



PONTIFICIA  
UNIVERSIDAD  
CATÓLICA  
DE CHILE

# Cláusulas de Nación Más Favorecida (MFN) en mercados de plataformas digitales ¿pro-competitivas o anti-competitivas?

# Cláusulas de Nación Más Favorecida (MFN) en mercados de plataformas digitales ¿pro-competitivas o anti-competitivas?<sup>1</sup>

<b>1. INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>3</b>
<b>2. ASPECTOS GENERALES DE LAS CLÁUSULAS MFN. ....</b>	<b>3</b>
2.1. Restricciones verticales y cláusulas MFN. ....	3
2.2. Relevancia de las cláusulas MFN en mercados digitales. ....	4
2.3. Utilidad de la cláusula MFN en mercados de plataformas digitales. ....	4
2.4. Riesgos anticompetitivos de las cláusulas MFN.....	5
2.5. Cláusulas MFN en Chile. ....	6
<b>3. ¿CUÁL ES LA REGLA ÓPTIMA PARA EVALUAR CLÁUSULAS MFN DE TIPO AMPLIAS?..</b>	<b>7</b>
3.1. Distinción de las reglas del derecho de la competencia según su grado de diferenciación.....	7
3.2. ¿Cuál es la regla óptima para tratar las cláusulas MFN de tipo amplias?.....	10
<b>4. CONCLUSIONES.....</b>	<b>13</b>
Referencias.....	14

---

<sup>1</sup> Documento elaborado por el Programa UC | Libre Competencia, con la colaboración de **Javier Alborno** **Cano**, **Camilo Larraín Siebel** y **Juan Pablo Iglesias Mujica**.

## 1. INTRODUCCIÓN

Esta publicación tiene por objeto analizar cuál es la metodología óptima, desde la perspectiva de la observancia o *enforcement* del derecho de la competencia, para evaluar cláusulas de nación más favorecida (“**MFN**”, por sus siglas en inglés) en mercados de plataformas digitales, y en particular aquellas de tipo “amplias”. Lo anterior supone definir si respecto a estas cláusulas es más conveniente adoptar una regla “per se” (que presume que la cláusula genera efectos anti-competitivos, salvo prueba en contrario) o una regla “de la razón” (que presume el carácter no anti-competitivo de la cláusula y que, en consecuencia, exige acreditar sus efectos en el mercado antes de sancionarla).

Para ello, en primer lugar se revisarán los aspectos generales de las cláusulas MFN, enmarcándolas en el concepto general de restricciones verticales, revisando tanto su utilidad como riesgos anti-competitivos, particularmente en mercados de plataformas digitales. Asimismo, se distinguirán las cláusulas MFN de tipo “amplias” de las de tipo “restringidas”.

En segundo lugar, se abordará la discusión acerca de la regla óptima para evaluar las cláusulas MFN, adoptando para ello el marco de análisis planteado por A. Christiansen y W. Kerber en base al grado de “diferenciación” de las reglas de competencia. Al respecto, se revisará principalmente la discusión que se ha dado en la Unión Europea en el contexto de la actualización del Reglamento N°330/2010 relativo a determinadas categorías de acuerdos verticales (“**Reglamento de Acuerdos Verticales**”).

Finalmente, se brindará una conclusión que, con todo, no puede sino ser provisoria en atención al dinamismo y constante desarrollo de las plataformas digitales.

## 2. ASPECTOS GENERALES DE LAS CLÁUSULAS MFN.

### 2.1. Restricciones verticales y cláusulas MFN.

Las restricciones verticales son aquellas que comprenden la existencia de agentes económicos ubicados en distintos eslabones de una cadena de producción y comercialización, implicando por lo general la elaboración de acuerdos explícitos o tácitos que establecen cláusulas limitativas al comportamiento de los agentes que los celebran.<sup>2</sup>

Si bien, bajo ciertas condiciones, estas prácticas pueden ser restrictivas para la competencia en los mercados, de igual forma pueden generar efectos pro-competitivos, generando eficiencias e incentivos para las inversiones de los agentes de mercado. Todo lo anterior, deberá evaluarse caso a caso, tomando en consideración la posición de los agentes en el

---

<sup>2</sup> Coloma (2009)., pp. 176-177.

mercado, para luego ponderar los efectos anticompetitivos con los pro-competitivos que resulten de la práctica vertical en cuestión.

