

Contratos que hacen referencia a los rivales y el bien jurídico protegido por la libre competencia

— Mario Ybar Abad —

Resumen

El análisis de las restricciones verticales en sede de libre competencia se ha efectuado principalmente mediante una ponderación, caso a caso, de los efectos anticompetitivos y las posibles eficiencias emanadas de la conducta investigada. Ello constituye una consecuencia natural de la concepción de esta rama del derecho como un medio para propiciar el bienestar del consumidor y la eficiencia económica.

Con todo, en los últimos años, ha tomado fuerza en la Corte Suprema chilena una visión conforme a la cual el derecho de la competencia tiene por objeto fundamental garantizar la libertad de los competidores.

Ante dicho nuevo enfoque, toma especial relevancia el análisis de una modalidad particular de acuerdos verticales: los contratos que hacen referencia a rivales, en tanto, por su propia naturaleza, limitan la libertad de terceros.

En el presente documento, se analizan los principales contratos que hacen referencia a rivales, sus potenciales efectos en los mercados afectados y cómo su análisis podría fluctuar según como el péndulo se mueva desde una libre competencia destinada a proteger el bienestar del consumidor –según se entiende mayoritariamente en la actualidad– hacia una que opere como garante de la libertad de competencia.

Palabras clave

Restricciones verticales, rivales, libertad económica, cláusula de nación más favorecida, cláusulas de exclusividad, anti-steering, igualación de precios, meet or release.

Abstract

The analysis of vertical restraints has been carried out mainly through a weighting, case by case, of its anticompetitive effects and likely efficiencies. This is a natural consequence of the conception of competition law as a means to promote consumer welfare and economic efficiency.

However, in recent years, a different view has gained strength in the Chilean Supreme Court, according to which, the main goal of competition law is to safeguard the freedom to compete in the market.

Given this new approach, the analysis of a particular type of vertical agreements takes on special relevance: contracts that refer to rivals, since, by their very nature, they limit the freedom of third parties external to the agreement.

This document analyses the main contracts that refer to rivals, their potential effects on the markets and how its analysis could be subject to changes as the pendulum swings from a competition law aimed at protecting consumer welfare –as currently widely understood– towards a competition law which main goal is to protect the freedom to compete.

Keywords

Vertical restraints, rivals, economic freedom, most favoured nation clauses, exclusivity clauses, anti-steering, price matching, meet or release clauses.

* Counsel y director de la práctica de libre competencia del Estudio Garrigues. Máster en Derecho por el University College London (UCL), Reino Unido. Cuenta con una dilatada experiencia en litigación e investigación de temas de libre competencia. Entre los años 2003 y 2019 se desempeñó en la Fiscalía Nacional Económica donde, entre otros, ejerció los siguientes cargos: Fiscal Nacional (S), Subfiscal, Jefe de Fusiones y Estudios, Subjefe de Investigaciones.



I. Restricciones Verticales

Introducción

Las restricciones verticales constituyen acuerdos de carácter contractual que se insertan en el marco de una relación entre dos entidades económicas que operan en distintos eslabones de la cadena productiva, comúnmente, proveedor y distribuidor. En virtud de ellas, las partes regulan elementos comerciales que se extienden más allá de la mera determinación del precio de la transacción.

Las restricciones verticales pueden abarcar provisiones relativas a los esquemas de pago —como tarifas no lineales, descuentos por volumen, *rebates*, entre otros— o afectar los derechos de cada parte —fijación de precios de reventa (RPM por su siglas en inglés), cantidades mínimas de compra, exclusividades, empaquetamientos, entre otros— (OCDE, 2013).

La función principal de este tipo de cláusulas es solucionar los problemas de coordinación que puedan surgir en el marco de una relación de esta naturaleza. De este modo, las restricciones verticales constituyen mecanismos para eliminar la desalineación de incentivos entre las partes permitiendo a estas alcanzar beneficios conjuntos superiores. Si ello beneficia o no a consumidores y a la competencia, dependerá tanto del tipo de restricción utilizada, de las partes que lo establecen y de las características propias del mercado en que se desarrolle la misma (Rey, 2012).

Considerando los potenciales efectos procompetitivos que podrían tener —como evitar la doble marginalización, incentivar inversiones e innovación y la provisión óptima de servicios—¹, las restricciones verticales no han sido prohibidas por sí mismas y la visión desde el punto de vista de la libre competencia respecto de estas durante las últimas cuatro décadas ha oscilado entre presumirlas procompetitivas y analizarlas caso a caso, según la regla de la razón.²

Así, por ejemplo, la mirada más conservadora al derecho de la competencia, representada principal-

mente por la denominada “Escuela de Chicago”, ha revestido este tipo de acuerdos con una suerte de presunción de eficiencia en el entendido que si existe una única renta monopólica, cualquier convención que afecte un mercado distinto a aquel en que se goza de poder de mercado, no puede, sino, resultar inocua y, muy seguramente, procompetitiva.

Por otra parte, la doctrina mayoritaria ha tendido a dar una mirada más neutral a las restricciones verticales, en el entendido de que si bien las mismas constituyen una fuente de eficiencia que puede incrementar los grados de competencia en los mercados, en determinadas ocasiones, resultan aptas para lesionar la misma mediante riesgos de carácter exclusorio y/o explotativo.

Marco de análisis

Sea bajo la mirada asociada a la Escuela de Chicago o a aquella más tradicional, el análisis de las restricciones verticales se realizará siempre bajo la lógica de la regla de la razón.

