como un reflejo de la propia libertad o autonomía contractual, se aprecia claramente en su calificación de elementos accidentales del contrato¹⁶.

8. En todo caso, la autonomía de la voluntad contractual faculta a las partes, conforme dispone el artículo 1255 del Código Civil, para “*establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por con-*

¹¹ J.L. GARCÍA-PITA Y LASTRES, “Autonomía privada y libertad contractual en la contratación mercantil”, cit., pp. 356 y ss. F. DE CASTRO Y BRAVO, *Tratado práctico y crítico de Derecho civil*, Vol Xº, “*El Negocio Jurídico*”, Edit. Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1967, p. 12. A.A. LÓPEZ Y LÓPEZ, “Lección 17ª. El Contrato”, en F. BLASCO GASCÓ, F. CAPILLA RONCERO, A.A. LÓPEZ Y LÓPEZ, V.L. MONTÉS PENADÉS, J. ORDUÑA MORENO, E. ROCA I TRÍAS y Mª. R. VALPUESTA FERNÁNDEZ: *Derecho de Obligaciones y Contratos*, coord. por Mª. R. Valpuesta Fernández, edit. TIRANT LO BLANCH, Valencia, 1994, p. 317. G.I. ÁLVAREZ MARTÍNEZ, *Los grupos de contratos en el Crédito al Consumo*, Edit. La Ley, Madrid, 2009, p. 166. J.A. BALLESTEROS GARRIDO, “*Las Condiciones generales de los contratos y el principio de la autonomía de la voluntad*”, Edit. Bosch Barcelona, 1999, p. 17. KEMELMAJER DE CARLUCCI Y PICASSO: “Informe Argentina”, en <http://www.fundacionfueyo.udp.cl/archivos/catedra_der_cont_informe_argentina.pdf>, p. 2. quienes señalan que la doctrina argentina aprecia consagrada legalmente la libertad de fijación del contenido de los contratos, en el artículo 1197, C CIVarg., que considera a lo estipulado por las partes en el contrato “*como la ley misma*”.

¹² E. LANGLE RUBIO, *Manual de Derecho mercantil español* cit., T. III, p. 57. F.J. ORDUÑA MORENO, “Contratos concluidos mediante condiciones generales de la contratación”, en VV.AA.: *Contratación y Consumo*, Dir. por F.J. ORDUÑA MORENO, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, p. 254. MADRID MARTÍNEZ, C.: “La Libertad contractual: su lugar en el Derecho venezolano de nuestro tiempo”, p. 13, en <https://es.scribd.com/document/238916084/LA-LIBERTAD-CONTRACTUAL-SU-LUGAR-EN-EL-DERECHO-VENEZOLANO-DE-NUESTRO-TIEMPO>, quien señala que “[e]n el sistema venezolano, se reconoce a la voluntad de los sujetos, como el poder de reglamentar el contenido y modalidades de las obligaciones que se imponen; y la Ley, en este ámbito, sólo jugará un rol supletorio”.

¹³ P. SALVADOR CODERCH, A. AZAGRA MALO Y A. FERNÁNDEZ CRENDE, “Autonomía privada, Fraude de ley e interpretación de los negocios jurídicos” cit., p. 2. U. ÁLVAREZ SUÁREZ, “*El Negocio jurídico en Derecho Romano*” Editorial Revista de Derecho Privado, 1954, XI, p. 16.

¹⁴ J.L. GARCÍA-PITA Y LASTRES, “Autonomía privada y libertad contractual en la contratación mercantil”, cit., pp. 364 y ss. y 485 y ss.

¹⁵ J.L. GARCÍA-PITA Y LASTRES, *Contratos y Covid. El principio “Pacta Sunt Servanda” y la Regla “Rebus Sic Stantibus”* cit., pp. 54 y ss. P. SALVADOR CODERCH, A. AZAGRA MALO Y A. FERNÁNDEZ CRENDE, “Autonomía privada, Fraude de ley e interpretación de los negocios jurídicos” cit., p. 2. U. ÁLVAREZ SUÁREZ, “*El Negocio jurídico en Derecho Romano*” cit. p. 37.

¹⁶ J.L. GARCÍA-PITA Y LASTRES, “Autonomía privada y libertad contractual en la contratación mercantil”, cit., pp. 385 y ss. SALVADOR CODERCH/AZAGRA MALO/FERNÁNDEZ CRENDE, “Autonomía privada, Fraude de ley e interpretación de los negocios jurídicos” cit. p.2.

veniente”. Pues bien, dentro de esos “*pactos, cláusulas y condiciones*” se pueden incluir figuras como la condición, el término y el modo. No obstante, el alcance efectivo del artículo 1255 del Código Civil resulta aún más extenso, pues las “*condiciones*” a las que se refiere el precepto no pueden identificarse estrictamente con las “*condiciones*” en el sentido jurídico anteriormente expuesto, sino que el legislador parece aludir a toda clase de estipulaciones, cláusulas o pactos contractuales, sin limitación a categorías dogmáticas específicas.

9. Pues bien, los negocios jurídicos que se celebran y los contratos mercantiles que se concluyen, en ejercicio de la citada libertad, son “*válidos y eficaces*” -ex. artículo 51 y 118 del Código de comercio-, y quedan sometidos al principio “*pacta sunt servanda*”: el contrato debe ser respetado; el contrato debe ser cumplido, resulta “*plenamente efectivo y vinculante para las partes simplemente porque ha sido querido, porque es fruto de un acuerdo entre individuos, en que cada uno de ellos ha decidido libremente asumir una obligación*”¹⁷. La libertad contractual quedaría vacía de contenido si no estuviese respaldada por la garantía que el ordenamiento jurídico ofrece al imponer la eficacia vinculante de los contratos (“*pacta sunt servanda*”)¹⁸.

II. Modificaciones sobrevenidas y adaptaciones del contrato realizadas “*ex post*”

10. Sin embargo, como ha señalado recientemente el Prof. García-Pita y Lastres, el principio “*pacta sunt servanda*” posee una cara opuesta representada por el principio “*rebus sic stantibus*”¹⁹; principio -y no mera cláusula- que proyecta su influencia sobre todas las normas del Derecho de contratos, permitiendo que cada una de sus disposiciones se adapte a la realidad de las alteraciones sobrevenidas en las circunstancias que rodearon la celebración -y que rodean el desarrollo- de los negocios y de las relaciones contractuales, incluyendo la posibilidad de desvincularse de ellas o de modificarlas, para adaptarse a los desequilibrios contractuales producidos por esas alteraciones sobrevenidas, imprevisibles o inevitables, aunque este mismo efecto -o uno similar-, puede lograrse mediante cláusulas contractuales²⁰, entre las cuales destacan las cláusulas de “*hardship*”²¹. Pero las cláusulas de “*hardship*” no son las únicas cláusulas de modificación de contratos que existen en el comercio internacional: hay otras estipulaciones cada vez más extendidas, que persiguen fines parecidos. Se trata de cláusulas, por medio de las cuales las partes manifiestan su voluntad de acomodar o ajustar el contrato a nuevas circunstancias, pudiendo adquirir diversas formas; a saber: las llamadas cláusulas de “*Oferta concurrente*”, del “*Cliente más favorecido*” y “*de Primer refuse*”²². Las dos primeras -cláusulas de “*Oferta concurrente*” y “*de Cliente más favorecido*”- conducen -por lo general- a la readaptación del contrato, cuando no a su resolución, en caso de que las condiciones del mercado se vean modificadas, sea porque uno de los contratantes recibe de un tercero una oferta más favorable, o bien -alternativamente- porque él mismo ofrece a un tercero, condiciones contractuales más favorables que a su contraparte o cliente inicial²³ o incluso porque el cliente que desea obtener ese trato preferencial, valiéndose de su poder de

¹⁷ J.A. BALLESTEROS GARRIDO, *Las Condiciones generales de los contratos y el principio de la autonomía de la voluntad* cit., ps. 17 y ss.

¹⁸ J.L. GARCÍA-PITA Y LASTRES, *Contratos y Covid. El principio “Pacta Sunt Servanda” y la Regla “Rebus Sic Stantibus”*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.págs. 52 y ss. J.L. GARCÍA-PITA Y LASTRES, “Autonomía privada y libertad contractual en la contratación mercantil, cit., pp. 385 y ss.

¹⁹ J.L. GARCÍA-PITA Y LASTRES, *Contratos y Covid. El principio “Pacta Sunt Servanda” y la Regla “Rebus Sic Stantibus”*, *passim*

²⁰ D. MATRAY Y F. VIDTS, “Les clauses d’adaptation de contrats cit., p. 95.

²¹ *Vid in extenso* A. ZEGARA MULANOVICH, *Las Clausulas de harship en la contratación mercantil*. Tesis dirigida por el Prof. José Luis García-Pita y Lastres, en la Universidad de A Coruña, 2007. J.L. GARCÍA-PITA Y LASTRES, *Derecho mercantil de obligaciones*. Parte General. Pág541 y ss.

²² J.L. GARCÍA-PITA Y LASTRES, *Derecho mercantil de obligaciones*. cit., pp. 528 y ss., J.L. GARCÍA-PITA Y LASTRES, *Contratos y Covid. El principio “Pacta Sunt Servanda” y la Regla “Rebus Sic Stantibus”*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.págs. 511 y ss.

²³ M. FONTAINE, Y F. DE LY, *Droit des contrats internationaux. Analyse et rédaction de clauses*, Edit. Feduci/ Fec, Paris, 1989, p. 287.

negociación, impone dicha cláusula a su contraparte, de la que espera obtener esa ventaja. Es decir, que ambos tipos de cláusula comparten el común denominador de permitir una adaptación sucesiva de un contrato antecedente, a las condiciones más favorables ofrecidas a o por un tercero, según el caso²⁴. Así; es posible distinguir dos tipos fundamentales de cláusulas: por una parte, las cláusulas de adaptación particulares, tales como las cláusulas de perfeccionamiento, las cláusulas de revisión de precios, y las cláusulas de adaptación generales²⁵, entre las que se incluyen las cláusulas de “hardship”, aunque hay quienes consideran que existen tres tipos de cláusulas; a saber:

1. Las cláusulas de adaptación automática: cláusula de indexación, cláusula de revisión de precios, cláusula de adaptación, de conversión monetaria, etc.
2. Las cláusulas de adaptación no-automática: cláusula de cliente más favorecido, cláusula de primer rehúse.
3. Las cláusulas denominadas tradicionalmente cláusulas de “hardship”, formando un tercer grupo o categoría, distintos de las dos anteriores²⁶.

11. La diferencia esencial entre ambas es que mientras las primeras -habitualmente- prevén una adaptación automática del contrato; es decir: una adaptación que se produce sin necesidad de una intervención de las partes; es decir: sin precisar ninguna conducta o manifestación volitiva por su parte, las segundas tienden a provocar una negociación y una readaptación del contrato, aunque unas y otras son perfectamente compatibles y es perfectamente posible la inclusión de ambas en un mismo contrato. Pues bien; la cláusula de cliente más favorecido parece pertenecer a la primera de ambas categorías

III. La cláusula de cliente más favorecido

1. Concepto

12. Históricamente, el uso de la expresión tiene su origen en el derecho internacional y, en particular, en los acuerdos comerciales entre Estados, en los que se designa la cláusula que garantiza a una nación determinada ciertas condiciones equivalentes y no menos ventajosas que las otorgadas a la “Nación más favorecida”. El término se extendió posteriormente a otros contextos (alternativamente, en la variante de la cláusula del cliente más favorecido o de la “nación más favorecida”) y, hasta la fecha, sin duda tiene una fuerte transversalidad, siendo aplicable a cualquier acuerdo que garantice a una parte contratante específica un trato tan favorable como el otorgado a otra parte en una posición similar o, de forma más general, las mejores condiciones comerciales existentes²⁷.

13. La cláusula de cliente más favorecido (“*clause du client le plus favorisé*”, “*clausola del cliente più favorito*” (MFC clause” o “*most favoured customer clause*”) o “Cláusula de paridad” (“*clausola di parità* (parity clause) o cláusula “*pari passu*”²⁸) o Cláusula “*meet-or-release*”²⁹, es una cláusula contractual ampliamente empleada en los contratos de comercio internacional; fundamentalmente en los contratos de suministro a largo plazo, aunque también las podemos observar con frecuencia en los contratos de transferencia de tecnología³⁰ y en los de concesión. Una cláusula de

²⁴ M. FONTAINE, Y F. DE LY, *Droit des contrats internationaux. Analyse et rédaction de clauses* cit., p. 287.

²⁵ D. MATRAY, Y F. VIDTS, “Les clauses d’adaptation de contrats” cit., p. 103. A. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ “Los contratos internacionales de construcción ‘llave en mano’”, en “Cuadernos de Derecho Transnacional” (Marzo 2014), Vol. 6, N° 1, p. 213.

²⁶ D. MATRAY, Y F. VIDTS, “Les clauses d’adaptation de contrats” cit., p. 103.

²⁷ V. D’ALESSANDRO, “Clausola del Cliente più favorito”, en M. CONFORTINI, *Clausole negoziali. Profili teorici e applicativi di clausole tipiche e atipiche*. Vol. II, Edit. Utet Giuridica, Turín, 2019 ps. 703 y s.

²⁸ E. PERRIN, “Qu’est-ce qu’une clause pari passu?”, en <<https://agicap.com/fr/article/clause-pari-passu-financement-definition/>>

²⁹ C. D’ASPREMONT C. Y R. DOS SANTOS FERREIRA, “Meet-or-Release and Most-Favored-Customer Clauses with Price-Quantity Competition Yield Cournot Outcomes”, en *Économie publique/Public Economics*, 2005, vol. 17, fasc. 2, pp. 221 a 230.