Son numerosas las prácticas y contratos que se pueden enmarcar dentro de este concepto, siendo las cláusulas MFN<sup>3</sup> (también llamadas “de paridad”) una de ellas, al consistir generalmente en acuerdos entre agentes ubicados en diversas etapas de la cadena de comercialización, para la determinación del precio o condiciones en que se ofrecerá un determinado producto a los consumidores.

De acuerdo con su contenido y efectos, se suele distinguir entre MFN de tipo amplias y MFN de tipo restringidas. Las MFN amplias exigen la publicación y venta del producto al mismo o mejor precio y condiciones que los publicados en cualquier otro canal de venta, mientras que las MFN restringidas exigen la publicación y venta del producto al mismo o mejor precio y condiciones que los publicados por el proveedor o retailer en su propio canal de venta.

## **2.2. Relevancia de las cláusulas MFN en mercados digitales.**

Tanto las MFN amplias como las restringidas han sido objeto de estudio y discusión en cuanto a sus efectos en el mercado, especialmente en los últimos años en cuanto a su utilización para la oferta de productos y servicios en plataformas digitales. Algunos ejemplos relevantes se observan en las plataformas que consisten en herramientas de comparación de precios de mercados, tales como la oferta de hoteles (p. ej., Booking.com) o la oferta de seguros (p. ej., CompareTheMarket.com).

En estas plataformas, las cláusulas MFN se exigen por la empresa que administra la plataforma a los proveedores de los productos que se publicitan y ofrecen a través de ella y como condición de acceso a la misma. De igual manera, se han destacado por incluir estas cláusulas ciertas plataformas de venta online (p. ej., Amazon), en los acuerdos con los *retailers* de los productos que se venden en la plataforma.

## **2.3. Utilidad de la cláusula MFN en mercados de plataformas digitales.**

Uno de los problemas que se busca y logra solucionar con el establecimiento de restricciones verticales es el del “aprovechamiento gratuito” o “free riding”, consistente en que los recursos invertidos por un agente (p. ej., inversión en publicidad que realiza un distribuidor en favor de una marca) pueden luego terminar por beneficiar a otro (p. ej., otro distribuidor de la misma marca), generando así un efecto disuasivo sobre el primero para realizar la inversión.<sup>4</sup>

En materia de mercados digitales, un claro ejemplo es lo que podría ocurrir en plataformas de comparación de precios, las cuales se destacan por otorgar visibilidad a un producto y sus características en relación a sus competidores. De no existir cláusulas de MFN, los

---

<sup>3</sup> Cabe señalar que la nomenclatura “nación más favorecida” proviene de los tratados de libre comercio, constituyendo una de las obligaciones principales para los estados miembros (p. ej., Art. I GATT 1947).

<sup>4</sup> *Ibid.*, pp. 183.

consumidores podrían tomar su decisión sobre qué producto comprar gracias al servicio otorgado en la plataforma, para luego proceder a adquirirlo directamente con el proveedor del producto a un menor precio, dejando a la plataforma de comparación de precios sin su respectiva comisión.

Por medio de las cláusulas MFN esta externalidad (negativa para la plataforma) se corrige al eliminar la posibilidad de que los proveedores que contratan con la plataforma ofrezcan productos o servicios a un precio o condiciones más favorables en su propio sitio web (en el caso de las MFN restringida) o en cualquier otro canal de venta (en el caso de las MFN amplia), conservando los incentivos de la plataforma para seguir operando.

Junto al *free riding*, se han asociado diversas eficiencias a las cláusulas MFN en plataformas digitales, tales como incrementos en la transparencia en que son ofrecidos los productos y la reducción de costos de búsqueda y transacción para los consumidores, llegando a ser incluso situaciones de “*one stop shop*” para el caso de las MFN amplias.<sup>5</sup>

Cabe mencionar, que las nombradas eficiencias han sido objeto de diversos análisis entre las distintas agencias de competencia alrededor del mundo, las cuales se han preocupado de distinguir las MFN restringidas de las amplias, siendo más permisivas con las primeras que con las segundas.