En términos generales, dicho análisis se estructura en tres partes, siendo la primera de ella referente a la participación de mercado de las partes del acuerdo, luego, se analizan los efectos anticompetitivos del mismo; y, por último, las eficiencias asociadas a la restricción, las que deben ser suficientes para contrarrestar los efectos anticompetitivos detectados.

La primera etapa de análisis consiste, básicamente, en descartar que algunas conductas puedan tener efectos anticompetitivos basados en el tamaño de las empresas que adoptan dichas restricciones. Así, se han consagrado puertos seguros (*safe harbours*), de modo que si un determinado proveedor o comprador no supera el porcentaje de mercado establecido, entonces la cláusula establecida no puede ser ilícita, ya que no resulta apta para distorsionar la competencia en el mercado.

De este modo, por ejemplo, en la Unión Europea quedan excluidos del ámbito de aplicación del artículo 101 TFUE (acuerdos anticompetitivos) los acuerdos verticales suscritos por empresas cuya

1 Pudiendo también conceptualizarse como la eliminación del *hold-up problem* y el *free-riding* (FNE, 2014, p.19).

2 “Las Directrices relativas a las restricciones verticales” (Texto pertinente a efectos del EEE) (2010/C 130/01), señalan: “La evaluación de si un acuerdo vertical tiene el efecto de restringir la competencia se hará comparando la situación actual o la futura situación probable en el mercado de referencia con restricciones verticales, con la situación que prevalecería a falta de restricciones verticales en el acuerdo. En la evaluación de casos individuales, la Comisión tendrá en cuenta, según el caso, tanto efectos reales como probables. Para que los acuerdos verticales se consideren restrictivos de la competencia, por efecto, deben afectar a la competencia efectiva o potencial de manera tal que sea de esperar que en el mercado de referencia tengan efectos negativos sobre los precios, la producción, la innovación o la variedad o calidad de los bienes y servicios”.

cuota de mercado no exceda del 15%, lo que se conoce como la regla de *minimis*.

Adicional a ello, en el caso particular, existen las exenciones de categoría o *block exemptions*, en virtud de las cuales se aplica una presunción de legalidad respecto de los acuerdos verticales en función de la cuota de mercado del proveedor o el comprador. En consecuencia, se presume que el acuerdo es lícito en medida que ninguna de las partes de la relación vertical tenga participaciones que excedan el 30% de los mercados involucrados. En este punto, es importante aclarar que los mercados involucrados serán aquellos en los que se venden los bienes, por un lado, y aquellos en los que se compran, por el otro³.

En una segunda etapa, se analizan los efectos anti-competitivos actuales o potenciales de la conducta, con especial énfasis en los efectos exclusorios que la misma puede provocar. La carga de la prueba respecto de cómo la restricción vertical afecta la competencia recaerá siempre en el demandante y la dificultad asociada a determinar dicho impacto implica un obstáculo difícil de superar por este último.

Finalmente, en la tercera etapa, se analizan las eficiencias propias de la conducta invocadas por el demandante y la proporcionalidad de dicha justificación, entendiéndose por esta que dichas eficiencias no puedan ser alcanzadas por medios menos restrictivos de la competencia.

En síntesis, acreditada la dominancia o poder de mercado, el análisis del sentenciador consistirá en la realización de una ponderación entre efectos anti-competitivos y eficiencias para determinar si, en definitiva, la conducta será capaz de afectar la competencia en el mercado afectado.

El advenimiento del movimiento Neo-Brandesiano

Durante el año 2017, de la mano de autores tales como Lina Khan (2017), actual Comisionada de la Federal Trade Commission y Tim Wu (2018), irrumpió con fuerza en la academia y en la opinión

pública una corriente de pensamiento denominada como movimiento neo-Brandesiano, que vino a revivir el debate sobre finalidad de la libre competencia, desafiando el consenso imperante sobre el bienestar del consumidor y la eficiencia económica como estándar de análisis de las conductas anti-competitivas.

Dicho movimiento propugna un rol mucho más activo para la libre competencia que el de servir de vigilante de la eficiencia y del bienestar del consumidor. Para sus representantes, la libre competencia también tiene un rol político que jugar, referido a la democratización de los mercados, y en ese sentido el énfasis debe estar mucho más puesto en el proceso competitivo que en sus resultados.

Con todo, debe advertirse que esta visión de la libre competencia en ningún caso constituye una creación reciente. En efecto, buena parte de sus premisas ideológicas han sobrevivido en el ADN analítico de muchas cortes generalistas durante toda la época de supuesto consenso en torno al bienestar del consumidor como fundamento de la libre competencia.

Así, por ejemplo, la Excma. Corte Suprema Chilena ha señalado reiteradamente en fallos recientes que la finalidad de la legislación antimonopolios “no es sólo la de resguardar el interés de los consumidores sino más bien la de salvaguardar la libertad de todos los agentes de la actividad económica”⁴. Lo señalado, ha sido sintetizado en varias ocasiones mediante la siguiente cita al jurista español Joaquín Garrigues: “Libre competencia, en sentido jurídico, significa igualdad jurídica de los competidores” (1964, p.12).

El objeto, entonces, de este artículo es anticipar cómo esta renovada mirada de la libre competencia podría afectar el tratamiento que se otorga en esta sede a las restricciones verticales. Nuestra tesis es que si esta visión de la normativa sigue ganando terreno, ello tendrá un impacto significativo en un segmento particular de restricciones verticales, a saber, los contratos que hacen referencia a rivales (“CRR”).

