CASOS LIBRE COMPETENCIA

PROGRAMA UC - LIBRE COMPETENCIA

N°40 - FEBRERO 2024

CLÁUSULAS DE NACIÓN MÁS FAVORECIDA Y PLATAFORMAS DIGITALES: TRES ACUERDOS EXTRAJUDICIALES AL RESPECTO



Cláusulas de nación más favorecida y plataformas digitales: Tres acuerdos extrajudiciales al respecto

1. ANTECEDENTES DEL CASO¹

Con fecha 20 de abril de 2021 la Fiscalía Nacional Económica ("FNE") inició una investigación de oficio (Rol N° 2653-21) referida al establecimiento de restricciones verticales por parte de distintas plataformas digitales en los contratos celebrados con sus locales, dentro de las cuales se investigó a Uber Portier Chile SpA ("Uber"), Delivery Hero E-Commerce SpA ("PedidosYa"), y Rappi Chile SpA ("Rappi").

La investigación se centró en los servicios ofrecidos mediante plataformas digitales de compra y entrega de productos de restaurantes en el país y en ella se constató que tanto Uber, PedidosYa y Rappi introdujeron en los términos y condiciones, acuerdos comerciales y/o contratos suscritos con los restaurantes cláusulas de nación más favorecida o cláusulas de paridad de precios. Asimsmo la FNE señaló la existencia acotada de cláusulas de exclusividad y acuerdos de semi-exclusividad entre estas plataformas y los restaurantes.

Respecto a las cláusulas de nación más favorecida la FNE concluyó que pueden generar riesgos nocivos para la competencia en el mercado, pues podría provocar una disminución de plataformas competidoras actuales o potenciales, lo cual va en directo perjuicio de los consumidores.

2. ¿QUÉ ENTIENDE LA FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA POR "EXCLUSIVIDAD" Y "SEMI-EXCLUSIVIDAD"?

<u>"Exclusividad":</u> Cláusulas, obligaciones o prácticas comerciales existentes que impiden que los restaurantes asociados a la plataforma comercialicen sus productos en otras plataformas competidoras.

<u>"Semi-exclusividad":</u> Cláusulas, obligaciones, condiciones o prácticas comerciales existentes entre restaurantes y la plataforma digital en particular, en virtud de las cuales se establece un límite máximo de plataformas en que los restaurantes pueden ofrecer simultáneamente sus productos o servicios, ya sea que se establezca dicha obligación expresa o formalmente, o a través de otras prácticas que generen los mismos efectos o riesgos.

3. LOS 3 ACUERDOS EXTRAJUDICIALES

¹ Acuerdo Extrajudicial N° 29/2023; 30/2023 y 31/2023 Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

3.1. LOS ACUERDO EXTRAJUDICIAL Nº 29/2023 ENTRE FNE Y UBER POTIER CHILE SPA (UBER).

Durante noviembre de 2023 la FNE celebró 3 acuerdos extrajudiciales (N°29, 30 y 31) con Uber, PedidosYa y Rappi, como consecuencia de los resultados de la investigación realizada por la FNE, mediante el cual las empresas reconocieron la existencia de cláusulas de nación más favorecida.

Uber señaló que estimaba que estas cláusulas no eran anticompetitivas en sí mismas, ya que podían tener eficiencias y por ello debía estarse a sus efectos. Además, agregó que en este caso particular no se habría generado ningún tipo de perjuicio a los restaurantes asociados ni a los consumidores ni tampoco efectos lesivos a la libre competencia.

Por su lado, PedidosYa, reconoció que existieron cláusulas de tipo nación más favorecida, pero indicó que en la actualidad ya no cuenta con ellas. Así también, reconoció la existencia de cláusulas de exclusividad y acuerdos de semi-exclusividad.

Rappi también reconoció la existencia de cláusulas de nación más favorecida y de exclusividad en sus contratos, pero afirmó que nunca buscó infringir la normativa de libre competencia ni ejecutar ningún tipo de competencia desleal o prácticas que pudieran dañar de alguna manera el funcionamiento del mercado.

En los respectivos acuerdos las 3 empresas acordaron obligarse, en el menor plazo posible y no más allá de 30 días corridos contados desde la aprobación del acuerdo por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia ("TDLC"), a implementar las medidas que se señalan a continuación:

- 1- Eliminar las cláusulas de nación más favorecida, así como cualquier otro tipo de cláusula o condición comercial que impida o restrinja a los restaurantes asociados a ofrecer sus productos a precios más bajos en otros canales de ventas, tales como plataformas competidoras y/o canales propios con o sin reparto, especificando modalidad a seguir.
- 2- **No implementar a futuro cláusulas de nación más favorecida** y/o cualquier otro tipo de cláusula o condición comercial que genere los mismos efectos y/o riesgos para los restaurantes asociados en el territorio nacional.