#### **2.4. Riesgos anticompetitivos de las cláusulas MFN.**

Las cláusulas MFN han sido objeto de diversas críticas, incluso prohibiendo su aplicación en varios casos por autoridades de competencia europeas.<sup>6</sup> Estas instituciones las han analizado como acuerdos potencialmente anticompetitivos bajo el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

La crítica ha recaído principalmente sobre las cláusulas MFN amplias, constatándose que estas suavizan la competencia entre plataformas, impidiendo la innovación, la entrada y la expansión de nuevas plataformas. Esta teoría de daño ha alegado que las MFN amplias reducen el incentivo para que las plataformas compitan sobre la base de los niveles de comisión creando "suelos de precios".

Así, una plataforma puede aumentar la comisión cobrada a un proveedor que está sujeto a estas cláusulas sin la restricción de que este proveedor pueda tomar represalias fijando un precio más alto o condiciones menos ventajosas en la plataforma en comparación con otros

---

<sup>5</sup> Chappatte, P. & O'Connell, K. (2019), pp. 16.

<sup>6</sup> Un ejemplo son los acuerdos realizados por las autoridades de competencia francesa, italiana y sueca en el caso *Booking.com*, fijándose el compromiso de reemplazar una cláusula amplia a una cláusula restringida (autoridad francesa de la competencia, Decisión 15-D-06, 21 de abril del 2015, autoridad Italiana de la competencia, Decisión fecha 21 de abril del 2015 y autoridad sueca de la competencia, Decisión 596/2013, 21 de abril del 2015). Otro ejemplo son los casos investigados por la Comisión Europea en el mercado de e-books, en contra de Apple Inc. y Penguin Random House Limited et al, caso AT.39847, 2013) y en contra de Amazon.com Inc., caso AT.40153, 2017), ambos terminados en compromisos.

canales. De esta forma, en vez de retirarse de la plataforma, los proveedores se enfrentan a dos opciones: repercutir el aumento de la comisión subiendo los precios en todos sus canales de distribución o bien, mantener los precios actuales y absorber la pérdida.<sup>7</sup>

También se ha alegado que las MFN amplias constituyen una barrera de entrada, ya que impiden a otras plataformas digitales entrar en el mercado o expandirse mediante una estrategia basada en la oferta de comisiones bajas a cambio de mejores precios y condiciones de los proveedores. Los entrantes aún podrían diferenciarse basándose en otros factores de competencia, tales como la calidad o la imagen de la marca, sin embargo esto suele requerir importantes inversiones y tiempo.

Por su parte, las MFN restringidas han sufrido menores cuestionamientos sobre sus efectos en el mercado. Sin perjuicio de lo anterior, sí se ha analizado la posibilidad de que se repliquen los efectos de las MFN amplias en el mercado. Lo anterior podría ocurrir si los proveedores no están dispuestos a bajar los precios de su canal directo: ante un aumento de las comisiones, estos proveedores podrían optar por subir los precios no sólo en la plataforma y en su propio sitio web, sino también en otros canales, reproduciendo así los efectos de los precios mínimos de una MFN amplia.<sup>8</sup>

## 2.5. Cláusulas MFN en Chile.

La realidad chilena desde la perspectiva de las restricciones verticales sigue en un mundo *“Brick-and-Mortar”*<sup>9</sup>, sin ir más lejos este tipo de restricciones verticales están reguladas en la Guía de Restricciones Verticales del año 2014 (*“Guía”*) de la Fiscalía Nacional Económica (*“FNE”*). En la Guía las cláusulas MFN se asocian a las cláusulas de cliente preferencial que se describen como: *“El vendedor garantiza al comprador que está obteniendo los términos más convenientes en la compra o adquisición del producto, y que cualquier beneficio que se le conceda a algún otro comprador le será replicado”*.

En el año 2015 se analizó este tipo de cláusulas en el mercado tradicional de fabricación y comercialización de correas transportadoras de peso pesado. La FNE llegó a un acuerdo extrajudicial con las sociedades Contitech Chile S.A y Veyance Technologies Chile Limitada.<sup>10</sup> Una de las medidas de mitigación acordadas fue renunciar y abstenerse de celebrar cláusulas MFN e igualdad de precios con clientes. Lo anterior, ante los riesgos asociados de limitación de la contestabilidad del mercado y excluir la entrada de posibles nuevos competidores.

---

<sup>7</sup> Chappatte, P. & O`Connell, K. (2019), pp. 13-15.

<sup>8</sup> Ibid., pp. 14.

<sup>9</sup> Nombre de mercados tradicionales que dependen de sus estructuras físicas para funcionar.