3 Si bien en Chile no existe estrictamente el concepto, en su Guía para el análisis de restricciones verticales (la “Guía”) se reconoce que una restricción vertical será lícita cuando la participación de mercado del vendedor en el mercado de productos o servicios abarcados en el contrato son vendidos y la participación de mercado del comprador en el mercado donde dichos bienes y servicios son comprados es de 35% o menos, respectivamente. Se establece que una vez que ambas condiciones se cumplen, la autoridad de competencia nacional no abrirá una investigación o cerrará la investigación ya iniciada. Sin embargo, la misma Guía reconoce que este análisis de aparente legalidad puede verse distorsionado por diversos factores, sin perjuicio que será la autoridad, de manera explícita, la que señale cuándo y por qué tal presunción no es aplicable (FNE, 2014, pp. 7-8).

4 Corte Suprema, Consulta de Farmacias Cruz Verde S.A. sobre merchant discount de Transbank S.A., rol 24828-2018, sentencia de 27 diciembre 2019, c 2°.



II. Contratos que hacen referencia a rivales

Los CRR son por esencia restricciones verticales que, explícita o implícitamente, afectan a un tercero ajeno a la relación contractual de las partes, el cual normalmente es un competidor del proveedor, distribuidor, o cliente afectado por dicha restricción.

Dicha modalidad contractual ha llamado particularmente la atención en mercados digitales y de plataformas, donde este tipo de cláusulas parece haber encontrado su apogeo, principalmente en tanto muchas de ellas pretenden asegurar una masa crítica de un lado de la plataforma y así resultar atractivos para los usuarios del otro lado de la misma.

Los CRR se caracterizan por no solo limitar la autonomía contractual de una de las partes del acuerdo, sino también por extender dicha limitación a terceros ajenos a dicha relación: específicamente, a rivales de una de las partes.

Una forma eficaz de evaluar si un contrato determinado constituye un CRR es preguntarse si los términos de la transacción entre el comprador y el vendedor dependen de la información de otra relación comprador-vendedor que involucre al menos a una de las mismas partes (Morton, 2013). De esta forma, “si la determinación del precio o de otros términos del contrato dependen, al menos en cierta medida, de la observación del precio u otros términos contractuales de una relación entre una de las partes y un competidor de la otra, el acuerdo es un CRR” (Ybar, 2022, p.20). Por ello, estos contratos resultan especialmente interesantes desde el punto de vista de la libertad contractual de estos terceros que no han sido parte de la convención que los limita.

Esta afectación a terceros ajenos al contrato puede ser, como señalamos, explícita o implícita y puede versar sobre diversas variables competitivas. Den-

tro de este tipo de acuerdos, podemos mencionar las cláusulas de nación más favorecida (“MFN”), las exclusividades, el *anti-steering*, y las cláusulas de igualación de precios o *price-matching*. Sin embargo, existen tantas posibles figuras como amplia es la creatividad de los hombres y mujeres de negocios.

III. Principales ejemplos de CRR

1. MFN

Son un tipo especial de cláusulas que confirmarían “posiblemente el ejemplo más paradigmático de los CRR. En estas, el comprador exige que el vendedor le otorgue el mejor precio y condiciones de mercado. De esta manera, si el vendedor quiere realizar un descuento a un tercero, debe hacerlo inmediatamente extensivo al beneficiario de la cláusula” (Ybar, 2022, p.21). Por ello, también son conocidas como cláusulas de paridad.⁵

En principio, se puede sostener que la libertad comercial del vendedor que suscribe la cláusula no queda limitada, pues puede seguir ofreciendo precios más favorables a otros compradores; sin embargo, ello solo será posible en tanto dichos mejores precios sean extendidos también al beneficiario de la MFN (Vandenborre y Frese, 2014, p. 588). De lo que no existe duda es de la afectación a los costos de terceros, pues nunca podrán obtener mejores condiciones que aquellas obtenidas por quien pactó la MFN.

El análisis de este tipo de cláusulas tiende a realizarse caso a caso y depende en gran medida de la posición de mercado que tengan las partes involucradas. A primera vista, estas cláusulas pueden tener fines procompetitivos en tanto buscan obtener los mejores precios del mercado: pueden permitir la entrada de nuevos productos en el mismo y mejorar la competencia evitando el oportunismo cuando una de las partes de la relación realiza inversiones específicas para crear un nuevo producto o mejorar un producto existente; pueden utilizarse para disuadir el *free-riding* y el problema de *hold-up*⁶; permiten a

5 Resulta relevante, en este punto, recoger una de las diferencias realizadas por las autoridades de competencia al momento de analizar estas cláusulas. Así, se ha distinguido cuando las mismas tienen un alcance extendido (“MFN amplias”) de cuando las mismas son limitadas (“MFN estrechas”). Las cláusulas son amplias, precisamente, cuando hacen referencia a terceros fuera de la relación contractual, mientras que serán estrechas cuando se circunscriben a las partes del acuerdo; por ejemplo, si prohibieran que el producto se vendiese a un menor precio en la página web del vendedor. Así, solo las MFN amplias pueden ser calificadas como CRR, toda vez que las MFN estrechas implican un acuerdo vertical que no afecta la política comercial de un tercero ajeno a quienes la suscriben.