³⁰ J.L. GARCÍA-PITA Y LASTRES, *Derecho mercantil de obligaciones*. Parte General. pp.549 y ss. M. FONTAINE, Y F. DE LY,

cliente más favorecido (CMF) es una estipulación contractual en la que el proveedor o promitente se compromete a ofrecer al cliente, adquirente o usuario las mejores condiciones posibles, garantizando que no pague más que cualquier otro cliente³¹, o -en términos más amplios- mediante la cláusula del cliente más favorecido, una parte se compromete a garantizar al beneficiario del acuerdo que obtendrá las condiciones más ventajosas otorgadas a terceros, sea en el pasado o en el futuro, en un contrato similar³². Además, se le otorga al beneficiario el derecho a exigir que su contrato se ajuste a las condiciones más ventajosas de otros.

14. Esta cláusula se incluye a menudo en contratos entre empresarios que operan en diferentes niveles de la cadena de producción y distribución, para garantizar que una parte reciba el trato más ventajoso otorgado a otra parte en una posición similar en la cadena de suministro. Los términos exactos de una cláusula CMF pueden variar; en algunos casos incluyen requisitos de divulgación de precios o certificación de que el comprador recibe el mejor precio, mientras que en otros la comparación se hará con referencia a los términos del contrato en su conjunto.

15. Por otra parte, también existe la llamada cláusula de cliente más favorecido plus -“*CMF plus*”-. Una cláusula “*CMF plus*” es un tipo más específico de CMF por lo que cabe preguntarse qué significa la expresión “*plus*” inserta en dicha denominación. Pues bien; ese “*plus*” añadido indica que el comprador debe recibir condiciones mejores que las ofrecidas a otros clientes, comenzando por la posibilidad de proyectar unos precios más elevados sobre los otros clientes, ya que el vendedor debe cobrarles más que al comprador/beneficiario de cláusula de “*CMF plus*”.

16. Una consecuencia de la cláusula “*CMF plus*” podría afectar a los precios de los inputs de la producción, de manera que el beneficiario de la cláusula pudiera percibir precios más elevados que los demás proveedores, por los inputs o insumos que proporciona al prominente. Así pues, la cláusula puede conducir a la obligación de pagar precios más elevados que para el resto del mercado, por las materias primas, bienes o servicios que el beneficiario-proveedor ha de proporcionar a su cliente, ya que el empresario comprometido tendría que cobrar precios más altos a otros clientes para cumplir con el requisito del “*plus*”. Es decir, que la mejora del beneficiario “*CMF plus*” se obtienen a costa de hacer más onerosas las condiciones de los otros contratantes que se hallan vinculados al promitente.

17. A pesar de su engarce o fundamento en la autonomía privada y la libertad contractual, tanto las cláusulas de cliente más favorecido como las “*CMF plus*” pueden estar sujetas a escrutinio antimonopolio porque pueden utilizarse para reducir la competencia de precios entre vendedores o facilitar la colusión.

Droit des contrats internationaux...cit., p. 296. A. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, quinta ponencia “*La transmisión de tecnología y su problemática jurídica actual*”, en VV.AA. *Seminario sobre adquisición de tecnología extranjera*, Edit. Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales de la Universidad de Bilbao, Bilbao, 1975, págs. 69 y ss. C. FERNÁNDEZ NOVOA, “*La inclusión de los Derechos de propiedad industrial dentro de la transferencia de tecnología*”, en VV.AA. *Seminario sobre adquisición de tecnología extranjera*, Edit. Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales de la Universidad de Bilbao, Bilbao, 1975, págs. 137 y ss. J.J. GÓMEZ FONTECHA, J.J., “*Las licencias de patente bajo las recientes disposiciones reguladoras de la transferencia de tecnología*”, en VV.AA. *Seminario sobre adquisición de tecnología extranjera*, Edit. Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales de la Universidad de Bilbao, Bilbao, 1975, págs. 121 y ss.

³¹ V. D’ALESSANDRO, “*Clausola del Cliente piú favorito*”...cit., p. 702. D. MATRAY, Y F. VIDTS, “*Les clauses d’adaptation de contrats*”, cit., p. 145, sostienen que “*Par la clause du client le plus favorisé, une partie à un contrat s’engage à faire bénéficier son partenaire des conditions plus favorables qu’elle viendrait à consentir à un tiers dans un contrat analogue*”. C. TERZI Y J. FLORES CALLEJAS, “*Examen des accords à long terme relatifs aux achats dans le système des Nations Unies*”, Corps commun d’inspection Nations Unies, JIU/REP/2013/1, Ginebra, 2013, p. 28. C. PEPINO, “*La Performance en Droit des Affaires*”, these pour le doctorat en Droit prive présentée et soutenue publiquement le jeudi 6 décembre 2018, bajo la dirección de Mme Marie-Eve Pancrazi, Université Aix-Marseille. Ecole Doctorale Sciences Juridiques et Politiques. Faculte de Droit et de Science Politique D’aix-Marseille, Marsella, 2018, p. 112.

³² P. AMATO, “*I contratti tra imprenditori all’interno della filiera produttivo-distributiva: la tutela delle parti tra clausole da inserire e gli Incoterms-2020*”, Dipartimento Di Giurisprudenza, Cattedra Di Diritto Privato 2, año académico 2019/2020, p. 94.

18. Las cláusulas de cliente más favorecido se caracterizan por su amplia variedad de formas; por la diversidad de su contenido y del contexto en el que puede existir el acuerdo³³, lo que hace difícil la construcción de una categoría general y unificada de esta cláusula³⁴. Y es que -para empezar- y centrándonos exclusivamente en su ámbito³⁵, se trata de un tipo de cláusulas utilizado en diversos contextos mercantiles y financieros, en cuyo marco busca promover el equilibrio contractual, merced a la igualdad de trato. Así; podemos encontrar cláusulas “*pari passu*”, en el Derecho Bancario, donde las hallaremos -casi siempre- incluidas en los contratos de financiación. p.e., cuando -en el contexto de la financiación de capital circulante- una empresa recurre a la obtención de un préstamo bancario, comprometiéndose el referido prestatario a asegurar que los mismos niveles de protección, beneficios y garantías financieras alcanzarán a prestamistas actuales y futuros. Esta cláusula también garantiza que múltiples prestamistas se beneficien de condiciones de reembolso perfectamente iguales³⁶.

19. Las cláusulas “*pari passu*” y la “*negative pledge*” venían siendo frecuentes en los préstamos internacionales por cuanto suele tratarse de préstamos constituidos sin garantía real³⁷, así como en préstamos industriales, inclusive en el préstamo hipotecario naval. En efecto, sobre todo cuando se trata de préstamos o de aperturas de créditos exteriores, sin garantía real, los posibles prestamistas están enormemente interesados en que, en el futuro, no aparezcan nuevos acreedores privilegiados de su deudor (el prestatario); acreedores a los que éste pueda haber concedido una preferencia o unas garantías superiores a las que los propios prestamistas o acreditantes han obtenido³⁸. Pues bien; para lograr este objetivo, tradicionalmente se ha venido empleando la cláusula “*pari passu*”, por virtud de la cual el prestatario o acreditado declara que, en el momento de la celebración del contrato, los créditos que de él se derivan son de igual rango al que ostentan todas sus demás deudas no aseguradas con garantía real, y -a la vez- se compromete a que dichos créditos (los de restitución y pago de intereses, derivados del contrato de préstamo o de crédito) continuarán siendo de igual rango, con respecto a las deudas que en el futuro pueda contraer³⁹.

20. ¿Son lícitas tales cláusulas? La cuestión no es pacífica: al parecer, se halla bastante extendida la opinión de que la cláusula “*Pari passu*” no es lícita, en Derecho español, y que -por este motivo- hubo que desarrollar la cláusula “*Negative pledge*”, como alternativa válida, por ser compatible con los principios inspiradores de nuestro Derecho patrimonial privado, y con el régimen de la garantía patrimonial universal y el sistema de privilegios concursales. En efecto; esta cláusula “*Pari passu*”, formulada en términos semejantes a los que he expuesto más arriba, podría no ser válida, en nuestro Ordenamiento, puesto que el Derecho concursal español, mantiene el reconocimiento de un sistema de privilegios, recogidos en los arts. 1921 y ss. del Código civil. y 280 del Texto Refundido de la Ley Concursal (TRLR) que enumera los “*créditos con privilegio general*”⁴⁰. Pues bien, si la referida cláusula “*pari passu*” establece un compromiso del prestatario o acreditado de que los créditos por restitución y pago de intereses, derivados del contrato de préstamo o crédito, continuarán siendo, con respecto a las deudas que en el futuro pueda contraer, de igual rango al que ostentan todas sus demás deudas no aseguradas con garantía real, es preciso reconocer que -a la vista de lo prevenido en el citado artículo 280

³³ V. D’ALESSANDRO, “Clausola del Cliente piú favorito”, cit., p. 706.

³⁴ V. D’ALESSANDRO, “Clausola del Cliente piú favorito”, cit. p. 706.

³⁵ E. PERRIN, “Qu’est-ce qu’une clause *pari passu*?”, en <<https://agicap.com/fr/article/clause-pari-passu-financement-definition/>>.

³⁶ E. PERRIN, “Qu’est-ce qu’une clause *pari passu*?”, en <<https://agicap.com/fr/article/clause-pari-passu-financement-definition/>>.

³⁷ A. OJEDA MARÍN, A. *Créditos y préstamos exteriores al sector público español*, cit. Edit. Unión Editorial, 1985, p. 205, califica a estas cláusulas como “*restricciones presentes y futuras*”.

³⁸ A. OJEDA MARÍN, A. *Créditos y préstamos exteriores al sector público español*, cit., p. 205

³⁹ M.T. DE GISPERT PASTOR, *Los créditos sindicados. Su integración en el sistema jurídico español*, Edit. Bosch, Barcelona, 1986, pp. 197 y ss. O. SANDROCK, “Prejudgment Attachments: Securing International Loans or Other Claims for Money”, en *The International Lawyer*, 1987, vol. 21, fasc. 1, p. 2.

⁴⁰ Antes del TRLR, eran los arts. 90 y 91 de la Ley Concursal, y antes se trataba de los 912 y ss. Código de comercio. - A. OJEDA MARÍN, A. *Créditos y préstamos exteriores al sector público español*, cit., p. 206.

del TRLC- resultaría difícil que así sucediera -legítimamente-, pues los créditos con privilegio general -que afectan al patrimonio en general, situándose a continuación de los créditos con privilegio especial y antes de los créditos ordinarios- son los que el propio TRLC dice, y no otros; a saber: son créditos con privilegio general:

1.º Los créditos anteriores a la declaración de concurso por salarios que no tengan la consideración de créditos contra la masa ni reconocido privilegio especial, en la cuantía que resulte de multiplicar el triple del salario mínimo interprofesional por el número de días de salario pendientes de pago; por indemnizaciones derivadas de la extinción de los contratos, en la cuantía correspondiente al mínimo legal calculada sobre una base que no supere el triple del salario mínimo interprofesional; y por los capitales coste de seguridad social de los que sea legalmente responsable el concursado y los recargos sobre las prestaciones por incumplimiento de las obligaciones en materia de salud laboral devengadas con anterioridad a la declaración de concurso.

2.º Las cantidades correspondientes a retenciones tributarias y de seguridad social debidas por el concursado en cumplimiento de una obligación legal.

3.º Los créditos de personas naturales derivados del trabajo personal no dependiente y los que correspondan al propio autor por la cesión de los derechos de explotación de la obra objeto de propiedad intelectual, devengados durante los seis meses anteriores a la declaración de concurso.

4.º Los créditos tributarios, los créditos de la seguridad social y demás de derecho público que no tengan privilegio especial ni el privilegio general del número 2.º de este artículo. Respecto de los créditos públicos señalados, el privilegio general a que se refiere este número solo alcanzará al cincuenta por ciento del importe de los respectivos créditos, deducidos de la base para el cálculo del porcentaje los créditos con privilegio especial, los créditos con privilegio general conforme al número 2.º de este mismo artículo y los créditos subordinados.

5.º Los créditos por responsabilidad civil extracontractual por daños causados antes de la declaración de concurso distintos de aquellos a que se refiere el número 1.º del apartado 1 del artículo 242, las liquidaciones vinculadas a delito contra la Hacienda Pública reguladas en el Título VI de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, y los créditos por responsabilidad civil derivada del delito contra la Hacienda Pública y contra la Tesorería General de la Seguridad Social, cualquiera que sea la fecha de la resolución judicial que los declare. Si los daños estuvieran asegurados, el crédito del asegurador por subrogación, regreso o reembolso tendrá la consideración de crédito concursal ordinario.

6.º El cincuenta por ciento del importe de los créditos derivados de la financiación interina o de la nueva financiación concedidos en el marco de un plan de reestructuración homologado cuando los créditos afectados por ese plan representen al menos el cincuenta y uno por ciento del pasivo total. En el caso de que la financiación hubiera sido concedida o comprometida por personas especialmente relacionadas con el deudor, será necesario que los créditos afectados por el plan representen más del sesenta por ciento del pasivo total, con deducción de los créditos de aquellas personas para calcular esa mayoría.

7.º Los créditos de que fuera titular el acreedor a instancia del cual se hubiere declarado el concurso, excluidos los que tuvieren el carácter de subordinados, hasta el cincuenta por ciento de su importe⁴¹.

21. Lo que se pretende con la cláusula “*Pari passu*” sería una elusión paccionada de ese régimen legal de preferencia y prelación de créditos, en la medida en que perjudicase al prestamista. Que la finalidad sea ésta no significa que cualquier forma de alcanzarla sea lícita, de modo que tal vez la formulación tradicional de la cláusula “*Pari passu*”, en el Derecho anglosajón, no valga en Derecho español, porque hay créditos, como los laborales o los tributarios, que gozan de preferencia, cualquiera que sea la voluntad de los interesados; razón por la cual, semejante cláusula tendría que redactarse de otro modo: básicamente, limitando su virtualidad a algunos tipos de créditos privilegiados, p.e. los créditos exteriores: pactando que ningún crédito exterior podrá superar en rango al del prestamista.