<sup>10</sup> Acuerdo Extrajudicial 11-15, Tribunal de la Libre Competencia.

### 3. ¿CUÁL ES LA REGLA ÓPTIMA PARA EVALUAR CLÁUSULAS MFN DE TIPO AMPLIAS?

Teniendo presente las definiciones y consideraciones previas, cabe preguntarse si, desde el punto de vista de del derecho de la competencia, ¿sería deseable presumir -de manera refutable- que las cláusulas MFN de tipo *amplia* son anticompetitivas?<sup>11</sup>

Para responder a esta pregunta, primero se establecerá un marco de análisis para evaluar las reglas del derecho de competencia desde el punto de vista de su eficacia, categorizándolas de acuerdo a su grado de diferenciación (I). Luego, se revisará si existen argumentos suficientes para utilizar una regla no-diferenciada respecto de las cláusulas MFN de tipo amplias (II).

#### 3.1. Distinción de las reglas del derecho de la competencia según su grado de diferenciación.

Siguiendo a A. Christiansen y W. Kerber, las reglas del derecho de la competencia pueden identificarse en un espectro que se forma desde la regla menos diferenciada a la más diferenciada.<sup>12</sup> Para estos efectos, la *diferenciación* atiende al grado de investigación de los hechos (*fact-finding*) que requiere la regla para operar. Mientras más investigación se requiera, más diferenciada será la regla y viceversa.

Por ejemplo, en materia de derecho comparado de la competencia, en Estados Unidos la regla *per se* es menos diferenciada que la regla de la razón (*rule of reason*). De manera similar, aunque no idéntica, en la Unión Europea la regla -de restricción de la competencia- *por objeto* es menos diferenciada que la regla *por efecto*. Al tratarse de un espectro, entre los extremos indicados se pueden identificar reglas con niveles intermedios de diferenciación, como la *regla de la razón estructurada* o la regla de *mirada rápida* (*quick look analysis*)<sup>13</sup>, así como también reglas de carga de la prueba vinculadas a estándares de prueba más o menos difíciles de cumplir (posibilidad, probabilidad o certeza).

Como es lógico, la diferenciación tiene ventajas y desventajas. Las reglas menos diferenciadas suelen ser más simples de aplicar por parte del adjudicador, ocurriendo lo contrario con las reglas más diferenciadas, que requerirán más esfuerzos probatorios y tiempo para apreciar y ponderar la prueba. En este sentido, el costo procesal de aplicar una regla más diferenciada suele ser mayor al costo de aplicar una regla menos diferenciada.

---

<sup>11</sup> La pregunta no sugiere una reforma legal al Decreto Ley N°211 para establecer una presunción simplemente legal en la materia, sino una aproximación meramente doctrinaria, que a su vez puede adoptar la forma de una explicitación en la Guía de Restricciones Verticales o, eventualmente, de una presunción judicial en los términos del art. 426 del Código de Procedimiento Civil.

<sup>12</sup> Véase Christiansen, A., & Kerber, W. (2006).

<sup>13</sup> Para una revisión de las modalidades intermedias entre la regla *per se* y la regla de la razón en Estados Unidos, véase Tom, W. K., & Pak, C. (2000).

Por otro lado, las reglas menos diferenciadas suelen tener resultados más predecibles que las más diferenciadas, pues las primeras tienden a pre-juzgar el caso y pre-determinar su resultado. Sin embargo y por esa misma razón, las reglas menos diferenciadas pueden producir resultados menos acertados que las reglas más diferenciadas, pues al prescindir de una revisión acabada de los hechos el resultado puede desviarse de ellos.<sup>14</sup>

Es así que uno de los métodos que se han utilizado para analizar las reglas en base a su diferenciación consiste en evaluar el costo de las decisiones erróneas. Dichos costos generalmente se traducen en la producción de *falsos positivos* (para estos efectos, la condena de un inocente) y *falsos negativos* (para estos efectos, la absolución de un culpable).

Las reglas menos diferenciadas suelen producir más errores, ya sea en condena de inocentes o absoluciones de culpables, dependiendo del diseño de la regla. Sin embargo, las reglas más diferenciadas tienen un mayor costo de regulación en términos de su observancia (o *enforcement*), pues requieren investigaciones más acabadas y monitoreos más complejos, además del costo mismo que se genera por su falta de predictibilidad e incerteza jurídica.