En el caso de Uber, en los contratos que celebre con nuevos restaurantes asociados, incluirá una cláusula en la que deje constancia expresa de que las disposiciones de los términos y condiciones que hacen referencia a cláusulas de nación más favorecida o cláusulas que generen los mismos efectos y/o riesgos no aplican respecto de restaurantes asociados en el territorio nacional.

- 3- En el caso de PedidosYa y Rappi, las empresas deberán reportar anualmente y por un periodo de 3 años a la FNE el alcance de las exclusividades y semi-exclusividades acordadas con restaurantes en los términos que se indican.
 - En el caso de Uber, respecto a las cláusulas de exclusividad o semi-exclusividad, se dejó constancia de que la FNE seguirá monitoreando la evolución del mercado y que podrá tomar las medidas que estime pertinente al respecto
- 4- Notificar por correo electrónico a cada uno de los restaurantes asociados los compromisos adoptados y comunicar que el precio de venta al público será determinado libremente por los restaurantes asociados sin ningún tipo de restricción que genere los mismos efectos y/o riesgos que las cláusulas de nación más favorecida, cualquiera sea el canal de venta.

Transcurridos 3 años desde la aprobación del acuerdo por el Tribunal, las empresas podrán exponer a la FNE o al TDLC la necesidad de revisar y/o eliminar las medidas adoptadas.

4. APROBACIÓN ACUERDOS EXTRAJUDICIALES POR PARTE DEL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA (TDLC)

Durante diciembre de 2023, la FNE presentó al TDLC los acuerdos extrajudiciales, y solicitó su aprobación (Rappi en el ROL AE N° 31-23, PedidosYa en el ROL AE N° 30-23, y Uber ROL AE N° 29-23).

Con fecha 28 de diciembre de 2023 el TDLC aprobó los acuerdos extrajudiciales detallados anteriormente y señaló que, si bien en general las prácticas constatadas en la investigación, al igual que cualquier otra restricción vertical, tienen la potencialidad de generar riesgos a la libre competencia, estas también pueden conllevar beneficios, razón por la cual el concluir si infringen o no la normativa dependerá de la ponderación de las eficiencias y riesgos inherentes a las mismas.

Luego señala que los acuerdos adoptados cautelan adecuadamente la competencia en el mercado relativo a las plataformas digitales de restaurantes, porque son pertinentes y proporcionales a los resultados de la investigación, cumpliéndose el estándar previsto por el artículo 39 letra ñ del DL N° 211; y por tanto resuelve aprobar los 3 acuerdos judiciales ya señalados.

Precisa que esta aprobación no impide que terceros con interés legítimo puedan presentar las acciones que en su concepto procedan.

5. LA IMPORTANCIA DE ESTUDIAR Y PONDERAR LAS CLÁUSULAS DE NACIÓN MÁS FAVORECIDA EN MERCADOS DIGITALES ANTE EVENTUALES INFRACCIONES A LA LIBRE COMPETENCIA

En primer lugar, las restricciones verticales "representan mecanismos de operación entre agentes económicos independientes, situados en diferentes niveles de una cadena de producción (estructura vertical), a través de los cuales se regulan las condiciones con que éstos compran, venden o revenden ciertos productos o servicios"; y dentro de ellas se encuentran las cláusulas de nación más favorecida.

En términos generales, las cláusulas de nación más favorecida³, también denominadas cláusulas de cliente preferencial o de paridad, son aquellas que requieren que una de las partes contratantes, comúnmente el vendedor, garantice a la otra parte que está recibiendo los mismos o mejores términos comerciales en relación con sus competidores.

Estos acuerdos comprometen a agentes económicos que participan en distintos niveles o eslabones de una misma cadena productiva y de comercialización, implicando por lo general la elaboración de acuerdos más o menos explícitos que establecen cláusulas limitativas al comportamiento de los agentes económicos que los celebran. Normativamente su uso a priori no se encuentra prohibido, aunque eventualmente podrían ser impugnadas en ciertos contextos a partir de los riesgos para la libre competencia que podrían generar, como puede ocurrir en los mercados de plataformas digitales.

Dichas cláusulas pueden ser amplias (prohíben las ventas a precios más bajos en lugares distintos a la plataforma en cuestión que participa del acuerdo); y restringidas (prohíben al vendedor vender sus productos a precios más bajos en su propia página web o plataforma digital).

En otras palabras, si un proveedor tiene una cláusula de nación más favorecida restringida por parte de su distribuidor es su obligación (la del proveedor) que el precio al que él vende en su plataforma propia sea igual o superior al precio al que vende el distribuidor online; por otro lado, las cláusulas de nación más favorecida amplias aseguran a ese distribuidor que él tendrá los mejores precios de todo el mercado, tanto de la plataforma propia como del resto de las eventuales plataformas o líneas de venta de comercialización de un producto o servicio.