6 Así, una cláusula MFN puede proporcionar a su beneficiario cierta certidumbre en cuanto a sus posibilidades de recuperar sus costos hundidos, en tanto le asegura que siempre obtendrá los mejores precios del mercado. La ausencia de tal cláusula podría provocar que el comprador no tenga incentivos para realizar inversiones específicas con tal vendedor, en tanto otros se aprovecharían de la misma sin resultar este beneficiado. Ello implicaría, como resultado, que no se invirtiera en nuevos e innovadores productos de mayor calidad y menor precio.

los compradores obtener las mejores ofertas posibles; pueden proporcionar “equidad” al garantizar que si el precio del producto se reduce en el futuro, el comprador con la cláusula contractual también se beneficiará de ello; y evitan la percepción de injusticia que los diferentes precios podrían provocar (Akman, 2016, p.9).

Sin embargo, este tipo de cláusulas puede ser especialmente riesgosa cuando el mercado en que se establece la MFN no tiene suficiente presión competitiva. En estos casos, los riesgos son muy similares a los de la fijación de precios de reventa (RPM por sus siglas en inglés): pueden limitar la competencia intramarcaria, operar como facilitador de colusión, disminuir el grado de intensidad competitiva del mercado —disuadiendo la concesión de descuentos por parte del agente obligado por la cláusula— y operar como barrera a la entrada cuando es establecida en beneficio de un agente con poder de mercado⁷.

Así, por ejemplo, en mercados en que los precios constituyen la variable competitiva más relevante y las partes de la MFN representan un alto porcentaje del mercado al disuadir la concesión de descuentos, la cláusula en cuestión resultará en un incremento en el nivel general de precios, erigiéndose, asimismo, como una barrera de entrada para nuevos actores y de expansión para los existentes⁸.

Los efectos anticompetitivos asociados a este tipo de cláusulas se ven reforzados cuando operan bajo la denominada modalidad reforzada (“MFN Plus”)⁹. Ello ocurrirá cuando la cláusula establece, por ejemplo, que el precio conferido debe ser siempre inferior en un X% al menor precio ofrecido a otro contratante o, lo que es lo mismo, que todo tercero debe acceder al producto un X% más caro que el beneficiario de la cláusula.

Las autoridades de competencia han estado especialmente sumergidas en el análisis de este tipo de cláusulas en el mercado de hotelería online (Booking), en el conocido caso de los *e-books* y entre otros casos normalmente relacionados a sitios de comparación de precios o *marketplaces*.

Así, por ejemplo, distintas agencias europeas investigaron a Booking por la suscripción de cláusulas de paridad con los hoteles que impedían a estos vender sus productos a través de otras plataformas a un precio menor del ofrecido en la página de la empresa. Así, cualquier plataforma rival que estuviese dispuesta a cobrar una menor comisión a los hoteles por sus servicios no estaba autorizada para trasladar dicha menor comisión a menores precios de venta al público. La cláusula de facto, de acuerdo con los acusadores, impedía la competencia en precios y traspasaba el costo de la comisión cobrado por Booking como *benchmark* a la industria a pesar de la existencia de competidores con una menor estructura de cobros. De esta manera, la cláusula se erigía como barrera de entrada para los rivales de Booking, al mismo tiempo que impedía que los consumidores se beneficiaran de modelos alternativos de negocios¹⁰.

2. Exclusividad y Descuentos Condicionales

Si se revisan con atención, resulta fácil apreciar por qué los contratos de exclusividad y el otorgamiento de cierta modalidad de descuentos por premio pertenecen a la categoría de los CRRs¹¹: el cumplimiento de una cláusula de exclusividad dependerá de que existan o no ventas en un rival de una de las partes del acuerdo. Por su parte, un descuento asociado, por ejemplo, a la obtención de participaciones de mercado en las compras efectuadas por un comprador que repliquen las participaciones

7 Lo anterior, por cuanto tendrían la aptitud de aumentar los costos de entrada de terceros, por la vía de impedirles obtener las condiciones necesarias para ingresar o competir en el mercado, puesto que el actor dominante siempre ofrecería al menos las mismas condiciones (o mejores) que las propuestas por el entrante.

8 Ello sin perjuicio de la existencia de cláusulas MFN “sin dientes” que o no pueden ser exigibles o no cambian la realidad del mercado. Por ejemplo, señala Vandendorre, estas cláusulas pueden simplemente formalizar una práctica común en toda industria de solicitar un descuento al enterarse de la existencia de precios más bajos, especialmente en aquellas industrias en que dicha información es pública (Vandendorre y Frese, 2014).

9 En doctrina, también se ha señalado que algunas cláusulas de MFN pueden tener efectos “Plus” cuando aseguran la posición de dominancia de quien las establece (Evans, 2020).

10 En mercados digitales, se ha señalado que este tipo de cláusulas podría disuadir la entrada sin importar qué tanto baje la comisión: el intermediario de menor tamaño no podría obtener menores precios para capturar nuevos consumidores del otro lado de la plataforma. En específico, Davis S. Evans señala que “el establecimiento de una cláusula MFN por el intermediario dominante, sin embargo, podría prevenir que otros intermediarios de menor tamaño hagan ofertas a los vendedores o prevenir directamente al vendedor de tomarlas. Las MFN-Plus podrían disuadir al intermediario pequeño de realizar ofertas, con lo que terminaría reduciendo su comisión sin conseguir mayores ventas y, así, no aseguraría una ventaja competitiva” (Evans, 2020).