Siguiendo a A. Christiansen y W. Kerber, la regla óptima en términos de su grado de diferenciación se caracteriza por el mínimo de la suma de pérdidas de bienestar causadas por decisiones erróneas (condenas de inocentes y absoluciones de culpables) y costos de regulación.

En otras palabras, lo que se ahorra en términos de costos de regulación utilizando reglas poco diferenciadas, “se paga” con decisiones erróneas. A la inversa, lo que se ahorra en términos de decisiones erróneas utilizando reglas muy diferenciadas, “se paga” con costos de regulación. En consecuencia, la tarea es encontrar cuál es el grado de diferenciación que mejor equilibra -u optimiza- ambos costos.

Uno de los criterios que se pueden utilizar para determinar el grado óptimo de diferenciación de la regla es la manera en que usualmente se distribuyen los efectos positivos (es decir, eficiencias) y negativos (es decir, efectos anticompetitivos) respecto a una determinada conducta.

Por ejemplo, la experiencia indica que la práctica de acordar precios entre competidores normalmente produce más efectos negativos que positivos en términos de bienestar. En consecuencia, respecto de dicha práctica resulta más conveniente adoptar una regla poco diferenciada que, en principio, sancione la colusión horizontal de precios, desplazando así la carga de la prueba al agente económico que desee defender el acuerdo.

Esta regla permite ahorrar costos de regulación (p. ej., la autoridad de competencia no deberá incurrir en una investigación exhaustiva para determinar los efectos de la conducta)

---

<sup>14</sup> Para una revisión de los beneficios en predictibilidad de una regla poco diferenciada, véase Broulík, J. (2019).



y, al mismo tiempo, producir costos menores en términos de decisiones erróneas (pues si bien habrá algunos inocentes condenados, estos serán significativamente menos que los culpables condenados).

Por otro lado, la experiencia también indica que la práctica de establecer restricciones verticales como la distribución exclusiva normalmente produce eficiencias (p. ej., corregir el problema de *free-rider* alineando incentivos) aunque en determinadas circunstancias puede no ser así. En consecuencia, respecto de esta práctica resulta más conveniente adoptar una regla más diferenciada que sancione la distribución exclusiva solo en la medida en que se acrediten efectos anticompetitivos en base a un estándar de prueba de probabilidad. Esto pues, de aplicarse una regla poco diferenciada, el costo de decisiones erradas probablemente superará el ahorro en costos de regulación.

Asimismo, también se ha entendido que los acuerdos verticales sobre investigación y desarrollo que no imponen una obligación de venta o licenciamiento conjunto para las partes, en general producen más efectos pro-competitivos (p. ej., desarrollo tecnológico y diseminación del conocimiento) que anticompetitivos. Respecto de estos acuerdos resulta más conveniente adoptar una regla poco diferenciada que, en principio, absuelva la restricción vertical, fijando un estándar de prueba alto para el fiscalizador que desee demostrar que el acuerdo es anticompetitivo.

De esta manera, para ilustrar su modelo de análisis, Christiansen y Kerber grafican la distribución de los efectos positivos y negativos de 5 conductas en el mercado (B1 a B5). El eje horizontal ("w") indica los efectos anticompetitivos (a la izquierda del centro) y procompetitivos (a la derecha del centro) de la conducta, mientras que el eje vertical ("f") indica la frecuencia de la distribución de los efectos anticompetitivos y procompetitivos de cada conducta:

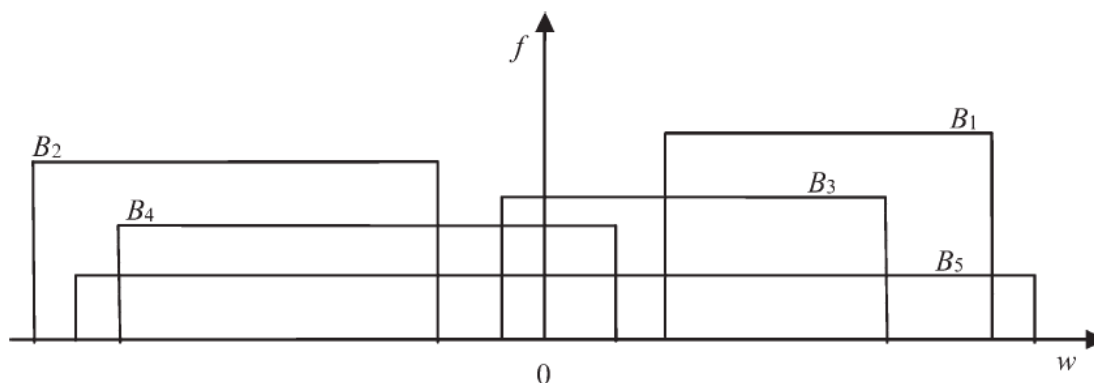


Figura N°1. Fuente: Christiansen y Kerber (2006)<sup>15</sup>

Así, en base a lo ya dicho, un acuerdo horizontal de precios podría asimilarse a la conducta B4, pues generalmente produce efectos anticompetitivos (aunque no siempre, como podría

<sup>15</sup> Christiansen, A., & Kerber, W. (2006), p. 230.

ocurrir con operaciones de poca cuantía que no tienen la aptitud para afectar al mercado). Para éstos es conveniente adoptar una regla poco diferenciada que, *prima facie*, condene la conducta.

Por otro lado, un acuerdo vertical de investigación y desarrollo puede asimilarse a la conducta B3, pues generalmente produce más efectos procompetitivos que anti-competitivos. Para estos es conveniente adoptar una regla poco diferenciada que, *prima facie*, valide la conducta.

En cambio, acuerdos verticales que combinen cláusulas de distribución exclusiva con otras cláusulas sensibles desde el punto de vista de la competencia (p. ej., compra exclusiva) pueden generar tanto efectos procompetitivos como anticompetitivos por igual, sin que la experiencia indique la predominancia de uno por sobre el otro. Estos acuerdos pueden asimilarse a la conducta B5 y para ellos es conveniente adoptar una regla altamente diferenciada que requiera analizar los efectos de la conducta en el mercado. De lo contrario, los costos de decisiones erróneas serían muy altos.

Considerando este marco de análisis en cuanto al grado de diferenciación de las reglas del derecho de la competencia, cabe ahora preguntarse cuál es la regla óptima para tratar cláusulas MFN de tipo amplia.

### **3.2. ¿Cuál es la regla óptima para tratar las cláusulas MFN de tipo amplias?**

De acuerdo a lo señalado en el acápite precedente y teniendo a la vista lo señalado al comienzo sobre los efectos positivos y negativos de las cláusulas MFN amplias, la regla óptima para evaluarlas será aquella que genere los menores costos posibles tanto en términos de *decisiones erradas* como en términos de *costos de regulación*.

Las decisiones erradas consisten en: **(i)** sancionar cláusulas MFN de tipo amplia que generen más efectos pro-competitivos que anti-competitivos (condena de inocente) y, a la inversa, **(ii)** no sancionar aquellas cláusulas que generen más efectos anti-competitivos (absolución de culpable).

Por otro lado, los costos de regulación consisten en el nivel de esfuerzos que la autoridad de competencia y las partes deberán emprender para arribar a una decisión respecto al carácter anti-competitivo o pro-competitivo de la cláusula.

Como insumo para el análisis, cabe tener presente que actualmente la Unión Europea se encuentra discutiendo la aproximación legislativa que se debe adoptar respecto a las cláusulas MFN, con ocasión de la actualización del “Reglamento de Acuerdos Verticales que expirará el 31 de mayo de 2022.

El (actual) Reglamento de Acuerdos Verticales no tiene referencias a la cláusula MFN, como sí las tiene a la cláusula de restricción de precio de reventa o de restricción de territorios,

calificándolas a ambas como restricciones “especialmente graves”.<sup>16</sup> Sin embargo, a propósito del uso que se le ha dado a la cláusula MFN en mercados dominados por plataformas digitales, la doctrina ha discutido si es pertinente incluir esta cláusula, en su modalidad amplia, dentro de la categoría de restricciones especialmente graves, o bien, dentro de la categoría de “restricciones excluidas”.<sup>17</sup>

