

CLÁUSULAS DE NACIÓN MÁS FAVORECIDA (MOST FAVORED NATION CLAUSES): ¿LIMITAN LA LIBRE COMPETENCIA O SON PRO COMPETITIVAS?

Recientemente, el Departamento de Justicia de Estados Unidos (“DOJ”) ha comenzado a revisar una serie de contratos que denomina “contracts that reference rivals”. Una clase de este tipo de contratos serían precisamente los contratos que contienen las cláusulas de nación más favorecida (“Cláusulas de MFN”).

Las Cláusulas de MFN requieren que una de las partes contratantes garantice a la otra que está recibiendo o recibirá los mismos términos comerciales o mejores que cualquier arreglo hecho con sus competidores.

La creciente preocupación del DOJ no ha estado exenta de críticas, puesto que existen argumentos plausibles para defender la validez de dichas cláusulas.

En contra de las Cláusulas de MFN se argumenta que pueden, en determinadas circunstancias, representar restricciones o limitaciones a la libre competencia. Esto es debido a que pueden (cuando son utilizadas por un actor dominante), aumentar los costos de otros compradores o excluir a los posibles competidores de acceder al mercado. Además, las Cláusulas de MFN pueden facilitar la colusión y contribuir a estabilizar en forma coordinada los precios.

En cuanto a la colusión, se argumenta que las Cláusulas de MFN pueden facilitar la coordinación entre los competidores, reduciendo tanto el incentivo para un vendedor de ofrecer un descuento en el precio a otro comprador y el incentivo para que otros compradores negocien agresivamente con el vendedor para obtener un precio más bajo.

En cuanto a la exclusión de competidores se argumenta que las Cláusulas de MFN aumentarían los costos de entrada a nuevos competidores a un nivel que impediría la posibilidad de obtener las condiciones necesarias para entrar en el mercado o competir en el

Esta alerta legal es proporcionada por Carey y Cía. Ltda. con fines educativos e informativos únicamente y no pretende ni debe interpretarse como asesoría legal.

Carey y Cía. Ltda.
Isidora Goyenechea 2800, Piso 43.
Las Condes, Santiago, Chile.
www.carey.cl

mercado, puesto que el actor dominante siempre ofrecería al menos las mismas condiciones o mejores que las propuestas por el entrante.

Sin embargo, el potencial efecto anticompetitivo de las Cláusulas de MFN es discutible, puesto que se argumenta que estas cláusulas tendrían efectos pro competitivos, como por ejemplo, minimizar el riesgo del comprador en un contrato de largo plazo, de verse perjudicado por fluctuaciones (bajas) en el precio, a las que sin este tipo de cláusulas no podría acceder. En este contexto las Cláusulas de MFN otorgarían una cierta flexibilidad al contrato lo que iría en directo beneficio del comprador.

Recientemente el DOJ y el Estado de Michigan demandaron a Blue Cross Blue Schield por el uso de Cláusulas de MFN en los seguros de salud:

“El uso de MFNs por parte de Blue Cross ha reducido la competencia en la venta de seguros de salud en los mercados a lo largo de Michigan, inhibiendo a los hospitales de negociar contratos competitivos con competidores de Blue Cross. Los MFNs han perjudicado a la competencia de dos maneras: (1) reduciendo la capacidad de otras compañías de seguros de salud de competir con Blue Cross, o excluyendo a competidores de Blue Cross en algunos mercados, y (2) aumentando los precios pagados por competidores de Blue Cross y por empleadores auto asegurados. Mediante la reducción de la competencia de esta manera, los MFNs probablemente están aumentando los precios de los seguros de salud en Michigan”.

Sin embargo, el juicio terminó con un acuerdo de las partes ya que hubo un cambio en la legislación que prohibió la utilización de este tipo de Cláusulas de MFN en los seguros de salud a partir del 1 de enero de 2014.

Como se puede apreciar, este tema aún está en evolución y las autoridades de competencia chilena podrían adoptar criterios similares a los del DOJ en esta materia.

Autores: Lorena Pavic