11 Estos acuerdos han sido por lejos las categorías de abuso de posición dominante que más *enforcement* han generado en Chile. Véase: TDLC. (2005). Denuncia de Philip Morris en contra de Chiletobacos. C-11-04. Sentencia N°26/2005 (*Caso Tabacos*). TDLC. (2009). Requerimiento de la FNE contra la Cía. Chilena de Fósforos S.A. C-165-2008. Sentencia N°90/2009; al que se acumuló el expediente Demanda de Comercial Canadá Chemicals S.A. contra Compañía Chilena de Fósforos S.A. C-174-2008. (*Caso*



de mercado de la empresa dominante es un claro arbitrio para establecer la exclusividad por otra vía (Ybar, 2022), a la vez que delimita el marco de acción que dicha compañía, fuera del acuerdo, puede tener en el mercado.

En general, los acuerdos de exclusividad y descuentos por premio son considerados como una práctica común y lícita; sin embargo, en algunos casos, puede generar efectos excluyentes, limitando o restringiendo la entrada o expansión de competidores (FNE, 2014). Adicionalmente, tal como otros CRR, pueden relajar la competencia y, por ende, facilitar la colusión (del mercado aguas arriba) y afectar la elección de productos por parte del consumidor (Lema, 2022). A dicho respecto, resulta lógico que, mientras mayor sea el porcentaje de mercado afectado por este tipo de conducta, mayor sea su potencial anticompetitivo.

Un efecto muy similar tienen los descuentos por metas de compra establecidos por empresas dominantes, especialmente cuando ellos acarrean, en los hechos, resultados análogos a la exclusividad. Los mismos elevan el costo de oportunidad de sus clientes de adquirir la porción disputable de la demanda desde empresas rivales, operando respecto de estos últimos como una barrera a su entrada o expansión¹². Lo anterior, en ausencia de eficiencias acreditables, podría considerarse como una práctica anticompetitiva.

Este tipo de cláusulas también ha sido analizado en el contexto de mercado de plataformas digitales.

En particular, se ha señalado que existirían algunas eficiencias asociadas a las mismas, en tanto ayudarían a enfrentar el problema del *free-riding* y el *hold-up problem*, y reducirían los costos de transacción (OSCE, 2016). Asimismo, se destaca que las exclusividades pueden contribuir en asegurar y mantener la masa crítica, y consecuentemente proveer de valor a la plataforma de cara a sus participantes, en tanto: “obtener que participantes clave de un lado de la plataforma acepten una exclusividad, podría ayudar a persuadir a participantes del otro lado a usar la misma” (Evans, 2020).

La OCDE ha reconocido que en mercados digitales puede darse competencia por cada consumidor y, por ende, por el mercado: en palabras simples, una “competencia por exclusividad” (OSCE, 2020). Ello evidentemente significaría competir por una posición dominante; sin embargo, la misma debería ser temporal en tanto subsista competencia en el mercado. Resulta lógico que cuando ellas no son utilizadas por actores dominantes, entonces pueden, en efecto, tener fines procompetitivos¹³.

Ahora bien, cuando las estrategias de exclusividad se utilizan para negar a los rivales potenciales la capacidad de disputar la posición de una empresa dominante, impidiéndoles generar la masa crítica para generar efectos de red, este tipo de competencia puede verse socavada (OSCE, 2020) y, por ende, tener efectos anticompetitivos¹⁴. Un ejemplo de lo anterior, a través de la utilización de medios más sofisticados como son los algoritmos, sucedió en el caso de “la batalla entre el perro y el gato” en China¹⁵.

Fósforos). TDLC. (2011). Requerimiento de la FNE contra Embotelladora Andina y Coca Cola Embonor. C-221-2011. Resolución de Término N°92/2011, al que se encontraban acumulados los expedientes Demanda de Embotelladora Latinoamericana S.A. contra Embotelladora Andina S.A. y Coca Cola Embonor S.A. C-222-2011; Demanda de Industrial y Comercial Lampa S.A. contra Embotelladora Andina S.A. y Coca Cola Embonor S.A., C-226-2011; y Demanda de Embotelladora Castel Ltda. contra Embotelladora Andina S.A. C-227-2011. TDLC. (2014). Requerimiento de la FNE contra Unilever Chile S.A. C-249-2013. Resolución de Término N°119/2014, al que se encontraban acumulados los expedientes Demanda de Comercial Canadá Chemicals S.A. contra Unilever Chile S.A. C-251-2013; Demanda de Industrias Cleaner Chile S.A. contra Unilever Chile S.A., C-252-2013; Demanda ICPC S.A. contra Unilever Chile S.A., C-253-2013; Demanda de ECOTEC S.A. contra Unilever Chile S.A., C-254-2013; Demanda de Miguel Maritano Industria de Jabones S.A. contra Unilever Chile S.A., C-255-2013; Demanda de Industria Química Brillex S.A. contra Unilever Chile S.A., C-257-2013; Demanda de Comercial Aportas S.A. contra Unilever Chile S.A., C-259-2013; y Demanda de Produd S.A. en contra de Unilever Chile S.A., C-264-2013. Ybar, M. (2022). “Hoja de ruta para la competencia en Chile: Una propuesta”, Centro de Competencia. https://centrocompetencia.com/wp-content/uploads/2022/03/Ybar-Mario-Hoja-de-ruta-para-la-libre-competencia-en-Chile_2022.pdf

12 También reconocido como “Rising rivals costs”.

13 Por ejemplo, los acuerdos de exclusividad pueden ser una estrategia efectiva para un entrante con el fin de obtener una masa crítica suficiente a un lado del mercado a modo de incentivar al otro lado del mercado a utilizar la plataforma (cross-platform network effects). Véase: OCDE. (2020).