22. Por su parte, la Profa. de Gispert Pastor mantuvo en su momento que ambas cláusulas –“*pari passu*” y “*negative pledge*”- serían lícitas, en la medida en que tiendan a mantener la solvencia de las empresas, e impliquen una efectiva garantía para el prestamista⁴². Sea como fuere, una cosa es que estas

⁴¹ F. SÁNCHEZ CALERO Y J. SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE., *Instituciones de Derecho mercantil*, T. II, 36ª ed., Edit. Aranzadi, Madrid, 2014, pp. 631 y ss.

⁴² A. DE HOYOS GONZÁLEZ, cit., p. 442, quien señala que “la cláusula es totalmente lógica y justa. Es natural que los prestamistas no quieran quedar en peor condición que otros acreedores”.

cláusulas puedan ser tenidas por lícitas y otra muy diferente que –dada su procedencia y raigambre anglosajonas– no requieran de una adaptación y adecuación a las categorías de nuestro derecho positivo⁴³.

23. Mas, por otra parte, sean más o menos lícitas, ¿son eficaces en la práctica estas cláusulas? En este sentido, ha señalado algún autor que la cláusula “*Pari passu*” no tiene mucho sentido, en el Ordenamiento español, porque es frecuente que los prestamistas ya posean créditos suficientemente privilegiados, piénsese, p.e., en los préstamos internacionales al sector público, que –por cuanto constituyen deuda pública– generan créditos protegidos por el artículo 135.2 de la Constitución Española⁴⁴.

24. Algún autor sostiene que ambas cláusulas –“*pari passu*” y “*negative pledge*”– son, en realidad, dos facetas de una misma realidad. Así, la cláusula “*negative pledge*” sería, pues, la formulación negativa de la cláusula “*pari passu*”⁴⁵. En este sentido, lo que hace la cláusula “*negative pledge*”, cuyo objeto es mantener en pie de igualdad a todos los acreedores, es establecer la prohibición convencional al acreditado de conceder, voluntaria y unilateralmente, a favor de ciertos acreedores, y con exclusión de otros, garantías reales –“*special security interests*”–⁴⁶. El incumplimiento de estas obligaciones negativas puede dar lugar al vencimiento anticipado del préstamo⁴⁷.

25. En el ámbito del Derecho de sociedades, las cláusulas “*pari passu*” se emplean con ocasión de la celebración de pactos parasociales; de acuerdos entre socios o accionistas, para que todos ellos se beneficien por igual de protección en caso de ampliaciones de capital, previendo que futuras ampliaciones se realizarán en las mismas condiciones⁴⁸.

26. Ahora bien; es preciso no caer en el error de identificar las cláusulas “*pari passu*” con las cláusulas de cliente más favorecido (CMF) o incluso cláusulas de cliente más favorecido plus (CMF plus), porque sería como confundir género y especie: las cláusulas “*pari passu*” constituyen una categoría o género de cláusulas o estipulaciones que comparten un común denominador, pero luego hay otros aspectos en cada una de ellas que las diferencia y que permiten –en concreto, y por lo que aquí interesa– distinguir las cláusulas de cliente más favorecido o incluso cláusulas de cliente más favorecido plus, respecto de las demás cláusulas “*pari passu*”, como una modalidad o subespecie de todas ellas.

27. Como se puede observar, en estos casos, ciertas cláusulas “*pari passu*” no tienen por objeto llevar a cabo una modificación contractual; no tienen por objeto llevar a cabo una actualización del contrato original del que ostenta la condición de cliente más favorecido, sino que más bien establecen el límite –máximo– de referencia, o el paradigma contractual de contenido, cuyas condiciones no pueden ser mejoradas en contratos posteriores celebrados con terceros.

28. Además; el comportamiento que las cláusulas “*pari passu*” bancarias tratan de regular o disciplinar es el comportamiento de cliente del banco, siendo el banco un proveedor –de financiación– del cliente, y este último un beneficiario de esa financiación, al que se le va a exigir un comportamiento debido determinado, mientras que el comportamiento que las cláusulas de cliente más favorecido tratan de regular o disciplinar es el comportamiento del proveedor; del empresario que proporciona a su cliente, sus bienes o sus servicios. Mayor parecido con las cláusulas cliente más favorecido presentan las

⁴³ A. DE HOYOS GONZÁLEZ, cit., p. 442

⁴⁴ A. OJEDA MARÍN, A. *Créditos y préstamos exteriores al sector público español*, cit., p. 206.

⁴⁵ A. DE HOYOS GONZÁLEZ, cit., p. 442.

⁴⁶ O. SANDROCK, “Prejudgment Attachments: Securing International Loans or Other Claims for Money” p.2. M.T. DE GISPERT PASTOR, *Los créditos sindicados. Su integración en el sistema jurídico español*, p. 207, quien señala que, para poder constituir unos derechos semejantes, es preciso contar con el consentimiento de la mayoría de los componentes del sindicato bancario. M. YSÁS SOLANES, cit., p. 131 alude a cláusula que prohíben que el deudor grave todo o parte de su patrimonio. A. OJEDA MARÍN, A. *Créditos y préstamos exteriores al sector público español*, cit., p. 205.

⁴⁷ A. DE HOYOS GONZÁLEZ, cit., p. 442. M. YSÁS SOLANES, cit., ps. 130 y ss.

⁴⁸ E. PERRIN, “Qu’est-ce qu’une clause pari passu?”, en <<https://agicap.com/fr/article/clause-pari-passu-financement-definition/>>.

cláusulas “*pari passu*” societarias, porque bien se podría decir que, en estas últimas, el comportamiento que las cláusulas tratan de regular o disciplinar es el comportamiento de la sociedad, considerada como -o asimilada a- una suerte de proveedor de posiciones de socio, de modo que -aunque jurídicamente no sea posible hablar de proveedor (la sociedad) y de cliente (el socio)- podríamos apreciar una similitud en términos meramente socioeconómicos.

29. Son esas dos circunstancias las que diferencian o distinguen profundamente -esencialmente- a las cláusulas “*pari passu*” bancarias, respecto del tercer tipo de cláusulas “*pari passu*”; aquel que se corresponde con la figura de la cláusula de cliente más favorecido.

30. Pero es en el ámbito del Derecho de la competencia, donde presta mayor atención a las cláusulas “*pari passu*”, manifestadas en la típica modalidad de las cláusulas denominadas “de cliente más favorecido”, de conformidad con las cuales, los empresarios contratantes se benefician automáticamente de las mismas condiciones que se ofrecen al -sucesivo o futuro- cliente más favorecido, provocando -ahora, sí- una modificación en el contrato del cliente o del contratante a cuyo favor se estipuló la cláusula. Por lo tanto, cualquier favoritismo de un operador económico -en el marco de su actividad contractual con terceros- hacia empresas con las que contrata y que resultan ser competidoras entre sí quedaría limitado, lo que conduciría, por lo menos, a una práctica empresarial que resulta sospechosa, por cuanto se intuye que este mecanismo pueda dar lugar a una práctica prohibida o regulada⁴⁹. Y es que, si la cláusula CMF podría afectar a los precios de los inputs de la producción, de manera que el beneficiario de la cláusula lograra mejorar sus condiciones, situándolas en el mismo nivel que otro cliente, sin tener que mejorar, Él mismo, sus prestaciones, o de manera que el beneficiario de la cláusula lograra impedir que el Promitente ofreciera precios más elevados a los demás proveedores, por los inputs o insumos que le proporcionan y si, en el caso de la cláusula “CMF plus”, la mejora del beneficiario se obtiene a costa de hacer más onerosas las condiciones de los otros contratantes que se hallan vinculados al promitente, en seguida se percibe que tales cláusulas pueden conducir a la obligación de pagar precios más elevados que para el resto del mercado, por las materias primas, bienes o servicios que el beneficiario-proveedor ha de proporcionar a su cliente, obligando al empresario comprometido a cobrar a otros clientes, precios más altos, para cumplir con el requisito del “plus”.

31. Si nos desplazamos del plano del ámbito, al plano del objeto, resulta que las condiciones más favorables que el proveedor se compromete a ofrecer pueden limitarse al precio, pero también pueden extenderse a múltiples disposiciones contractuales adicionales, dependiendo también del contrato celebrado en cada momento⁵⁰. Ni siquiera en el estricto ámbito de las cláusulas de cliente más favorecido limitadas a los llamados compromisos de precio, es homogéneo, pudiendo presentar diversas variantes comenzando, por ejemplo, por establecer que el efecto del acuerdo se produzca en virtud de la mera existencia de un precio más favorable ofrecido a otras partes contratantes en la misma situación que el beneficiario, o exigiendo la existencia de una diferencia determinada —no inferior a una cierta cantidad— entre el precio ofrecido a la tercera parte contratante y el efectivamente pagado por el beneficiario del acuerdo⁵¹. Además, y especialmente en el sector de la distribución tradicional o fuera de línea, a menudo se define un límite geográfico para la aplicabilidad del acuerdo, de modo que sólo se tengan en cuenta las condiciones diferentes concedidas a las partes que operan en determinados países o zonas.

⁴⁹ E. PERRIN, “Qu’est-ce qu’une clause *pari passu*?”, en <<https://agicap.com/fr/article/clause-pari-passu-financement-definition/>>.

⁵⁰ Consideremos, por ejemplo -dice V. D’ALESSANDRO, “Clausola del Cliente piú favorito”, cit., p. 706- el caso de una cláusula de cliente más favorecido en la relación entre los socios hoteleros y la plataforma en línea que gestiona las reservas de hotel: en este caso, las condiciones más ventajosas pueden consistir, por ejemplo, en la garantía del mejor precio, en una política de cancelación más favorable para la reserva realizada o, incluso, en una mayor flexibilidad en la posibilidad de mejorar la elección del tipo de habitación, etc.

⁵¹ V. D’ALESSANDRO, “Clausola del Cliente piú favorito”, cit., , pp. 706 y ss.

32. Las cláusulas de cliente más favorecido tienen como elementos subjetivo-personales a dos personajes; a saber: las partes obligadas por el acuerdo, que se denominan *predisponente* y *beneficiario de la cláusula* y, sin embargo, se trata de una figura que se puede situar en el ámbito de los llamados “*Contratos con Referencias a Competidores (CRC)*”⁵² y funcionan del siguiente modo:

1. En primer lugar: la cláusula tiene un -digamos- contenido declarativo, aunque también vinculante originario, consistente en la previsión de un precio mínimo garantizado: el vendedor se compromete a ofrecer al comprador las condiciones más favorables, como el precio más bajo, que ofrezca a cualquiera de sus otros clientes.
2. En segundo lugar: la cláusula tiene un -digamos- contenido compromisorio sucesivo consistente en ulteriores reducciones de precio: si el vendedor ofrece un precio más bajo a otro cliente, también debe ofrecer ese precio más bajo al cliente de CMF. Pero si bien las condiciones más ventajosas que el contratista se compromete a ofrecer al beneficiario suelen limitarse a los llamados compromisos de precio, en algunos casos también pueden extenderse a otros acuerdos o, de forma más general, al conjunto de las cláusulas contractuales más ventajosas⁵³.
3. Esta cláusula se utiliza para mantener la equidad entre los clientes del vendedor y evitar la discriminación de precios (Equidad competitiva). En este sentido, de inmediato se hace evidente el componente iusconcurrencial o “*antitrust*” de estas cláusulas, pues si bien pareciera que tienen un efecto beneficioso para la competencia, veremos que -al mismo tiempo- puede presentar un aspecto restrictivo o monopolístico o predatorio.

33. Ahora bien, en el caso de los contratos con referencias a competidores (CRC) la comparación contractual se efectúa entre los contratos concertados por el predisponente y los contratantes que, a su vez, son competidores entre sí. La posible interferencia entre esa concurrencia es la que puede acarrear problemas en el marco de la libre competencia y hace que se observen con recelo alguno de estos contratos.

2. Requisitos; validez

34. Si, como se manifestó oportunamente, las cláusulas del cliente más favorecido sirven para que las partes manifiesten su voluntad de acomodar o ajustar el contrato a posibles nuevas circunstancias, entonces es obvio que se tratará de cláusulas contractuales y -por consiguiente- tienen fundamento en la misma autonomía privada y la misma libertad contractual. Pues bien, en la medida en que la cláusula del cliente más favorecido es una manifestación más de la autonomía contractual, es evidente que deberá satisfacer las exigencias que impone el Ordenamiento jurídico, para que su previsión constituya un acto de ejercicio eficaz de esa libertad. Así pues; la cláusula del cliente más favorecido precisa de los requisitos de legítimo ejercicio de la autonomía contractual; a saber:

1. Consentimiento⁵⁴, que habrá de ser libre y consciente.
2. Objeto, que habrá de ser posible, lícito y -sobre todo- determinado o determinable⁵⁵

⁵² F. MARCOS FERNÁNDEZ, F. “Contratos con referencias a competidores (CRC): Referencias contractuales a terceros y restricciones a la competencia” *ICE, Revista De Economía*, n.º 915 (agosto), 2020 <https://doi.org/10.32796/ice.2020.915.7081>.

⁵³ V. D’ALESSANDRO, “Cláusula del Cliente más favorito”, cit., p. 704.

⁵⁴ J.L. GARCÍA-PICOTA Y LASTRES, “Autonomía privada y libertad contractual en la contratación mercantil”, cit., pp. 430 y s. V. SAN JULIÁN PUIG, *El Objeto del Contrato*, Edit. Aranzadi Pamplona, 1996, pp. 84 y ss.

⁵⁵ Los escolásticos han entendido por “objeto” (objectum) varias cosas; en efecto, no se da exactamente el mismo sentido a “objeto” cuando se trata del objeto en metafísica, en teoría del conocimiento, en ética. Sin embargo, hay un sentido común de “objeto” en cualquier caso, que es el de “término”. Así, en metafísica, el objeto es un término, o fin, o causa final; en teoría del conocimiento, el objeto es el término del acto del conocimiento, y especialmente la forma, ya sea como “especie sensible”, ya como “especie inteligible”; en ética, el objeto es la finalidad, el propósito, lo que se elige, lo justo.