Al respecto, Avantika Chowdhury ha argumentado que un análisis económico de estas cláusulas sugeriría que ellas deberían acogerse a las exenciones del Reglamento de Acuerdos Verticales, significando esto que ellas no deberían ser consideradas como restricciones “especialmente graves”. Asimismo, la autora agrega que la lección de casos recientes, la amplia literatura económica y los varios análisis ex-post sugieren que “la evaluación de cláusulas MFN con arreglo al artículo 101 [del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea] justifica un enfoque basado en efectos”.<sup>18</sup> Esto pues, como ya se mencionó previamente, las cláusulas MFN puede producir tanto efectos anticompetitivos como procompetitivos, y su impacto en el mercado depende de diversos factores

Por su parte, Pablo Ibáñez Colomo ha señalado que, respecto de las cláusulas MFN, “la experiencia acumulada durante la década pasada y el estado actual de la literatura académica no aconseja imponer una prohibición total en ellas por medio del Reglamento de Exención de Categorías [Reglamento de Acuerdos Verticales]”. Sin embargo, respecto de las cláusulas MFN amplias, el autor reconoce que ellas “podrían ser consideradas una restricción excluida”.<sup>19</sup>

Así, ambos autores (Avantika Chowdhury y Pablo Ibáñez Colomo), comparten la idea de que las cláusulas MFN, incluyendo las de tipo amplia, deben ser analizadas bajo una regla más bien diferenciada que permita evaluar y determinar sus efectos en el mercado. Esto significa que no debe ser analizada bajo una regla poco diferenciada, como la regla europea de restricción *por objeto* o la regla estadounidense *per se*. En la misma línea se pronunció la Comisión Europea en su documento de trabajo titulado *Informe Final sobre la Investigación del Sector de Comercio Electrónico*, sugiriendo a este respecto un enfoque “caso a caso”.<sup>20</sup>

Por otro lado, Friso Bostoen argumenta que la práctica de las autoridades de competencia es consistente en señalar que las cláusulas MFN de retail “han sido siempre evaluadas como

---

<sup>16</sup> La categoría de restricciones “especialmente graves” implica que el contrato o acuerdo que contiene la cláusula, en su totalidad, no puede beneficiarse de la exención de aplicación del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (que sanciona los acuerdos verticales y horizontales). Asimismo, en general se ha entendido que esta categoría de restricciones constituyen restricciones *por objeto*.

<sup>17</sup> La categoría de restricciones “excluidas” consiste en que la cláusula -y no el contrato o acuerdo que la contiene- no puede beneficiarse de la exención de aplicación del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y, en consecuencia, puede ser declarada nula por infringir dicha disposición (quedando vigente el resto del contrato en caso de que la cláusula no sea un elemento esencial del mismo).

<sup>18</sup> Chowdhury, A. (2021), p.22.

<sup>19</sup> Ibáñez, P. (2021), p. 13 (traducción libre al español).

<sup>20</sup> Comisión Europea, (2017), p. 180.

restricciones de la competencia por su efecto, excepto cuando los efectos son primariamente horizontales”.<sup>21</sup>

En Estados Unidos, algo así ocurrió en el caso *United States v. Apple Inc.*, sobre una serie de contratos suscritos por Apple con distintas editoriales y que contenían una cláusula MFN de tipo amplia, dando lugar a una colusión en modalidad *hub and spoke*. La Corte del Distrito Sur de Nueva York determinó que: “Si bien las restricciones verticales están sujetas a revisión bajo la regla de la razón (...) Apple participó directamente en una conspiración horizontal para fijar precios. Como resultado, su conducta es en sí misma ilícita. El acuerdo entre Apple y los editores demandados es, ‘en el fondo, una restricción de precio horizontal’ sujeto a un análisis *per se*”.<sup>22</sup> De este modo, en este tipo de casos, de estructura *hub and spoke*, la preocupación principal no recae en el efecto vertical de las cláusulas MFN, sino en su efecto horizontal y colusorio, pues ellas funcionan como un mecanismo facilitador del cartel.<sup>23</sup>

En una perspectiva diferente y volviendo a la discusión en la Unión Europea, Amelia Fletcher y Morten Hviid han argumentado que en razón de la semejanza existente entre las cláusulas de restricción de precio de reventa y las cláusulas de MFN de tipo amplia en mercados de plataformas digitales, dichas cláusulas deben recibir el mismo tratamiento. De acuerdo a los autores, esto implica que dichas cláusulas deben ser consideradas como “una restricción especialmente grave, o una restricción de la competencia por su objeto”.<sup>24</sup>