14 En este sentido, es claro el caso de Qualcomm, en el que imponía descuentos retroactivos a Apple por no utilizar chips de sus competidores en sus teléfonos. Dentro de la evidencia analizada en dicho caso, se encontró la evaluación de Apple sobre conseguir nuevos proveedores de chip, la cual fue desechada finalmente basándose en la potencial pérdida del pago que debía recibir de parte de Qualcomm por alcanzar las metas pactadas. https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/40220/40220_2702_4.pdf

15 El caso en China de la “Guerra entre Gato y Perro” entre Alibaba (a través de Tmall) y JD.com representa lo anterior: la primera empresa, dominante en el mercado, adoptó una política de “Toma a uno de los dos” forzando a los usuarios de su Marketplace a optar por esta o ser eliminado. Ello no implicó la firma de un acuerdo sino, simplemente, medidas por parte de Tmall contra

3. Cláusulas *anti-steering*

Estas cláusulas se refieren a la prohibición que pesa sobre un distribuidor de direccionar o incentivar la demanda de sus consumidores hacia productos más económicos. De este modo, una provisión *anti-steering* opera en los hechos como una exclusividad debilitada, por cuanto si bien se permite la venta de productos competidores del beneficiario de la cláusula, se impide que su venta pueda ser incentivada.

Estas provisiones contractuales están comúnmente vinculadas a mercados de dos lados o plataformas y ganaron notoriedad recientemente a propósito del caso Amex, en el que el Departamento de Justicia (DoJ) no logró persuadir a la Corte Suprema Norteamericana de que el establecimiento, por parte de American Express, y la regla *anti-steering* afectaban la competencia en el mercado¹⁶.

Así, por una parte, la cláusula en cuestión indudablemente resultaba en un mayor nivel de precios en las tiendas que recibían Amex, ya que la comisión de esta —las más alta del mercado— operaba de facto como el *benchmark* de los restantes medios de pagos al prohibirse que los productos comercializados pudiesen ser vendidos con un descuento que traspasara al consumidor las menores comisiones cobradas por competidores de Amex o la ausencia de cobros en el caso del pago con efectivo.

En igual sentido, la cláusula impedía los efectos positivos de la existencia del *steering* (el direccionamiento de la demanda) en ambos lados del mercado. Así, el direccionamiento beneficia a los tarjetahabientes o consumidores, por una parte, quienes podrían elegir proveedores que los benefician conservando su libertad de elección, mientras que los proveedores pueden reducir sus precios e incrementar su calidad para capturar a estos clientes (Gudiksen et al., 2020).

Sin embargo y, por otra parte, existen razones que justifican la imposición de estas cláusulas: entre ellas, aquella exitosamente invocada por Amex,

en tanto la ausencia de tal cláusula generaría una discriminación en contra de sus tarjetahabientes. Así, de acuerdo con esta línea argumental, no parece racional obligar a un proveedor a distribuir sus productos mediante un *retailer* que privilegiará la venta de otros productos más económicos perjudicando a sus tenedores. Ello es especialmente relevante en mercados de dos lados, donde el consumidor de un lado eligió dicho producto por motivos distintos al precio —por ejemplo, los programas de fidelidad en el caso de los tarjetahabientes—, resultando discriminado por las condiciones aplicadas al otro lado del mercado.

Ahora bien, en determinados contextos existen razones para estimar que los efectos anticompetitivos de la cláusula prevalecen sobre sus posibles eficiencias. Así, por ejemplo, recientemente se han estudiado los efectos de estas cláusulas y su símil *anti-steering* en el mercado de la salud. En el mismo, se ha vuelto muy común que las aseguradoras ofrezcan incentivos para que el consumidor opte por los proveedores más baratos; por ejemplo, ofreciendo menores copagos. Por lo mismo, en Estados Unidos¹⁷, Atrium Health —proveedor dominante de la industria con más del 50% de participación en el área relevante— implementó un sistema que prohibía a los principales aseguradores ofrecer incentivos económicos para motivar o desviar pacientes a otros centros de salud¹⁸. Si bien tal caso terminó en acuerdo, existe cierto consenso de que los argumentos que finalmente permitieron a Amex eximirse de responsabilidad no resultaban aplicables en este caso dado el mayor porcentaje de mercado afectado.

4. Cláusulas de igualación de precios

Las cláusulas de *meet or release* constituyen un acuerdo entre un proveedor y un cliente mediante el cual si un competidor del proveedor ofrece al cliente un precio más bajo, asiste al proveedor el derecho de proporcionar el producto al mismo precio (o inferior) o el cliente puede liberarse de sus obligaciones de compra. Salvo casos muy excepcionales, estas cláusulas no han sido objeto de

quienes optaran por otras plataformas con el fin de disminuir su visibilidad y ventas a través del uso de algoritmos. Ver nota de prensa: <https://thecapitolforum.com/alibaba-jd-com-agree-to-settle-antitrust-suit-as-regulators-deepen-crackdown-on-internet-platforms/>

16 *Ohio v. American Express Co.* 138 S. Ct. 2274 (2018). Amex prohibía a los comercios derivar demanda hacia otras tarjetas que cobraban una comisión inferior a la suya o hacia el pago en efectivo (por ejemplo, efectuando un descuento por el monto en exceso de la comisión) como condición para recibir su tarjeta (Ybar, 2022, p.23).

17 *United States v. The Charlotte-Mecklenburg Hospital Auth.*, No. 3:16-cv-00311 (W.D.N.C. 2016).