3. Causa, que habrá de ser lícita, e incluso verdadera, aunque la expresión de causa falsa no supone, necesariamente, la invalidez del contrato o de la cláusula
4. Forma, que habrá de ser suficiente para que se expresa el consentimiento sobre el objeto y la causa.

35. Lo que sucede es que estos requisitos requieren -valga la redundancia- otros, propios, requisitos: existencia o -al menos- posibilidad, determinación, licitud. Pues bien; resulta que la cláusula del cliente más favorecido suscita problemas relacionados con esos diversos elementos. Para empezar -en apariencia- respecto del requisito de la forma.

36. Las cláusulas cliente más favorecido no parece que sean cláusulas formales; no parece que su introducción en el contrato esté sometida a un requisito de forma que -de hecho- ni siquiera se impone al contrato principal. Rige, pues, la libertad de forma, aunque es muy difícil que una cláusula de tal alcance -y que altera o deroga singularmente el artículo 1256 Código civil- pueda no presentarse en una forma escrita que deje constancia de su inclusión y de su contenido, aunque -a decir verdad- esto ya no es un problema de forma, sino un problema de prueba.

37. Por otra parte, si la cláusula de cliente más favorecido no está sometida a un requisito de forma, además tampoco es una cláusula ritual: no es preciso que haya de expresarse mediante ninguna fórmula determinada; en teoría pudiera bastar con una mínima expresión; incluso con su propia, pura y simple denominación: “*Se aplicará el trato de cliente más favorecido*”.

38. El problema es que, a la hora de configurar la virtualidad vinculante y los efectos de la cláusula, una vez que concurre la contratación con un tercero en condiciones más favorables, a las que se ha de adaptar el contrato con el beneficiario, se ignora -y sería preciso determinar- qué consecuencias tiene esto. ¿Hay una modificación automática y -si se me permite la expresión- de oficio del contrato con el beneficiario? ¿O, por el contrario, de forma análoga a la cláusula de “*hardship*”, es preciso entrar en negociaciones para llevar a cabo la modificación contractual?

39. En principio, la expresión cláusula del cliente más favorecido parece que sugiere automatismo, pero como se trata de una cláusula atípica, no podemos dar como indiscutiblemente cierto; no podemos considerar como una verdad absoluta, que una cláusula cliente más favorecido no pueda presentar una estructura -digamos- mixta, que combine un elemento de renegociación contractual.

40. Mas todo lo que se acaba de exponer, extravasa ya del plano de la forma, para entrar en el plano del objeto y contenido, porque -en definitiva- todos los supuestos aspectos diferentes no son sino diversas caras de un mismo fenómeno; de una misma realidad: la forma expresa el consentimiento y el consentimiento, o tiene un objeto determinado, o no será consentimiento en absoluto, sino simple inclinación psicológica. Sea como fuere; es necesario elaborar una cláusula cuyo contenido ideológico sea suficiente -incluso aunque lo sea en mínima medida- para producir efectos jurídicos reales.

41. El otro gran problema que suscitan las cláusulas cliente más favorecido, desde el punto de vista de la teoría del negocio jurídico, es el problema de su licitud causal y objetiva; es decir: que, desde el punto de vista de la teoría del negocio jurídico, las cláusulas cliente más favorecido suscitan dudas en punto a si tanto su objeto como su causa son lícitos o -por el contrato- ilícitos o antijurídicos. Y es que la cláusula del cliente más favorecido ha suscitado profundas dudas en punto a su licitud, en razón de la posibilidad de que esta cláusula presentase visos anticompetitivos, cual sucedió en la STJCE, Sala Quinta, de 3 de julio de 1991, en el Asunto; *AZKO. vs Comisión*⁵⁶, cuyos párrafos 102 y 103 manifiesta, respectivamente, que:

⁵⁶ STJCE, Sala Quinta; integrada por los Sres. Magistrador: J. C. Moitinho de Almeida, Presidente de Sala; G C Rodriguez Iglesias, Sir Gordon Slynn, R. Joliét y M. Zuleeg, Jueces; Abogado General: Sr. C. O. Lenz; Secretario: Sr. J. A. Pompe, Secretano adjunto, de 03.07.1991, en el Asunto C-62/86; *AZKO. vs Comisión*. F. Díez ESTELLA, “*La Discriminación de precios*”

“... 102 ... las ofertas en su conjunto sólo pueden explicarse por la voluntad de AKZO de perjudicar a ECS y no por la de recomponer sus márgenes. De una nota redactada por uno de los representantes de AKZO (anexo 51 del pliego de cargos) se desprende que ésta fijó los precios ofrecidos a Allied en enero de 1981 considerando que eran claramente inferiores a los aplicados por ECS a Allied. Ello demuestra que la intención de AKZO era no sólo conseguir el pedido, para lo cual únicamente hubiera tenido que bajar sus precios en la medida necesaria al efecto.

103. Además, al ofrecer a Allied un precio equivalente al ofrecido por ECS a Spillers, el objetivo de AKZO era fijar sus precios lo más bajo posible sin quebrantar el compromiso que había suscrito ante la High Court de Londres de no bajar sus precios de venta del peróxido de benzoilo con la intención de eliminar a ECS...”

42. Ello se explica, no solamente porque -para ser sinceros- una absoluta diferenciación entre objeto y causa no es posible; porque la causa -en definitiva- forma parte del objeto, si es que por “objeto” entendemos -a la manera en que proponen García-Pita o San Julián Puig- no el objeto de la obligación, ni tampoco el objeto de la prestación, sino la realidad social externa —en cuanto sea “susceptible de utilidad e interés”—, acotada y moldeada por la voluntad de las partes, sobre la que ha de incidir la conducta contractual programada⁵⁷. Por eso, el artículo 1261 alude al “*objeto cierto que sea materia del contrato*”; no materia de la obligación, sino materia del contrato⁵⁸. El objeto del contrato es un concepto objetivo y funcional porque alude a un conjunto de elementos socioeconómicos, pero no por sí mismos y por sí solos, sino en una especie de estado físico dinámico que les proporciona la voluntad; el consentimiento: el objeto de un contrato o de un negocio jurídico -y, por tanto, de sus cláusulas- consiste en diseñar e imponer o asumir -comprometerse a- un programa de comportamiento aplicado a una determinada realidad socioeconómica, que la *lex contractus* tratará de disciplinar, sometiéndola a su voluntad. Por este motivo, el ámbito del objeto del contrato abarca el clausulado contractual; el conjunto de “pactos, cláusulas y estipulaciones”, unos por unos, en cuanto contribuyen a acotar la realidad socioeconómica que la voluntad contractualmente anudada contribuye a programar.

43. Pues bien; si -como disponen el artículo 1º, nº 1 de la Ley nº 15/2007 de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y el artículo 101(1) del TFUE- “*Se prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional ...*” o “*Serán incompatibles con el mercado interior y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior...*”, entonces la simple y objetiva mera posibilidad de caer un pacto, cláusula, acuerdo o condición negocial dentro del ámbito de la prohibición, aunque no fuera propósito de los otorgantes impedir, restringir o falsear la competencia, determinará que dicho pacto, cláusula, etc. sea objetivamente restrictivo y que resulte objetivamente prohibido (Posteriormente se analizarán el problema, cuando la situación es, no tanto la de una colusión, como la de un abuso de posición de dominio (artículo 1º, nº 1 de la Ley nº 15/2007 de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y el artículo 102(1) del TFUE). Y hay que reconocer que -en efecto- el propósito de esta cláusula “poder adaptar un contrato ya celebrado a las condiciones cambiantes del mercado” y, por consiguiente, su contenido, pueden alterar la libre competencia en el sector⁵⁹, dependiendo del poder de negociación de las partes, el objeto, el alcance del acuerdo y el mercado en el que opera⁶⁰.

en *Derecho de la Competencia*”, Edit. Civitas., Madrid, 2003, ps. 344 y ss. C. PEPINO, *La Performance en Droit des Affaires*, cit., p. 113.

⁵⁷ J.L. GARCÍA-PITA Y LASTRES: “Autonomía privada y libertad contractual en la contratación mercantil” cit., p. 432. SAN JULIÁN PUIG, V.: *El Objeto del Contrato*, edit. Aranzadi, S.A., Pamplona, 1996, págs. 84 y s. DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, t. I, *Introducción. Teoría del Contrato*, edit. Civitas, S. A., 4.ª ed., Madrid, 1993, págs. 201 y s. DE PABLO CONTRERAS, P.: «Capítulo 10. Requisitos del Contrato», en MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., DE PABLO CONTRERAS, P., PÉREZ ÁLVAREZ, M. A. y PARRA LUCÁN, M.ª A.: *Curso de Derecho Civil*, t. II, *Derecho de Obligaciones*, coord. por MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., edit. Colex, S. A., 2.ª ed., Madrid, 2008, pág. 373.

⁵⁸ J.L. GARCÍA-PITA Y LASTRES: “Autonomía privada y libertad contractual en la contratación mercantil” cit., pp. 432 y s.

⁵⁹ V. D’ALESSANDRO, “Clausola del Cliente piú favorito”, cit., p. 709. P. AMATO, “*I contratti tra imprenditori all’interno della filiera produttivo-distributiva*”, cit., p. 95.

⁶⁰ P. AKMAN, “A Competition Law Assessment of Platform Most-Favoured-Customer Clauses”, CCP Working Paper 15-

44. Más complejidad puede plantear el problema de la licitud/ilicitud causal, pues -como es sabido- aunque el artículo 1261 del Código civil habla de la “*causa de la obligación que se establezca*”, y aunque el artículo 1274 pretende ofrecernos un concepto legal de “*causa*”, lo cierto es que nos encontramos en presencia de una de las nociones más complejas y de delimitación más controvertida de toda la Ciencia del Derecho privado: como señala García-Pita⁶¹, ya resulta suficientemente llamativo -e incongruente- que el artículo 1261 hable de “*causa de la obligación*”, mientras la Secc. Tercera, del Cap. IIº, Tít. IIº, Lib. IIIº del C.Civ., donde se encuentra aquel artículo -según sus propios términos literales- trate “*de la causa de los contratos*”. Y es que, por “*causa*”, puede entenderse -entre otras cosas- la función económica de una institución (sobre todo de los contratos y negocios jurídicos)⁶²; una función, en ocasiones, “*objetiva*” y típica (objetiva porque es típica), y otras -por el contrario- “*subjetiva*” -aunque compartida- y atípica, o mejor dicho: es subjetiva porque no es típica, cual sucede -como ya se podrá suponer- en los contratos atípicos, tanto si poseen una atipicidad legal, como si únicamente son objeto de una cierta desviación causal lícita (En este sentido, ya García-Pita hace referencia a la STS., Sala de lo Civil, nº 83/2009 de 19.02.2009⁶³, en cuanto alude a “*motivos casualizados*”; STSs., Sala 1ª, de 11.07.1984; de 21.11.1988 o de 08.04.1992). Así; cuando una cláusula de cliente más favorecido tiene un propósito anti-concurrencial -ya sea consciente, o no- dicha cláusula caerá dentro de la prohibición legal del artículo 1º, nº 1, de la Ley de Defensa de la Competencia; ilicitud que podría hacerse todavía más evidente -y grave- si atendiésemos a la idea de la causa de la obligación o de la atribución patrimonial, como razón jurídica que justifica el sacrificio patrimonial experimentado por un sujeto; la razón de por qué asume un deber jurídico de prestación⁶⁴; la clásica “*iusta causa obligandi*” y la cláusula de cliente más favorecido -su efecto modificador favorable para el beneficiario- constituyese la consecuencia de un fenómeno que es ajeno a la -hipotética- contraprestación que satisfaría dicho beneficiario: son los terceros los que se ganan unas determinadas condiciones, por la calidad de sus productos o servicios y sin embargo, es el beneficiario el que “recoge las nueces”, por parafrasear las palabras de un conocido político vasco.

45. Recientemente, ha sido la STJUE, de 19 de setiembre de 2024, en el Asunto C-264/23; *Booking.com y Booking.com (Deutschland) vs 25hours Hotel Company Berlin GmbH, Aletto Kudamm GmbH, Air-Hotel Wartburg Tagungs- & Sporthotel GmbH et alios*, en respuesta a dos cuestiones prejudiciales, donde se aclaran posibles dudas sobre la aplicación del artículo 101(1) del TFUE (acuerdos) a las cláusulas de paridad de precios y la teoría de las restricciones accesorias; una sentencia clara y muy esperada que, en una decisión sin precedentes, viene a dar respuesta al problema de la legalidad de estas cláusulas, que se había venido debatiendo durante más de diez años⁶⁵.

46. Y es que hay que tener en cuenta dos hechos evidentes: en primer lugar, que si una economía de mercado se basa -entre otros muchos principios- en la libre y leal competencia y la autonomía de la voluntad, materializada -muy principalmente- en la libertad contractual, esta última puede constituir, al tiempo que condición indispensable para que exista libre y leal competencia, también instrumento que puede comprometer y afectar esa libre y leal competencia. No hay más que recordar que en todos los or-

12, University of East Anglia, Centre for Competition Policy, ps. 1 y ss., en <https://www.regulation.org.uk/library/2015-CCP-never_knowingly_undersold.pdf>. P. AKMAN, P. Y M.A. HVIID, M.A.: “Most-favoured-customer clause with a twist”, en *European Competition Journal*, 2006, pp. 59 s. P. AMATO, “*I contratti tra imprenditori all'interno della filiera produttivo-distributiva*” cit., p. 95.

⁶¹ J.L. GARCÍA-PITA Y LASTRES, “Autonomía privada y libertad contractual en la contratación mercantil”, cit., pp. 435 y s.

⁶² J.L. GARCÍA-PITA Y LASTRES, “*Derecho de Títulos-valores (Parte General)*”, edit. Editorial Andavira – Tórculo, 3ª ed., Santiago de Compostela, 2006, ps. 87 y s. A. FONT I RIBAS, “*Exclusió de cobertura i clàusules limitadores. Estudi introductori*”, p. 22, en <<http://www.ub.edu/mercanti/ASS.pdf>>.