Por su parte, Richard Whish y David Bailey constatan que los estados miembros de la Unión Europea han otorgado distintas soluciones respecto al tratamiento de las cláusulas MFN, tanto a nivel de *enforcement* de la autoridad de competencia como a nivel legislativo. Así por ejemplo mencionan que Francia, Austria e Italia han establecido leyes prohibiendo cláusulas de paridad amplias y restringidas en el sector hotelero.<sup>25</sup>

Volviendo al gráfico de Christiansen y Kerber, cabe preguntarse a qué tipo de conducta puede asimilarse una cláusula MFN de tipo amplia. En base a lo ya señalado, algunos autores (como Fletcher e Hviid) o autoridades de competencia (como la alemana) se inclinarían por asimilar dichas cláusulas a la conducta B3, resultando conveniente adoptar una regla poco diferenciada que, en principio, sancione dicha cláusula. Sin embargo, la mayoría de la doctrina revisada a nivel comparado la calificaría como una conducta B5, pues la experiencia acumulada hasta ahora sugeriría que dicha cláusula suele producir tanto efectos pro-competitivos como anti-competitivos. En consecuencia, resultaría más conveniente adoptar una regla muy diferenciada que no pre-juzgue los efectos de la cláusula y, en cambio, requiera siempre analizar sus efectos en el mercado, caso a caso.

---

<sup>21</sup> Bostoen, F. (2017), p. 228 (traducción libre al español).

<sup>22</sup> *United States v. Apple Inc.*, 952 F. Supp. 2d. 638, 2013, p. 153.

<sup>23</sup> Ezrachi, A. & Stucke, M. (2016), p. 47.

<sup>24</sup> Fletcher, A., & Hviid, M. (2016), p. 67 (traducción libre al español).

<sup>25</sup> Whish, R., & Bailey, D. (2018), p. 664.

#### 4. CONCLUSIONES.

Como hemos podido observar, el debate desarrollado en el derecho comparado y especialmente europeo sobre las cláusulas MFN da cuenta que es conveniente analizar sus efectos anticompetitivos bajo una regla altamente diferenciada, lo que requiere estudiar y determinar sus efectos en el mercado, caso a caso, antes de determinar su ilicitud.

No obstante, considerando que los mercados digitales -especialmente los de plataforma- son altamente dinámicos, resultará preciso volver sobre este análisis en la medida en que exista más evidencia y se vaya acumulando más experiencia sobre los efectos de dichas cláusulas en los mercados.

## Referencias

- Bostoen, F. (2017). Most favoured nation clauses: towards an assessment framework under EU Competition Law. *Eur. Competition & Reg. L. Rev.*, 1, 223
- Broulík, J. (2019). Preventing anticompetitive conduct directly and indirectly: accuracy versus predictability. *The Antitrust Bulletin*, 64(1), 115-127.
- Chappatte, P. & O'Connell, K. (2019) 'European Union- E-commerce: Most Favoured Nation Clauses"', E-Commerce Competition Enforcement Guide, Third Edition, pp. 16.
- Chowdhury, A. (2021), 'Most favoured nation clauses: in need of an effects-based approach', Concurrences N° 1-20 2021 | On-Topic | The VBER and Vertical Guidelines: Revision or Reform? Reflection on critical issues, p.22.
- Christiansen, A., & Kerber, W. (2006). Competition policy with optimally differentiated rules instead of "per se rules vs rule of reason". *Journal of Competition Law and Economics*, 2(2), 215-244.
- Comisión Europea, (2017) 'Report from the Commission to the Council and the European Parliament Final report on the E-commerce Sector Inquiry' (staff working document), Bruselas, 2017 (229).
- Ezrachi, A. & Stucke, M. (2016). 'Virtual competition, the promise and perils of the algorithm-driven economy', Harvard University Press.
- Fletcher, A., & Hviid, M. (2016). Broad retail price MFN clauses: are they RPM "at its worst"? *Antitrust Law Journal*, 81(1), 65-98
- Ibáñez, P. (2021). 'Vertical restraints after *Generics* and *Budapest Bank*', Concurrences N° 1-20 2021 | On-Topic | The VBER and Vertical Guidelines: Revision or Reform? Reflection on critical issues.
- Tom, W. K., & Pak, C. (2000). Toward a Flexible rule of Reason. *Antitrust LJ*, 68, 391.
- Whish, R., & Bailey, D. (2018). *Competition law*. Oxford University Press, 9th edition.