18 Adicionalmente, se incluían cláusulas que limitaban a los aseguradores a publicar los precios e información sobre la calidad de Atrium con objeto de realizar comparaciones. El caso fue acordado y Atrium eliminó las cláusulas.



escrutinio por parte de las autoridades de libre competencia¹⁹.

Por otra parte, se denomina *price matching* la oferta que hace un *retailer* al público a fin de garantizar que en ningún otro lugar este encontrará precios más bajos que en su establecimiento. De su propio concepto podemos extrapolar que este compromiso no representa un acuerdo vertical, sino que una mera obligación unilateral al que un comercio se sujeta respecto de sus clientes.

En general, este tipo de política comercial resulta procompetitiva cuando es establecida por empresas que carecen de un poder de mercado significativo. Ello, por lo tanto, puede inclusive motivar la disminución de precios en el mercado y permitir capturar nuevos clientes. En presencia de poder de mercado, sin embargo, las garantías de precios pueden restringir la competencia, ya sea eliminando los incentivos para que las empresas rivales compitan en precios o eliminando el incentivo de los consumidores para buscar precios más bajos (Bucirossi, 2008, p. 337). Lógicamente, ello será más relevante en un mercado en que la variable competitiva sea precisamente el precio.

Finalmente, el efecto anticompetitivo será más profundo si este ofrecimiento se vincula a ciertas obligaciones contraídas por el proveedor de dicho *retailer* cuando el producto de este es comercializado a un menor precio en un comercio competidor (por ejemplo, obligación del proveedor de resarcir al comercio por la diferencia en precios observada).

En estos casos, el compromiso de precios bajos deja de ser una cláusula pura de igualación unilateral de precios y debe ser tratada de un modo análogo a una fijación de precios de reventa efectuada por el comprador, lo que evidentemente constituye un CRR, en tanto limita la autonomía de los competidores del comprador para determinar libremente sus precios de venta al público (ya que el proveedor velará porque el precio mínimo fijado por el *retailer* se respete a objeto de no incurrir en obligaciones de resarcimiento para con este).

5. Otras modalidades de CRRs

Evidentemente, pueden existir otras cláusulas que afecten a terceros, en mayor o menor medida. Acabamos de mencionar, por ejemplo, la fijación de precios de reventa establecida por el comprador, que obliga al proveedor a verificar que el precio mínimo a público fijado sea respetado por todos sus clientes.

Otro ejemplo lo constituyen los contratos que solicitan información de competidores, como el perseguido por Bundeskartellamt en contra de Lufthansa. En este caso, la autoridad alemana de competencia acusó a la aerolínea de condicionar la entrega de descuentos a sus clientes corporativos a la entrega, por parte de estos, de información acerca de los vuelos contratados con otras compañías aéreas y de la estructura de descuentos que le fueron ofrecidas en dichas compras (Bundeskartellamt, 2012).

Aunque condicionar la entrega de beneficios a la obtención de información de empresas competidoras no parece un mecanismo contractual muy extendido —lo que se refleja en la ausencia de casos a nivel mundial sobre la materia—, los riesgos a la competencia aparejados a este tipo de cláusulas parecen bastante intuitivos, pues pueden operar como vehículos para hacerse de información estratégica, resultantes en riesgo de exclusión y/o de coordinación.

IV. Los CRRs bajo una mirada de la libre competencia centrada en el proceso competitivo y no en el bienestar del consumidor

Hemos revisado en este documento la forma en que las restricciones verticales, en general, son objeto de análisis bajo una mirada de la libre competencia centrada en el bienestar del consumidor y, como dicho análisis tiende a modificarse, en beneficio de las partes del acuerdo, si este es analizado bajo el marco teórico más conservador propuesto por la aún influyente Escuela de Chicago.

19 A este respecto, resulta interesante la sentencia de la Corte Suprema chilena en el conocido caso “Transbank”. Transbank es un *joint venture* de apoyo al giro bancario creado por los principales bancos del país cuyo sistema tarifario (en el que se regulan los cobros de sus servicios, tanto para los comercios que reciben pagos con tarjetas, como para los procesadores de servicios de pago o PSP que prestan servicios de procesamiento adquirente) ha sido sometido al escrutinio de las autoridades de libre competencia en más de una ocasión. En el último episodio de la seguidilla de casos Transbank, este último consultó al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia sobre la conformidad de su sistema de pago a la libre competencia, ante lo cual, la Corte Suprema, en última instancia, rechazó la consulta en sentencia dictada el 8 de agosto de 2022 que revocó la Resolución N°67/2021 del TDLC. Entre otras, una de las aristas relevantes fue precisamente la prohibición del establecimiento de cláusulas de igualación de precios por ser consideradas como una barrera a la entrada dada la posición dominante de la que goza Transbank en el mercado y la integración vertical de la misma con las entidades bancarias. Cabe hacer presente que la Corte no señaló que este tipo de cláusulas fuera “per se” ilícita, sino que “en la particular estructura de este mercado, tiende a producir dichos efectos y, por tanto, no puede admitirse” (C. 20°) (Centro de Competencia, 2022).

Sin embargo, nos ha parecido pertinente profundizar en el conocimiento de ese subconjunto de restricciones verticales susceptibles de ser consideradas CRRs, indagando en sus argumentos a favor y en contra, en el entendido de que para aquellos que profesan una visión de la competencia anclada en la libertad económica, los CRRs celebrados por empresas revestidas de poder de mercado debiesen convertirse en una prioridad, ya que, por su propia naturaleza, dichas cláusulas están llamadas a restringir la libertad económica de quienes no forman parte del acuerdo vertical, afectándose su derecho de competir por el mercado en igualdad de condiciones.