⁶³ STS., Sala de lo Civil, nº 83/2009 de 19.02.2009; Ponente Excmo. Sr. D. A. Salas Carceller, recaída en Recurso de casación nº 2236/2003. Vid. en J.L. GARCÍA-PITA Y LASTRES: “Autonomía privada y libertad contractual en la contratación mercantil” cit., p. 436.

⁶⁴ J.L. GARCÍA-PITA Y LASTRES: “*Derecho de Títulos-valores...*”, cit., 3ª ed., p. 87 y ss. A. FONT I RIBAS, “*Exclusió de cobertura i ...*”, cit., p. 22, en <<http://www.ub.edu/mercanti/ASS.pdf>>.

⁶⁵ GOUACHE AVOCATS, “La CJUE clarifie un débat de longue date : les clauses de parité ne constituent pas des restrictions accessoires”, en <<https://www.gouache.fr/ressources/la-cjue-clarifie-un-debat-de-longue-date-les-clauses-de-parite-ne-constituent-pas-des-restrictions-accessoires/>>, 22 de enero de 2025.

denamientos modernos, en los que existe una normativa “*antitrust*”, una de las dos conductas paradigmáticas restrictivas o falseadoras de la competencia son las prácticas colusorias, concertadas; los acuerdos anticompetitivos y -asimismo- “los pactos, cláusulas o estipulaciones” contractuales que pudieran tener por objeto o que produjesen o pudieran producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia. Así; la mencionada STJUE, de 19 de setiembre de 2024, en el Asunto C-264/23; *Booking.com (Deutschland) vs 25hours Hotel Company Berlin GmbH, Aletto Kudamm GmbH, Air-Hotel Wartburg Tagungs- & Sporthotel GmbH et alios*, concluye disponiendo -entre otras cosas- que el artículo 101 TFUE, apartado 1, debe interpretarse en el sentido de que “las cláusulas de paridad, tanto amplia como restringida, incluidas en los acuerdos celebrados entre las plataformas de reservas hoteleras en línea y los proveedores de servicios de alojamiento no están excluidas del ámbito de aplicación de esta disposición por ser accesorias a dichos acuerdos”; es decir: que la materia o contenido de estas cláusulas es -objetivamente- susceptible de comprometer la libre competencia; que no se hallan fuera del ámbito del Derecho “*antitrust*” y que merecen, como mínimo, ser sometidas a la supervisión -escrutinio- de las Autoridades judiciales o administrativas que aplican el Derecho de la competencia, aunque -ciertamente- supervisión no implica necesariamente ilicitud ni prohibición absoluta del uso de dichas cláusulas.

47. Ahora bien; el problema es que, por el momento, simplemente se ha referido que una “cláusula de cliente más favorecido” (CMF) puede resultar objetiva y/o causalmente ilícita, desde el punto de vista iusconcurrencial, tanto si tiene un propósito anticompetitivo, como si -cualquiera que fuere su finalidad- resultase material y objetivamente restrictiva de la competencia. La cuestión pendiente es si de verdad estas cláusulas tienen efectos anticompetitivos, y cuándo y por qué pueden tenerlos, lo cual no deja de plantear ciertos problemas previos, comenzando por el de la virtualidad anticompetitiva potencial o teórica.

48. Para empezar, hemos de tener en cuenta que, en muchos casos, la competencia perfecta es algo que no se puede lograr, y -así- el interés a proteger no es el interés general en una competencia que -de hecho- constituye más bien un modelo teórico que una realidad práctica, sino el interés en una competencia imperfecta o practicable; la competencia que podamos garantizar en mercados con algunos -potencialmente pocos- competidores oligopolísticos, cuya actuación en el mercado puede favorecer la eficiencia (por ejemplo, debido a los rendimientos crecientes). En esos casos, la crítica también podría refutarse con base en un argumento de segunda opción⁶⁶: incluso aunque el objetivo de la competencia perfecta resulte inalcanzable, se debe maximizar el interés público y, al mismo tiempo, permitir que las empresas elijan sus estrategias libremente y sin recurrir a esas técnicas de cooperación que constituyen prácticas colusorias. Desafortunadamente, la política de competencia carece de los instrumentos para implementar dicha política de segunda opción.

49. Sea como fuere, lo importante es destacar que -considerada la cuestión desde el punto de vista del Derecho de los negocios jurídicos- la hipotética ilicitud objetiva o causal las cláusulas de cliente más favorecido deviene en una cuestión compleja, que resulta depender ora de consideraciones dogmáticas, ora bien de circunstancias fácticas variables y contingentes, que -por lo demás- dependen del propósito, el contenido y los fines de los contratantes, pero también de la estructura del mercado y del modo en que se ve afectada.

50. En este sentido, la problemática ius-contractual que generan las cláusulas de cliente más favorecido se hace más compleja, cuando se considera la incidencia del Derecho “*antitrust*”, ya que el hecho de que la cláusula del cliente más favorecido suela incluirse en acuerdos —a menudo a largo plazo— entre partes que operan en diferentes niveles de la cadena de producción/distribución en diversos sectores económicos, como, por ejemplo, la energía, los seguros, la sanidad, la distribución cinematográfica y el turismo, suscitan la problemática típica de los carteles verticales⁶⁷, pues -aunque la

⁶⁶ LIPSEY, RICHARD Y KELVIN LANCASTER, *The General Theory of the Second Best* en *Review of Economic Studies* (1956).

⁶⁷ E. GELLHORN, cit., 3ª ed., ps. 278 y ss.

prohibición de los acuerdos de cartelización afecta, primeramente, a los denominados acuerdos horizontales- no hay que excluir que, igualmente, puedan ser anticompetitivos y que puedan quedar prohibidos por el Derecho “*antitrust*”, los cárteles verticales. Y es que, por razón de la posición que ocupan las diversas empresas participantes, los acuerdos o cárteles pueden ser –lo mismo que las concentraciones y/o uniones de empresas- horizontales y verticales o –inclusive- diagonales. En este sentido, el criterio delimitador se sitúa en cuál sea, dentro del marco del proceso productivo, el nivel en que se encuentran las empresas o entidades que se concertan y -lo que es más importante; de hecho, lo que es esencial- en cuanto se concertan; criterio que permite diferenciar entre:

1. Cárteles horizontales de empresas: las entidades concertadas desarrollan la misma actividad -sobre los mismos productos y/o servicios-, y se hallan en el mismo nivel del proceso de producción/distribución.
2. Cárteles verticales: las entidades concertadas pueden desarrollar la misma actividad o una actividad distinta -aunque relacionada, al referirse a los mismos productos y/o servicios-, pero se hallan en un nivel diferente, dentro del proceso de producción/distribución⁶⁸.
3. Cárteles diagonales: se concertan entidades que ni se hallan en un mismo nivel del proceso de producción/distribución, ni tampoco desarrollan las mismas actividades, o actividades, siquiera, relacionadas.

Pues bien; lo cierto es que existió una -inicial- desorientación en punto a si los acuerdos verticales debían, o no, quedar sometidos a las prohibiciones propias del Derecho de la competencia, en materia de prácticas colusorias.

51. Pues bien; aunque las prohibiciones contenidas en los artículos 1º de la Ley de Defensa de la Competencia y 101 TFUE afectan, primeramente, a los denominados acuerdos horizontales, no hay que excluir que, igualmente, puedan ser anticompetitivos y que puedan quedar prohibidos por el Derecho “*Antitrust*” los cárteles verticales⁶⁹, los cuales –a su vez- pueden clasificarse en dos grandes categorías; a saber.:

1. Los cárteles verticales que tienen por objeto restringir la distribución de un producto (o de un servicio).
2. Y los cárteles verticales que tienen por objeto excluir o apartar del mercado a empresas competidoras⁷⁰.

52. Por otra parte; frente al reconocimiento general del principio “*pacta sunt servanda*”, que permite esa amplitud de posibles pactos, cláusulas y condiciones de que habla el artículo 1255 del Código civil -y, en definitiva, también los artículos 51, 117 y 118 del Código de comercio-, sabemos que el Derecho de la competencia se muestra hostil a las cláusulas contractuales -entre operadores económicos- cuyo contenido se pueda calificar como de “*comportamiento no-independiente*”; cláusulas que persiguen reducir el riesgo de mercado que conlleva la competencia, sustituyéndolo por un acuerdo que garantiza un comportamiento previsible entre los participantes; se trata de cláusulas que -por hallarse insertas en el seno de acuerdos bi- o plurilaterales, frecuentemente de naturaleza contractual- debieran tener por propósito institucional legítimo facilitar las transacciones económicas reduciendo los conflictos de intereses inherentes a todo contrato (El vendedor busca obtener el precio más alto; el comprador pagar el más bajo y así sucesivamente), pero, más que reducir los conflictos inherentes fenómenos de cambio o de comercio para -merced a esa reducción- facilitar dichos procesos económicos, estas cláu-

⁶⁸ J. COSTAS COMESAÑA, *Los Cárteles de crisis. Crisis económica y defensa de la competencia*, Edit. Marcial Pons, Madrid, 1997, cit., p. 41. E. GELLHORN, cit., 3ª ed., p. 278.

⁶⁹ E. GELLHORN, cit., 3ª ed., ps. 278 y ss. Como señala J.PASCUAL Y VICENTE, “La nueva Regulación europea general de las restricciones verticales de la competencia”, en “*Anuario de los Mercados y de la competencia*”, 2002.

⁷⁰ E. GELLHORN, 3ª ed., p. 281.

sulas de comportamiento no-independiente distorsionan el conflicto a solventar, al afectar -de modo ilegítimo- a los intereses generales y de terceros que convergen en el mercado de los mismos productos y servicios, ya que favorecen a una parte -el beneficiario- a costa de los esfuerzos competitivos de esos otros terceros, lo que probablemente -y dicho sea desde la perspectiva del Derecho de contratos- nos situaría en presencia de cláusulas o pactos que habría que analizar si resulta, o no, “*contrarios a las leyes, a la moral (y/o) al orden público*”, porque nos movemos -aquí- en los límites de la Autonomía privada legítima.

Ahora bien; el problema es que los comportamientos no-independientes son algo muy difícil de identificar, por lo que los tribunales y operadores jurídicos reguladores deben recurrir a la observación de comportamientos evidentes o externos, para -sobre la base de ellos- inferir la existencia de dicho comportamiento anticompetitivo, de forma similar a como los médicos utilizan los síntomas para identificar una enfermedad⁷¹. Sin embargo, como los síntomas pueden tener diferentes causas, las prácticas observables pueden tener diferentes motivos. Cada práctica puede no ser ilegal por sí sola, pero combinada con otras, y en algunos contextos, sí puede serlo. Concretamente, las denominadas cláusulas de cliente más favorecido en contratos de compraventa, que garantizan al comprador que no se ofrecerá a ningún otro cliente un precio inferior, parecen caer dentro de las prohibiciones contenidas en preceptos como los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) (antes arts. 81 y 82 TCE o Tratado de Roma), o -por referirnos al Derecho “*antitrust*” estadounidense- dentro de las prohibiciones contenidas en la Ley Clayton (modificada por la Ley Robinson-Patman) que condena la discriminación⁷².

53. Por este motivo, se han desarrollado una serie de medidas estratégicas, como la inclusión de cláusulas de equidad que imponen una obligación general, aunque no automática, de no discriminación hacia uno de los socios comerciales. Otra posibilidad es establecer una obligación no automática para los socios comerciales. Otra solución es incluir una cláusula que permita a las partes notificarse mutuamente las condiciones más favorables, que constituyen un punto de referencia en comparación con ofertas para transacciones similares. En este caso, la parte notificada puede aceptar las condiciones más favorables o restablecer el contrato original para que el beneficiario final pueda concluir la transacción con estos puntos de referencia, o -alternativamente- que resolver o denunciar el contrato original a fin de que el beneficiario pueda concluir la operación con el tercero. Sin embargo, estas cláusulas pueden ser penalizadas debido al desequilibrio significativo que generan en los derechos y obligaciones de las partes, o en virtud de los artículos L. 311-5-1 y siguientes del Código de Turismo francés, cuando se incluyen en contratos entre hoteles y plataformas de reserva en línea.

54. Pero estas cláusulas de cliente más favorecido también pueden considerarse una buena garantía ofrecida al comprador por el vendedor, que -antes bien- tendría por objetivo incitarlo a un mayor esfuerzo comercial competitivo, siendo muy verosímil que los tribunales -en su mayoría- la llegasen a respaldar. Se incluye, por ejemplo, en la “Declaración de Precio Justo” solicitada por la Agencia Canadiense para el Desarrollo Internacional (una agencia gubernamental canadiense que administra programas de ayuda exterior en países en desarrollo). Sin embargo, en algunos casos se sabe que es una forma de estabilizar la fijación tácita de precios cooperativos. El argumento es que las “*cláusulas del cliente más favorecido*” encarecen las reducciones de precios para las empresas⁷³.

55. Sea como fuere, para entender cabalmente el problema, es preciso partir de una distinción; a saber: la distinción entre los distintos niveles del proceso de producción/distribución en que se produce la concertación y en que se producen los efectos restrictivos, que pueden ser -y son- distintos. En este sentido, las cláusulas de cliente más favorecido se caracterizan porque aunque se trata de acuerdos que, por su estructura subjetiva -es decir, atendiendo al nivel del proceso de producción/distribución en que operan

⁷¹ C. D’ASPREMONT C. Y R. DOS SANTOS FERREIRA, “Meet-or-Release and Most-Favored-Customer Clauses, cit., p. 223.

⁷² C. D’ASPREMONT Y R. DOS SANTOS FERREIRA, “Meet-or-Release and Most-Favored-Customer Clauses with Price-Quantity Competition Yield Cournot Outcomes”, en “*Économie publique/Public Economics*”, 2005, vol. 17, fasc. 2, pp. 221 a 230.