Si bien ellas pueden generar eficiencias, tal como lo señala el TDLC en sus pronunciamientos, también pueden generar riesgos, entre los cuales están la colusión

² Guía para el análisis de restricciones verticales, junio de 2014, Fiscalía Nacional Económica.

³ https://centrocompetencia.com/clausulas-de-nacion-mas-favorecida-y-plataformas-digitales-la-opinion-de-la-cma/

(evitan la competencia en el mercado y uniforman precios) expresa y tácita, *hub and spoke*, incremento de barreras a la entrada y del tipo exclusorio al excluir del mercado a otras plataformas digitales.

Algunos casos relevantes en la materia son: caso Apple/e-Books (AT.39847); caso Amazon / e-Books (AT.40153); casos reservas hoteleras-Booking.com y Expedia; y caso ComparetheMarket en Reino Unido, en donde en este último la CMA (Competition and Markets Authorithy) analizó, y sancionó, la existencia de cláusulas de nación más favorecida amplias donde ComparetheMarket (sitio web de comparación de precios) estableció la prohibición a las aseguradoras de viviendas de ofrecer precios más bajos en otras páginas web similares, lo cual dificultó que los competidores crecieran y desafiaran su sólida posición en el mercado, pues enfrentaron restricciones para obtener una ventaja de precios sobre ComparetheMarket, junto con limitar la presión competitiva entre las aseguradoras al reducir los incentivos a bajar los precios.

Todo lo anterior nos lleva a concluir que este tipo de cláusulas son comunes en el mercado de plataformas digitales y son una amenaza potencial a las normas de libre competencia, razón por la cual hoy las autoridades de competencia y los operadores jurídicos deben analizarlas teniendo en consideración las características intrínsecas de estos mercados, las cuales son distintas a los mercados tradicionales,. Esta cuestión hace necesaria por lo menos la dictación de una nueva y actualizada guía de análisis de nación más favorecida en contexto de plataformas digitales por parte de la Fiscalía Nacional Económica.

En este caso en particular se vio afectado el mercado de servicios ofrecidos mediante plataformas digitales de compra y entrega de productos de restaurantes en el país, lo cual impacta directamente en el bienestar de los consumidores. Estamos hablando de alimentación, una necesidad básica en las personas y este tipo de cláusulas afectan al mercado no solo en relación a precios, sino también en calidad e innovación.

En consecuencia, Chile tiene mucho que avanzar en términos de desarrollo y análisis respecto a este tipo de cláusulas en mercados digitales teniendo conciencia de que hoy vivimos en una era digital. Junto con ello la capacitación del personal de la autoridad de competencia y de los operadores jurídicos es una cuestión esencial a tener en consideración y a poner en práctica, siguiendo como modelo las agencias de competencia europeas, pues sin lugar a dudas existen otros mercados que potencialmente pueden ser afectados por las cláusulas de nación más favorecidas, como es el caso del hospedaje.

Tribunales	Tribunal de Defensa de la Libre Competencia
Tipo de acción	Acuerdos Extrajudiciales
Partes	Fiscalía Nacional Económica
	Uber Portier Chile SpA ("Uber"),
	Delivery Hero E-Commerce SpA ("PedidosYa"), y
	Rappi Chile SpA ("Rappi").
Número de acuerdo judicial	29/2023
	30/2023
	31/2023
Expediente	AE N° 29-23
	AE N° 30-23
	AE N° 31-23
Fecha	28 de diciembre de 2023
Resultados	Se resuelve aprobar los acuerdos.
Hechos	La Fiscalía Nacional Económica presenta ante el TDLC 3 acuerdos extrajudiciales respecto a 3 plataformas digitales, y solicitó su aprobación, los cuales tienen su origen en investigación de oficio iniciada por FNE respecto al mercado de servicios ofrecidos mediante plataformas digitales de compra y entrega de productos de restaurantes en el país y la existencia de cláusulas de nación más favorecida que pueden generar riesgos a la libre competencia.
Mercado relevante	Servicios ofrecidos mediante plataformas digitales de compra y entrega de productos de restaurantes en el país.

INFORMACIÓN DE LA AUTORA



Carolina González Gómez

- Ayudante junior.
- Abogada.

CONTACTO



carola.andreagz@gmail.com



Experiencia

- Diplomado en Protección de Datos Personales Universidad de Chile.
- Diplomado en Libre Competencia mención Nuevas Tecnologías y Mercados Digitales UC.
- Curso de actualización consumidores y nuevas tecnologías Universidad de Chile.

MÁS SOBRE LA AUTORA