Así, juzgadas estas cláusulas por quienes profesan una mirada a la libre competencia menos centrada en el bienestar del consumidor y más enfocada en el proceso competitivo, nos parece probable que el marco analítico aquí expuesto sufra modificaciones en términos de alterar la carga probatoria de las partes.

De este modo, una mirada a la libre competencia como aquella profesada por la Corte Suprema chilena debiese descargar al tercero ajeno al CRR de acreditar el daño que dicha cláusula le infiere. Más que mal, la interferencia en su libertad económica no es otra cosa que una afectación de la “igualdad jurídica de los consumidores”.

Como contrapartida, la única forma que tendrían las partes del acuerdo para no incurrir en responsabilidad desde el punto de vista de libre competencia es demostrando la existencia de una legítima razón de negocio principalmente dada por eficiencias atingentes y demostrables, cuyo beneficio exceda la restricción competitiva consustancial a dicho tipo de cláusulas.

V. Conclusiones

No sabemos qué nos depara el futuro: desconocemos si el movimiento neobrandesiano expandirá su influencia ante las autoridades de competencia y cortes de justicia del mundo, ni podemos predecir si el bienestar del consumidor y la eficiencia económica seguirán siendo el eje de la política de competencia, o si dicha visión utilitaria cederá terreno a una mirada más centrada en la importancia del proceso competitivo como aquella favorecida por la Corte Suprema chilena.

Lo que sí sabemos es que cuando los vientos de cambio toman fuerza, lo hacen a gran velocidad. Por lo mismo, parece conveniente que las empresas

con poder de mercado que hoy mantienen contratos verticales que incorporan cláusulas que hacen referencia a terceros tomen la precaución de evaluar los fundamentos, el impacto y la proporcionalidad de dichas cláusulas previendo un escenario en el que las mismas se presuman anticompetitivas y corresponda a ellas aportar evidencia apta para revertir dicha presunción.

Referencias bibliográficas

- Akman, P. (2016). A competition law assessment of platform most-favored-customer clauses. *Journal of Competition Law & Economics*, 12(4), 781-833.
- Bucirossi, P. (2008). *Handbook of Antitrust Economics*. MIT Press.
- Bundeskartellamt. (2012). *Lufthansa Changes Anti - competitive Clauses in Corporate Client Programme*. Recuperado de http://www.bundeskartellamt.de/wEnglisch/News/press/2012_12_20.php.
- Centro de Competencia. (1 de septiembre de 2022). La saga del nuevo Sistema tarifario de Transbank en cuatro episodios (y un final abierto). Recuperado de <https://centrocompetencia.com/el-nuevo-sistema-tarifario-de-transbank-en-cuatro-episodios/>
- Evans, D. (2020). Vertical Restraints in a Digital World. *The Evolution of Antitrust in the Digital Era: Essays on Competition Policy*, 1.
- FNE. (2014). *Guía para el análisis de restricciones verticales*. Recuperado de <https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2017/10/Gu%C3%ADa-Restricciones-Verticales.pdf>
- Garrigues, J. (1964). *La defensa de la competencia mercantil*. Madrid: Sociedad de Estudios y Publicaciones.
- Gudiksen, K. L., Montague, A. D., King, J. S., Gu, A. Y., Fulton, B., & Greaney, T. L. (2020). *Preventing anticompetitive contracting practices in healthcare markets*. The source on Healthcare Price & Competition. Recuperado de <https://2zele1bn0sl2i91io41niae1-wpengine.netdna-ssl.com/wp-content/uploads/2020/09/Preventing-Anticompetitive-Contracting-Practices-in-Healthcare-Markets-FINAL.pdf>



- Khan, L. (2017). *Amazon's antitrust paradox*. Yale Law Journal, 126(3), 712-802.
- Lema, C. (2022). *Libre Competencia Y Acuerdos De Exclusividad - Análisis De La Competitividad De Una Conducta*. S/I: Editorial Hammurabi.
- Morton, F. M. (2013). Contracts that Reference Rivals: *Antitrust*, 27(3), 72-79. Recuperado de <https://media.crai.com/wp-content/uploads/2020/09/16164621/Contracts-that-reference-rivals.pdf>
- OCDE. (2013). *Policy Roundtables: Vertical restraints for on-line sales*. Recuperado de <https://www.oecd.org/competition/VerticalRestraintsForOnlineSales2013.pdf>
- OCDE. (2016). *Fidelity Rebates - Background note by the Secretariat*. Recuperado de [http://www.OECD.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP\(2016\)5&docLanguage=En](http://www.OECD.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP(2016)5&docLanguage=En)
- OCDE (2020). *Abuse of dominance in Digital Markets*. Recuperado de <https://www.OECD.org/daf/competition/abuse-of-dominance-in-digital-markets-2020.pdf>
- Rey, P. (2012). Vertical restraints—an economic perspective. *draft report for the Fiscalía Nacional Económica, Chile*.
- Vandenborre, I., & Frese, M. J. (2014). Most favoured nation clauses revisited. *European competition law review*, 12, pp. 588-593.
- Wu, T. (2018). *The Curse of Bigness: Antitrust in the New Gilded Age*. Nueva York: Columbia Global Reports.
- Ybar, M. (2022). *Hoja de ruta para la competencia en Chile: Una propuesta*. Centro de Competencia. Recuperado por https://centrocompetencia.com/wp-content/uploads/2022/03/Ybar-Mario-Hoja-de-ruta-para-la-libre-competencia-en-Chile_2022.pdf