⁷³ C. D’ASPREMONT C. Y R. DOS SANTOS FERREIRA, “Meet-or-Release and Most-Favored-Customer Clauses, cit., p. 223.

el concedente y el beneficiario- deberían calificarse como verticales, en cambio proyectan sus efectos -es decir: pueden afectar negativamente- a las relaciones -horizontales- de competencia entre los empresarios-clientes que compiten entre sí, porque uno de ellos -el beneficiario de la cláusula- obtiene, por simple vía contractual, unos beneficios concedidos a terceros, pero sin que para ello deba incrementar sus esfuerzos competitivos legítimos. Lo que sucede es que esto -que parece una restricción horizontal- es, en realidad, una restricción que impone un operador de un escalón del proceso productivo, a otro, de otro escalón diferente, pero que -posiblemente- habrá tenido que aceptar la restricción por la asimetría de poder negociador -superior- del otro, el cual -además- es quien participa como beneficiario de la cláusula. En este sentido, veremos lo que sucedió en la -relativamente reciente- Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, nº S/0005/21, de 29 de julio de 2024, en el Asunto “*Booking.com*”⁷⁴.

56. Comencemos señalando que, desde la adopción de la Ordenanza del 1 de diciembre de 1986, y más concretamente desde 2001 y tras la promulgación de la Ley relativa a las nuevas regulaciones económicas, Francia ha considerado que las cláusulas de cliente más favorecido pueden tener como finalidad modificar artificialmente las fluctuaciones de precios, obstaculizando al mismo tiempo el funcionamiento de los mecanismos del mercado, de conformidad con el artículo L. 442-3, b) Code de comm.fr, sobre cuya base se declaran nulas de pleno las “*clauses du client le plus favorisé*”, aduciendo que el legislador procura garantizar que los acuerdos celebrados por los operadores económicos sean el resultado de negociaciones comerciales respetuosas, justas y no abusivas. De ello se infiere que establecer una cláusula o celebrar un contrato *que permita beneficiarse de las condiciones más favorables concedidas a empresas competidoras significa permitir al operador económico aprovechar la experiencia y el poder de negociación de su competidor sin tener que ofrecer una compensación adicional*, lo cual -además- altera, durante el curso de la relación, la economía del contrato inicialmente prevista por las partes, en beneficio de una sola de ellas. Por lo tanto, se vería comprometido el equilibrio contractual pretendido por las partes⁷⁵ cuando su beneficiario obtiene los beneficios que proporcionan de forma automática. En cambio; este tipo de cláusula se permite en contratos de compraventa en exclusiva, ya que, si el proveedor vende sus productos a un precio inferior al de un revendedor no vinculado por un contrato de suministro exclusivo, se distorsionaría la competencia⁷⁶.

Es evidente que, en esas circunstancias, el objeto y la causa de estas cláusulas quedan institucionalmente comprometidos, desde el punto de vista de la licitud.

57. En este sentido, la -aludida- Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, nº S/0005/21, de 29 de julio de 2024, en el Asunto “*Booking.com*”⁷⁷ nos ofrece una imagen nítida y significativa de los términos del problema: ante todo, resulta fundamental el dato de que la denuncia presentada por la Asociación Empresarial Hotelera De Madrid (AEHM) contra “*Booking.Com*” por prácticas que podrían ser constitutivas de infracción del artículo 2 de la LDC, así como del artículo 102 del TFUE; de conformidad con los cuales -respectivamente- se dispone que:

“1. Queda prohibida la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional.

2. El abuso podrá consistir, en particular, en:

a) La imposición, de forma directa o indirecta, de precios u otras condiciones comerciales o de servicios no equitativos...” (artículo 2 de la LDC),

⁷⁴ Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, nº S/0005/21, de 29 de julio de 2024, en el Asunto “*Booking.com*”; Presidente D^a. Cani Fernández Vicién; Consejeros D^a. María Jesús Martín Martínez D. Bernardo Lorenzo Almendros D. Xabier Ormaetxea Garai; Secretario del Consejo D. Miguel Bordiu García-Ovies, en resolución en el expediente de referencia incoado por la Dirección de Competencia (DC) contra BOOKING.COM B.V. (BOOKING.COM), por supuestas prácticas restrictivas de la competencia prohibidas por los artículos 2 y 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC) y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE).

⁷⁵ J. CARMINATI, “*La loyauté dans les relations commerciales au sens du Code de commerce*, cit., p. 149.

⁷⁶ J. CARMINATI, “*La loyauté dans les relations commerciales au sens du Code de commerce*, cit., p. 149.

⁷⁷ Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, nº S/0005/21, de 29 de julio de 2024, en el Asunto “*Booking.com*”.

... y que:

“Será incompatible con el mercado interior y quedará prohibida, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado interior o en una parte sustancial del mismo.

*Tales prácticas abusivas podrán consistir, particularmente, en:
imponer directa o indirectamente precios de compra, de venta u otras condiciones de transacción no equitativas...” (artículo 102 del TFUE);*

Es decir: por abuso de posición de dominio (ya antes se advirtió que también se contemplaría la incidencia de estos preceptos), aunque sin descartar tampoco la posible comisión de una infracción del artículo 1 de la LDC y del artículo 101.1 del TFUE.

58. Por consiguiente, el problema podía plantearse ora en términos de práctica colusoria, ora bien en términos de abuso de posición dominante, lo cual -desde el punto de vista, no del Derecho de la competencia, sino del Derecho de contratos- supone dos problemas diferentes, porque en un caso nos encontramos con una voluntad común -más o menos- libre, mientras que en el otro nos encontraríamos con algo que puede considerarse un caso de contratación por adhesión con un claro componente de imposición aceptada por la fuerza del poder negociador de la otra parte; un caso -colusión- podría considerarse como algo que negocialmente infringe la Ley y puede considerarse prohibido si contradice normas imperativas o el Orden público (artículos 6º y 1255 del Código civil), mientras que el otro -abuso de posición dominante- podría considerarse como algo que negocialmente es contrario a la moral (artículo 1255 del Código civil y, eventualmente, artículo 8.1 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación). Pues bien; la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, nº S/0005/21 (*“Booking.com”*) manifestó que las llamadas Condiciones Generales de Entrega (en adelante, GDT, por sus siglas en inglés -*General Delivery Terms*-) que *“Booking.com”* aplica a su clientela y que *“recogen, entre otros aspectos, las obligaciones de las partes, las normas de funcionamiento de la plataforma, el régimen de responsabilidad, así como la comisión a abonar por el hotel a “Booking.com” con motivo de la prestación de los servicios de intermediación”* deben ser calificadas como un contrato de adhesión, ya que *“Booking.com”* no negocia con los hoteles sus términos, salvo en el caso de un número reducido de alojamientos. Y, por si ello no fuera suficiente, resulta que *“Booking.com”* se reservaba una facultad de modificación unilateral, condicionada únicamente a un plazo de preaviso.

59. Pues bien; la cláusula 2.2 GDT recogía la llamada obligación de “paridad de tarifas y condiciones”, en los siguientes términos -se reproducirá, sólo, el apdo. 1º-:

“2.2 Paridad 2.2.1 El Alojamiento ofrecerá a Booking.com “Paridad de tarifas y condiciones”, lo que se refiere a las mismas o mejores tarifas para el mismo Alojamiento, tipo de habitación, fechas, tipo de cama, número de clientes, las mismas o mejores comodidades y servicios adicionales (p. ej., desayuno gratis, WiFi, check-out antes o después de lo habitual) y las mismas o mejores restricciones y condiciones, como por ejemplo los cambios en las reservas y las condiciones de cancelación que ofrezca el Alojamiento...”

Es obvio, pues, que se trataba de una cláusula de cliente más favorecido (CMF), y -como quiera que -luego- dicha previsión venía reiterada (en relación con los precios) en el apartado 5 de las GDT dedicado a las ‘Declaraciones y garantías’, de acuerdo con el cual el hotel declara y garantiza que, durante la vigencia de las GDT

“... los precios de las habitaciones publicadas en la Plataforma son idénticos o mejores que el mejor precio disponible por una estancia equivalente a la Comercializada online, Publicada online o puesta a disposición online por el Alojamiento de cualquier otra forma en su propio sitio web, y un Cliente no puede obtener un precio mejor haciendo una reserva directamente con el Alojamiento o en su sitio web o aplicación”,

La CNMC calificó a estas cláusulas como “estrictas”, pues sólo obligaba a los hoteles a ofrecer en Booking.com tarifas iguales o mejores que las que ofrecían en sus propios sitios web directos⁷⁸, y “amplias” -ya que los establecimientos hoteleros comprometidos se sometían a la prohibición contractual de ofrecer precios más competitivos en sus propios canales de venta o en otras plataformas de la competencia⁷⁹, lo que les impedía incentivar las ventas directas. De este modo, la CNMC vino a abordar la cuestión de las cláusulas de paridad, considerando que “Booking.com” utilizaba cláusulas de cliente más favorecido (CMF) como principal mecanismo para abusar de su posición dominante en el mercado, ya que -al incluir este tipo de cláusulas en los términos y condiciones estándar que los hoteles debían aceptar- obligaba a los hoteles a ofrecer en “Booking.com” tarifas iguales o mejores que las que ofrecían en sus propios sitios web directos, y amplias, lo que impedía a los hoteles incentivar las ventas directas afectando a la visibilidad de un hotel en los resultados de búsqueda de “Booking.com”.

60. De igual modo, a nivel europeo, algunas decisiones han sostenido que estas cláusulas pueden limitar la libertad de contratar con terceros. Por ejemplo, en la decisión *Prayon* de la Comisión Europea del 14 de diciembre de 1982, se sostuvo que el beneficiario de la cláusula sigue vinculado al proveedor e incluso le impide negociar con terceros en mejores condiciones, porque -obviamente- cada vez que pretenda hacerlo, se verá arrastrado a mejorar las condiciones de ese beneficiario-parásito. Ciertamente que -a diferencia de lo que sucede en Derecho francés- esto no supone una prohibición absoluta de las cláusulas de cliente más favorecido, pues no es lo mismo una prohibición absoluta, que una prohibición genérica. Así; es posible que estas cláusulas caigan -genéricamente- dentro de las prohibiciones de los arts. 101 y 102 TFUE, pero ello no obsta a que se hallen sujetas a revisión caso por caso, para evaluar el efecto competitivo del mecanismo. Porque, por otra parte, estas cláusulas siguen siendo muy útiles en la práctica y se utilizan ampliamente en contratos a largo plazo, en particular en el sector minorista, donde las partes contratantes se enfrentan a una competencia cada vez mayor.

61. Desde luego, en el Caso “Booking.com” la CNMC estimó que la citada entidad había incurrido en varias infracciones únicas y continuadas del artículo 2 de la LDC, así como del artículo 102 del TFUE, aunque la que interesa a los efectos de la presente exposición es la siguiente: un abuso de posición de dominio consistente en la imposición de condiciones comerciales no equitativas a los hoteles situados en España como resultado de las siguientes conductas anticompetitivas: o la asimetría en la aplicación de la cláusula de paridad de precios estrecha por parte de “Booking.com” existente desde al menos el 30 de abril de 2019 hasta, en principio, julio de 2024⁵⁸⁶, pues cuando “Booking.com” impone una cláusula de paridad de precios estrecha a los hoteles, les impide rebajar su precio (respecto al precio ofertado en “Booking.com”) en su propio canal de venta en línea. Por otra parte, “Booking.com” se reserva la posibilidad de rebajar unilateralmente el precio que ofrece el hotel a través de ella, con cargo a su propia comisión, en determinados casos.

62. Claro que la antijuridicidad -o, en su caso, la hipótesis de una eventual justificación, incluso aunque la práctica no hubiera sido meramente colusoria, sino abusiva (en este sentido, la Resolución pone fin a un debate jurisprudencial que se ha prolongado durante años, como consecuencia del Reglamento 2022/720, que aborda la cuestión de las cláusulas de paridad, y que establece que las cláusulas de paridad ampliadas son restricciones *excluidas* y que las cláusulas de paridad restringidas *pueden beneficiarse de la exención*)- es una antijuridicidad “antitrust” o iusconcurrential, por este motivo, se presenta -literalmente- como la “antijuridicidad de un comportamiento típico” y -precisando aún más- como “la realización del tipo no amparada por causas de justificación: esto implica que todo comportamiento típico será antijurídico a menos que esté autorizado por una causa de justificación de las contenidas en

⁷⁸ Dice la Resolución que “Este tipo de cláusula de paridad se conoce como paridad estrecha/limitada/restringida, pues solo cubre los canales en línea de venta directa del hotel, a diferencia de la cláusula de paridad amplia, la cual alcanza todos los canales en línea que emplee el hotel (y no solo el propio canal de venta en línea del hotel)”.

⁷⁹ Donde se distingue entre “una cláusula de paridad de precios limitada, que prohíbe al hotelero ofrecer precios más competitivos directamente, y una cláusula de paridad de precios ampliada, que prohíbe al hotelero ofrecer precios más competitivos en sus propios canales de venta o en otras plataformas de la competencia”.

el ordenamiento sancionador”. Y es que estamos ante una resolución que -ante todo- tiene un carácter administrativo-sancionador; no se trata -aunque pueda conducir a ello- de una cuestión de Derecho patrimonial privado; de Derecho de contratos y negocios jurídicos, en la que lo que se pone sobre el tapete sean los límites creadores de la autonomía de la voluntad.

63. Por consiguiente, no toda cláusula de este tipo ha de calificarse como ilícita por contraria a la libre competencia; la evaluación de estas cláusulas, en términos o desde el punto de vista del Derecho antimonopolio, debe realizarse caso por caso⁸⁰, ya que pueden dar lugar a un acuerdo vertical entre empresarios, regulado a nivel europeo por el artículo 101 del TFUE, o a un abuso de posición dominante con arreglo al artículo 102 del TFUE. Y es que la cláusula del cliente más favorecido puede, de hecho, conducir a una fosilización de los precios impuestos por el proveedor y al mantenimiento de precios más altos, ya que una política de precios a la baja resultaría en un ajuste necesario para mejorar las condiciones de todos los beneficiarios, en presencia de una cláusula retroactiva.

64. La cuestión es, en cambio, la que atañe a lo que debiera suceder -o lo que podría suceder- en ese otro plano que es el del Derecho de contratos, sin duda una resolución de la CNMC declarativa de antijuridicidad seguramente tendrá una consecuencia en el plano del Derecho de contratos, determinando la nulidad de la cláusula. Si acaso, la cuestión pendiente sería: sobre qué base jurídica y cuál sería el factor determinante de esa nulidad. ¿El artículo 1º o 2º de la LDC o sus paralelos los artículos 101 y 102 del TFUE, sea directamente o a través del tamiz de preceptos como los artículos 8º y 1255 del Código civil o el art. 8º nº de la Ley de Condiciones Generales, o incluso de los artículos 50, 53 o 118 del Código de comercio, especialmente cuando este último habla de ser “*válidos y eficaces los contratos entre las compañías mercantiles y cualesquiera personas capaces de obligarse, siempre que fueren lícitos y honestos*”? ¿La Resolución de la CNMC? ¿La inmoralidad del acuerdo (De nuevo, los artículos 1255 del Código civil y 118 del Código de comercio)? ¿Acaso todo ello, en función de lo que interese más a la parte que cuestiona la validez de -en este caso- la cláusula de cliente más favorecido?

Desde luego, cuando la cláusula de cliente más favorecido (CMF) aparezca como fruto de una práctica de abuso de posición dominante, pareciera que la ilicitud proviene, más bien, del plano causal o que afecta más directamente a la causa del negocio jurídico, ya que -como señala García-Pita⁸¹- “*las circunstancias subjetivas que pueden determinar la invalidez de un contrato mercantil suelen darse en aquellos negocios cuya finalidad o motivo, que -por lo general- no se traslucen en el propio contrato, son ilegales o inmorales. Tales serían: los llamados contratos “de agarrotamiento económico”, cuyo fin es restringir la libertad económica o personal de un contratante*”⁸²-, *cuya situación no le permite resistirse a la firma de tales pactos, en beneficio del otro*”. Pues bien; pareciera que una CMF, torticeramente utilizada, podría constituir un vicio del contrato o -siquiera- un vicio de la cláusula; un vicio causal -contrariedad a la moral, a la buena fe o al orden público (considerando la causa como función o finalidad económica)-, más que propiamente un vicio de su objeto o -mejor dicho- más que un vicio de su contenido. También sería posible considerar la hipótesis de que la CMF se viese afectada por vicios de la voluntad, por razón de la probable falta de libertad real al contratar si se demuestra que el consentimiento fue arrancado mediante una presión económica irresistible que vicia su voluntad.

⁸⁰ P. AKMAN, “A Competition Law Assessment of Platform Most-Favoured-Customer Clauses” cit., p. 6. P. AMATO, “*I contratti tra imprenditori all'interno della filiera produttivo-distributiva*”, cit., p. 95.

⁸¹ J.L. GARCÍA-PITA Y LASTRES: “Autonomía privada y libertad contractual en la contratación mercantil”, cit., p. 444.

⁸² Precisaba J.L. GARCÍA-PITA Y LASTRES: “Autonomía privada y libertad contractual en la contratación mercantil”, cit., p. 444, que necesariamente el sometido o afectado por estos contratos debía ser persona física, pero -en realidad- ello no es absolutamente necesario pues aunque el concepto de “agarrotamiento” suele asociarse a la protección de la persona física (por ser la parte tradicionalmente más débil), la doctrina y la jurisprudencia extienden esta protección a las personas jurídicas (empresas o sociedades) en contextos específicos. Y es que el punto fundamental no reside en la naturaleza del sujeto, sino en la existencia de una asimetría extrema y un abuso de posición dominante.

3. Eficacia: virtualidad modificativa del contrato

65. La cláusula en cuestión tiene por objeto la adaptación del contenido del contrato, cuando se produzca una alteración en las circunstancias del mercado, cuya alteración viene determinada por la existencia de una operación análoga con un tercer cliente, en la que el proveedor ha pactado unas condiciones más favorables para el tercero, que aquellas que en su día ofreció al contratante originario⁸³. En este sentido, el proveedor se obliga a que su contratante originario se beneficie de las condiciones ofrecidas al cliente más favorecido, modificando –así– el contenido de la relación contractual inicial con aquél.

66. Desde luego, fuera del caso de la “*rebus sic stantibus*” –que, en realidad, no es una cláusula, sino un principio general del Derecho –como acertadamente afirma el Prof. García-Pita y Lastres⁸⁴– y, por consiguiente, debiera operar con el automatismo con el que operan las reglas jurídicas objetivas– si las partes desean tener la oportunidad de modificar el contrato, y quieren ser los protagonistas directos, interviniendo activamente en esa adaptación del contrato y no confiar esa virtualidad a la Teoría de las Fuentes del Derecho, es necesario que las partes demuestren su intención tras la celebración del contrato para implementar el mecanismo de revisión.

67. Teniendo en cuenta las circunstancias señaladas anteriormente, existen dos enfoques posibles⁸⁵:

- O bien la adaptación resulta de la negociación entre las partes: como sucede para la cláusula de onerosidad excesiva, tanto el objeto de la obligación (la negociación) como el objeto de la adaptación (la adaptación) deben especificarse; es decir: que no solamente hay que prever la modificación, sino que también hay que prever que esa modificación debería ser efecto de una previa re-negociación de las condiciones del contrato.
- O bien la adaptación resulta del acuerdo entre las partes, sin necesidad de una nueva negociación: en este caso, el contenido de la adaptación debe estar predeterminado (a) por las partes o (b) por un tercero en el momento de la adaptación:
 - a) La manifestación de voluntad de todas las partes o de un solo contrato constituirá el elemento desencadenante de la ejecución de la adaptación, cuyas modalidades estarán predefinidas; por ejemplo, la cláusula del cliente más favorecido o la cláusula de tanteo.
 - b) o bien el contenido de la adaptación será determinado por un tercero, como es el caso de la cláusula de oferta competitiva: por cuanto es la oferta del tercero la que determina los términos de la adaptación

68. Pues bien; al parecer la visión más extendida es que la cláusula de cliente más favorecido se sitúa en el plano de lo voluntario –no de lo legal– y, en consecuencia, carece del automatismo de la norma jurídica, de modo que, en este sentido podemos situarla entre las vías de adaptación no-automáticas⁸⁶.

69. Sin embargo; desde el punto de vista de la eficacia de las propias cláusulas contractuales, hablar de una la cláusula cliente más favorecido parece que sugiere su propia automaticidad o automa-

⁸³ D. MATRAY, y F. VIDTS, “Les clauses d’adaptation de contrats cit., p. 145. M. FONTAINE, Y F. DE LY, *Droit des contrats internationaux. Analyse et rédaction de clauses* cit., ps. 295 y s. Una visión limitada al aspecto de los precios, la encontramos en J. CARMINATI, “*La loyauté dans les relations commerciales au sens du Code de commerce*”, thèse en vue de l’obtention du doctorat de l’Université de Toulouse, Université de Toulouse 2013, p. 149, quien señala que la denominada cláusula del “cliente más favorecido”, también conocida como “cláusula inglesaW”, “conlleva la aplicación del precio más ventajoso que se hubiera pactado entre el proveedor y un tercero”.

⁸⁴ Vid in extenso J.L. GARCÍA-PITA Y LASTRES, *Contratos y Covid. El principio “Pacta Sunt Servanda” y la Regla “Rebus Sic Stantibus”*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

⁸⁵ D. MATRAY, y F. VIDTS, “Les clauses d’adaptation de contrats”, cit., pp. 144 y ss.

⁸⁶ D. MATRAY, y F. VIDTS, “Les clauses d’adaptation de contrats”, cit., p. 145.

tismo; parece que sugiere que basta el acaecimiento del evento contemplado -celebrar o haber celebrado un contrato con un tercero, en mejores condiciones que las concedidas al cliente/beneficiario- ya, por sí mismo, produce la modificación del contrato del cliente/beneficiario en los términos previstos. Así; estaríamos ante una cláusula de modificación automática, por lo que este tipo de cláusulas podrían diferenciarse de las cláusulas de “*hardship*”, de modo que su propósito sea modificar las circunstancias originales debido a la ocurrencia de eventos muy específicos (y no, por ejemplo, a una perturbación económica inesperada) y, en consecuencia, las repercusiones en el contrato a menudo pueden planificarse con antelación: indexación automática, reajuste de los tipos de cambio, adaptación a condiciones más favorables ofrecidas a terceros, etc. Ello sugiere automatismo, mientras que las circunstancias en las que operan las cláusulas de “*hardship*” no permiten la organización anticipada del reajuste, por lo que será necesaria la renegociación⁸⁷.

70. Ahora bien; como quiera que, como ya se anticipó, esta cláusula -como la mayoría de las demás de adaptación de los contratos- es atípica, ya que no se encuentra regulada en el Derecho español, ni tampoco -con carácter general- en el de la mayoría de los países, hacer una afirmación tan tajante es, cuando menos, arriesgado. Muy por el contrario, hay quienes admiten diversas posibilidades: contemplar la hipótesis de que la aplicación de las mejores condiciones pueda ser automática⁸⁸, lo cual sucede cuando -o consiste en que- la redefinición del cumplimiento de las condiciones contractuales originales, sustituidas, ahora, por las condiciones del cliente más favorecido, se produce sin la necesaria renegociación del contrato, o contemplar la hipótesis de que la aplicación de las mejores condiciones pueda ser no-automática, sino tras una negociación específica entre las partes, lo que ocurre especialmente en contratos mercantiles de gran complejidad y alcance⁸⁹.

71. Así las cosas, la diferencia entre las cláusulas de cliente más favorecido y las cláusulas de “*hardship*” residiría en que estas últimas entran en juego en supuestos de fuerza mayor o circunstancias sobrevenidas que alteran gravemente el equilibrio de prestaciones; situaciones, en principio, traumáticas, mientras que las cláusulas de cliente más favorecido entran en juego en circunstancias mucho

⁸⁷ M. FONTAINE, y F. DE LY, *Droit des contrats internationaux*, cit., p. 492/493. M. FONTAINE, Y F. DE LY, y MORRESI: “*La redazione dei contratti internazionali...*”, p. 650.

⁸⁸ M. FONTAINE, Y F. DE LY, *Droit des contrats internationaux*, cit., p. 492/493. Eidem: “*La redazione dei contratti internazionali. A partire dall’analisi delle clause*”, texto italiano a cura di Morresi, edit. Dott.a.giuffrè editre, S.p.A., Milán, 2008, p. 650, quienes proponen la siguiente redacción como ejemplo de cláusula de funcionamiento automático: «En caso de que el proveedor se vea obligado a aceptar con otros clientes condiciones que, en general, sean más favorables que las previstas en este contrato para cantidades y calidades comparables, el proveedor se compromete a garantizar que el cliente se beneficie de las mismas condiciones desde la fecha de su aplicación a un tercero».

⁸⁹ Si bien, algún autor, como V. D’ALESSANDRO, “*Clausola del Cliente più favorito*,” cit., p. 704, clasifica estas cláusulas como “*contemporáneas*” o “*retroactivas*” siguiendo un criterio diverso: “*Contemporanea (contemporaneous) o retroattiva (retroactive). La qualificazione della clausola in un senso o nell’altro discende dall’intervallo temporale preso in considerazione ai fini della comparazione e della valutazione della natura più vantaggiosa del prezzo o delle altre condizioni offerte a terzi contraenti nella stipula di contratti analoghi a quello concluso dal beneficiario della pattuizione. Sotto questa luce, mentre nel caso di clausola del cliente più favorito contemporanea il predisponente si impegna a non praticare al cliente condizioni peggiori o, comunque, meno vantaggiose di quelle offerte ad altri contraenti al tempo della conclusione del contratto, ai fini dell’operatività del patto nella variante retroattiva costituiscono parametro di raffronto anche i prezzi praticati successivamente a detto momento, seppure in un lasso di tempo definito. In tale secondo caso, dunque, il beneficiario avrà diritto all’applicazione del prezzo più favorevole o, in termini più generali, alla concessione delle condizioni più vantaggiose che siano state offerte anche ai nuovi clienti, diritto che potrà tradursi nella restituzione, da parte del predisponente, di un importo pari alla differenza tra il prezzo maggiore pagato dal beneficiario della clausola in precedenza e quello inferiore accordato a terzi. La declinazione della previsione nella variante contemporanea, dunque, pare concedere al predisponente una maggiore flessibilità nell’operare politiche di price cutting o nell’offrire condizioni più vantaggiose a futuri contraenti. Invero, sebbene il patto appaia in grado di incidere in ogni caso sulle politiche di sconti degli operatori, un predisponente che abbia concesso una clausola del cliente più favorito contemporanea potrà, in un secondo momento, ridurre l’ammontare dei prezzi praticati o offrire condizioni più vantaggiose ai propri contraenti, senza che gli eventuali beneficiari di clausole del cliente più favorito possano esigere l’allineamento del proprio negozio alle successive e migliori condizioni offerte ad altri soggetti. Viceversa, qualora il predisponente conceda una clausola del cliente più favorito retroattiva, lo stesso sarà tenuto a far beneficiare i destinatari delle previsioni delle riduzioni di prezzo o delle migliori condizioni generalmente applicate nelle transazioni successive*”. P. AMATO, “*I contratti tra imprenditori all’interno della filiera produttivo-distributiva*,cit., p. 94.

menos dramáticas. Y otra diferencia residiría, además, en que mientras las cláusulas de “*hardship*” son siempre cláusulas de renegociación, las cláusulas de cliente más favorecido pueden funcionar -alternativamente- de modo automático. Por consiguiente; la distinción no es absoluta; desde luego, no lo puede ser sobre la base de ese criterio de la automaticidad, y -en consecuencia- ese criterio de la distinta eficacia no puede considerarse determinante en las cláusulas de cliente más favorecido, ya que -por un lado- ciertas cláusulas de cliente más favorecido podrían prever la renegociación en función de las condiciones ofrecidas al tercero, no la adaptación automática.

72. De modo análogo a las cláusulas de “oferta concurrente”⁹⁰, las cláusulas de cliente más favorecido suscitan el problema de determinar cuándo un ulterior cliente resulta más favorecido que el anterior⁹¹, y –desde una perspectiva más dinámica- el problema de la prueba de la mejor condición del cliente más favorecido. A este respecto, para que el beneficiario pueda examinar si se han concedido mejores condiciones a terceros, las cláusulas pueden incluir obligaciones específicas por parte del estipulante de informar o demostrar, a petición de la parte a cuyo favor se prevé la cláusula, que ningún tercero se beneficia de condiciones contractuales más favorables.

73. Al igual que sucede con las cláusulas del tipo “cláusula de oferta concurrente” o “de oferta competitiva”, las partes contratantes que deseen incluir una cláusula de cliente más favorecido deben establecer cuidadosamente los criterios para comparar el contrato vigente con el contrato estipulado en condiciones más ventajosas⁹². Por lo tanto, la posición de las partes es importante: un vendedor podría vender bienes idénticos a un precio diferente según si el comprador es mayorista o minorista. Estos contratos no son comparables⁹³.

74. En función del criterio o el factor del período considerado para evaluar las condiciones de precio más ventajosas ofrecidas a terceros⁹⁴, la cláusula de cliente más favorecido que se inserte en un contrato tanto puede ser de eficacia de futuro o de eficacia retroactiva⁹⁵. Considerando que el punto de vista que debemos adoptar para atribuir cada una de estas calificaciones debe delimitarse tomando como referencia los contratos que el proveedor-promitente celebre con terceros clientes distintos del contratante beneficiario, y -en segundo lugar- habremos de atender al factor cronológico o temporal; es decir: el momento en que se han celebrado esos contratos de referencia, con los terceros. En consecuencia, denominaremos CMF retroactivas a aquellas que tomen como referencia los contratos celebrados con terceros, con anterioridad a la celebración del contrato con el cliente-beneficiario, donde está incluida la cláusula de cliente más favorecido, de manera que las condiciones de que vaya a disfrutar el contratante-beneficiario han de ser iguales o mejores que las que se hayan concedido a los terceros.

75. Denominaremos, en cambio, CMF de futuro a aquellas que tomen como referencia los contratos celebrados con terceros, con posterioridad a la celebración del contrato con el cliente-beneficiario, donde está incluida la cláusula de cliente más favorecido, de manera que las condiciones de que vaya a disfrutar el contratante-beneficiario deberán igualar o mejorar las que se hayan concedido a los terceros

⁹⁰ J.L. GARCÍA-PITA Y LASTRES, *Contratos y Covid.*, cit., pp.511 y ss.

⁹¹ S. DIABATÉ, “*Les procédures contractuelles/contractual procedures*”, Thèse de doctorat de l’université Paris-Saclay, École doctorale n° 630 : (DEM) – Droit Économie Management Spécialité de doctorat : Droit privé et sciences criminelles Graduate School : Droit. Référent : Faculté de droit, économie et gestion. Thèse préparée dans l’unité de recherche : Université Paris-Saclay, Institut droit éthique patrimoine, 92330, Sceaux, France. Sous la direction d’Yves-Marie SERINET, Professeur à l’université Paris-Saclay, Edir Université Paris-Saclay, Paris, 2021, p. 61.

⁹² D. MATRAY, Y F. VIDTS, “*Les clauses d’adaptation de contrats*” cit., p. 145.

⁹³ D. MATRAY, Y F. VIDTS, “*Les clauses d’adaptation de contrats*” cit., p. 145.

⁹⁴ P. AMATO, “*I contratti tra imprenditori all’interno della filiera produttivo-distributiva*” cit., p. 95. M.T. SARGENT, “Economics upside-down: low-price guarantees as mechanism for facilitating tacit collusion”, en *University of Pennsylvania Law Review*, 1993, p. 2068.

⁹⁵ V. D’ALESSANDRO, “Clausola del Cliente più favorito”, p. 707. P. AMATO, “*I contratti tra imprenditori all’interno della filiera produttivo-distributiva*”, cit., p. 95. M.T. SARGENT, “Economics upside-down: low-price guarantees as mechanism for facilitating tacit collusion”, cit., p. 2068.

en contratos celebrados con posterioridad al contrato con el cliente-beneficiario, donde está incluida la cláusula de cliente más favorecido.

76. Así las cosas; cabe señalar que, en la primera de ambas hipótesis -CMF retroactivas - realmente no se da lugar, en estricto, a una modificación o adaptación del contrato del beneficiario, sino a un “*status quo*” de condiciones contractuales concertadas hasta el momento, que predetermina las condiciones contractuales que se están discutiendo -en el mismo momento- con el beneficiario de la cláusula; condiciones que -más que contractuales- son pre-contractuales, pues el contrato que incluirá la cláusula de cliente más favorecido se halla, todavía, “*in fieri*”; todavía no existe, pero, cuando exista habrá de incluir las condiciones del cliente -hasta ese momento- más favorecido. Por consiguiente, este supuesto se caracteriza por exigir que el proponente ofrezca al beneficiario las condiciones más ventajosas entre las ya ofrecidas a otras partes contratantes hasta ese momento. Pero si lo que ha de hacer el promitente es ofrecerlas, es porque todavía no se han aceptado; y si no se han aceptado, es que el contrato todavía no existe.

77. Lo que es evidente es que el contratante que se compromete por una cláusula de cliente más favorecido retroactiva, no puede obligarse a modificar los contratos existentes con el resto de su clientela, para situarlos por debajo de las condiciones ofrecidas al contratante beneficiario de la cláusula: sería preciso obtener un difícilísimo consentimiento de cada uno de los demás contratantes, salvo que el contratante-promitente se reserva una opción de modificación unilateral; algo que sólo parece tener parangón en determinadas operaciones bursátiles a plazo.

78. Ahora bien; la implementación de esta cláusula plantea dos problemas importantes; a saber: en primer lugar, supone que el proveedor debe mantener a su contraparte informada sobre las condiciones más favorables otorgadas a un tercero⁹⁶.

79. Ciertamente, se podría exigir al proveedor que revele todos los contratos celebrados con terceros y que revele el detalle de sus condiciones económicas y jurídicas. Sin embargo, esta solución no parece viable en la práctica porque incluso en ausencia de una obligación legal de confidencialidad, existen principios jurídicos -acaso alguno de rango constitucional- y también consideraciones de prudente gestión de la empresa, que hacen esencial cierto grado de discreción en el mundo de los negocios⁹⁷.

80. Una posible solución a la cuestión planteada podría encontrarse, siquiera parcialmente, en recurrir a un tercero independiente para realizar una “*due diligence*”⁹⁸.

59. Y, en segundo lugar, resulta necesario especificar cuándo entrarán en vigor, para el beneficiario, según el contrato vigente, las condiciones más favorables otorgadas a un tercero.

81. Por lo que hace a sus efectos, el cliente originario adquiere el derecho a exigir un tratamiento “*pari passu*” del cliente más favorecido, o incluso mejor que este último CMF *plus*; es decir: tiene un derecho a la modificación de su propia posición contractual, al objeto de que las condiciones a las que se sometió inicialmente queden modificadas, sustituyéndolas por las concedidas al cliente más favorecido⁹⁹, lo cual -considerado, ahora, desde la perspectiva del empresario obligado a conceder este privilegio a su cliente- supone que asume la obligación de ofrecer a sus clientes el precio más bajo o el descuento más importante, de los que haya concedido a su mejor cliente.

⁹⁶ D. MATRAY, Y F. VIDTS, “Les clauses d’adaptation de contrats”, cit., p. 145.

⁹⁷ D. MATRAY Y F. VIDTS, “Les clauses d’adaptation de contrats”, cit., ps. 145 y s.

⁹⁸ D. MATRAY, Y F. VIDTS, “Les clauses d’adaptation de contrats”, cit., p. 146.

⁹⁹ M. FONTAINE, Y F. DE LY, *Droit des contrats internationaux. Analyse et rédaction de clauses*, cit., p. 299.

4. Efectos del incumplimiento de la cláusula del cliente más favorecido

82. Si consideramos que es una cláusula pura de cliente más favorecido con funcionamiento automático, no hay posibilidad de incumplimiento porque el efecto de la cláusula es automático y -en principio- parece que no requiere de una conducta humana de cumplimiento; lo que habría -en hipótesis- sería el incumplimiento de la obligación del contrato original, después de haber resultado, ya, adaptada o modificada al producirse las condiciones externas previstas. En otras palabras: ya no estamos ante el incumplimiento de la cláusula que opera automáticamente, sino ante el incumplimiento de la obligación u obligaciones principales o básicas, preexistentes -a las que se refería la cláusula- una vez ya afectadas por la adaptación automática. Si se da este caso, los efectos serán los efectos propios que correspondan al incumplimiento de la obligación principal, y en la medida en que dicha obligación tenga carácter esencial en el contrato, ese incumplimiento podrá determinar la resolución del mismo, pero si no tiene ese carácter, lo más probable es que se limite a dar derecho a indemnización de daños.

83. Pero cuando la cláusula adopta una estructura similar a la de las cláusulas de renegociación -como la “*Harship Clause*”- entonces la negativa a renegociar; la negociación desarrollada de mala fe (negociación tendente a dinamitar el acuerdo), sí que puede constituir un directo incumplimiento de la cláusula como tal, en cuyo caso caben dos planteamientos:

1. Que fijemos la atención en la propia cláusula y en su relevancia intrínseca.
2. O que fijemos la atención en la obligación u obligaciones que podrían verse afectadas por la modificación.

84. En el primer caso, no podemos pasar por alto el hecho de que esta cláusula es un “*accidentale negotii*” y que -aunque no son dos nociones idénticas- probablemente esta cualidad se considere indicativa de que la cláusula tampoco es parte del contenido fundamental del contrato; sería una obligación no-esencial, de manera que su incumplimiento podría tener una relevancia limitada; carecer de la aptitud para considerarse amparada por la condición resolutoria tacita del artículo 1124 del C. Civ. Y, por tanto, no tener otra consecuencia su incumplimiento que hacer al promitente responsable de los daños y perjuicios resultantes para el beneficiario. Porque no podemos olvidar que la cláusula pretende actuar sobre una relación contractual ya vigente; posiblemente en condiciones de recíproco cumplimiento y que responde a una “*lex contractus*” perfectamente válida, de manera que propugnar su resolución se antoja algo verdaderamente arduo. Sería preciso pactar -claramente- que se trata de una cláusula que juega un papel fundamental en la economía del contrato que la incluye.

85. Por el contrario, si fijamos la atención en la obligación u obligaciones que podrían verse afectadas por la modificación, entonces la cualidad de mayor o menor relevancia de la cláusula en sí podría resultar indiferente, porque lo determinante sería la influencia que tiene sobre una u otra obligación o condición contractual, en función de la relevancia que dicha cláusula o condición; que dicha obligación tiene en el contrato. Es de suponer que -muy frecuentemente- se tratará de obligaciones fundamentales, cuya modificación parece que es especialmente querida y no se satisfaría el interés contractual del cliente, si no se le proporcionan las condiciones preferentes, porque el promitente frustra ese objetivo, negándose a negociar o negociando de mala fe. En este caso, parece mucho más verosímil una reacción resolutoria o rescisoria del contrato, por incumplimiento u otras causas.

IV. Conclusiones

86. En el presente trabajo se ha realizado un análisis de la cláusula de cliente más favorecido (CMF) en el marco del Derecho contractual y del Derecho de la competencia. Se toma como contrapunto el principio “*pacta sunt servanda*” y, su contrapeso, el principio “*rebus sic stantibus*”, principios cuya naturaleza jurídica como norma los separa de las cláusulas de adaptación contractual, distinguiendo, a

su vez, entre cláusulas automáticas, no automáticas y las tradicionales cláusulas de “*hardship*”, respecto de las cuales la CMF ocupa un espacio intermedio, con posibles efectos automáticos o negociados según su configuración.

87. La cláusula de cliente más favorecido tiene su origen en el Derecho internacional económico y se ha extendido al comercio mercantil internacional, especialmente en contratos de larga duración, suministro, distribución y financiación. Mediante ella, el proveedor se compromete a garantizar al beneficiario unas condiciones contractuales, como mínimo, iguales a las del cliente más favorecido, pudiendo, incluso, existir variantes reforzadas como la CMF plus, que aseguran condiciones mejores que las ofrecidas al resto de clientes.

88. Se lleva a cabo una especificación de la CMF dentro del género constituido por las cláusulas “*pari passu*”, especialmente en el ámbito bancario, subrayando que mientras estas últimas atienden al comportamiento que debe realizar el cliente -obligándose o no privilegiar la situación de otro acreedor-, la CMF regula principalmente el comportamiento del proveedor frente a clientes competidores. Asimismo, se examina su encaje en el Derecho español, destacando los problemas de licitud de determinadas cláusulas “*pari passu*” tradicionales frente al régimen legal de prelación de créditos y la preferencia de soluciones como la “*negative pledge*”.

89. Desde la perspectiva de la validez, la CMF se fundamenta en la autonomía de la voluntad y debe cumplir los requisitos generales del negocio jurídico: consentimiento, objeto determinado o determinable, causa lícita y forma suficiente. Aunque rige la libertad de forma, su complejidad exige una redacción clara, especialmente en lo relativo a su alcance, criterios de comparación y efectos (automáticos o sujetos a renegociación). Uno de los principales problemas es su posible ilicitud anticoncurrencial, pues puede restringir la competencia al fosilizar precios, facilitar conductas colusorias o desalentar reducciones competitivas.

90. En cuanto a su eficacia, la CMF puede operar de manera retroactiva o prospectiva, dando lugar, en este último supuesto a la adaptación del contrato del beneficiario cuando se concedan mejores condiciones a terceros. Su aplicación plantea dificultades prácticas, como la prueba de la mejor condición y la obligación de información, que a menudo requieren mecanismos adicionales (auditorías, terceros independientes). El incumplimiento puede generar responsabilidad indemnizatoria y, en determinados casos, justificar la resolución contractual, dependiendo de la relevancia de la cláusula en la economía del contrato.