

Francisco Marcos Fernández*

CONTRATOS CON REFERENCIAS A COMPETIDORES (CRC): REFERENCIAS CONTRACTUALES A TERCEROS Y RESTRICCIONES A LA COMPETENCIA

Este artículo examina la problemática jurídica y las razones económicas que subyacen a las cláusulas contractuales con referencias a terceros, en particular, las que aluden a competidores o rivales de las partes contratantes para regular distintos aspectos de la relación contractual, principalmente el precio. La utilización de este tipo de cláusulas se ha multiplicado con el desarrollo de los mercados plataforma y el comercio digital en internet.

Contracts with References to Competitors (CRC): contractual references to third parties and restrains on competition

This article examines the legal problems and the underlying economic reasoning of contractual clauses with references to third parties; in particular, those clauses that refer to competitors or rivals of the contracting parties to regulate different aspects of the contractual relationship, mainly the price. The use of this type of clause has multiplied with the development of platform markets and digital commerce.

Palabras clave: contratos, referencias a competidores, defensa de la competencia, precio, distribución comercial.

Keywords: contracts, references to competitors, competition, antitrust, price, commercial distribution.

JEL: D86, K21, L14, L42.

1. Introducción: Contratos con Referencias a Competidores (CRC)

Ocasionalmente, los contratos pueden contener referencias a terceros ajenos a la relación contractual para regular las prestaciones y obligaciones de los

contratantes¹. Esos terceros referidos en el contrato son normalmente rivales o competidores de los contratantes. Estos términos contractuales pueden referirse a elementos esenciales o accesorios de la transacción, pero también a las condiciones de producción o comercialización de los productos/servicios que son objeto del contrato. Pueden aludir a los insumos utilizados en la producción y sus costes, al precio, calidad,

* IE Law School, Madrid.

Un borrador de este trabajo se presentó en la XVIII Jornada Internacional de Derecho de Contratos, La Habana, 23-25 de enero 2019. Se agradecen los comentarios recibidos en aquel acto y los de un revisor anónimo de este trabajo. Versión de julio de 2020.

DOI: <https://doi.org/10.32796/ice.2020.915.7081>

¹ En la literatura jurídico-económica norteamericana se alude a «contratos que se refieren a rivales» (*contracts that reference to rivals* o CRR), por todos, véase Scott-Morton (2013, pp. 72-79).

cantidad de los productos/servicios comercializados o a otras condiciones relevantes de su provisión/adquisición. En todo caso, apelan a datos o *información externa* al contrato, a la que habrá que acudir para determinar el contenido de las prestaciones contractuales u obligaciones de las partes².

La inclusión de estos términos en el contrato suele ser voluntaria y fruto del mutuo acuerdo de las partes contratantes, y busca incluir ciertas pautas que salvaguarden sus intereses, ante la incertidumbre de relaciones contractuales de larga duración porque la realidad y las circunstancias en que se ha de cumplir el contrato pueden variar a lo largo del tiempo (*v. gr.*, avances tecnológicos y otros cambios de mercado que puedan afectar a la oferta/demanda de los productos o servicios contratados). Adicionalmente, su empleo por las plataformas de comercio electrónico, mercados de dos lados (*two-sided markets*) en los que se realizan las transacciones, los CRC responden a la imposición de este término por la plataforma para proteger su negocio del eventual oportunismo del vendedor. En estos casos, para la mayoría de los vendedores (sobre todo las pymes) se trata de cláusulas de adhesión, que son una manifestación del mayor poder de negociación de las plataformas.

Por lo general, esos términos suelen ser eficientes, porque incrementan el bienestar de los contratantes. Sin embargo, su impacto en el bienestar social puede variar, dependiendo de los efectos externos que puedan derivarse de los CRC principalmente por la posición en el mercado de las empresas contratantes; la oferta y demanda de los bienes/servicios en el mercado objeto del contrato pueden verse negativamente afectados a causa del contrato.

Este artículo examina la lógica económica de este tipo de cláusulas contractuales (apartado 2), fijándose en particular en las relativas a la determinación del precio

del contrato (apartado 3). Se presta especial atención a las cláusulas de la parte más favorecida (CPMF), cuya utilización ha aumentado exponencialmente en los mercados plataforma y en el comercio digital. A continuación, se analiza el tratamiento jurídico que estas cláusulas pueden merecer, que estará principalmente condicionado a que se consideren una restricción de la libertad de mercado (apartado 4) y se concluye en el apartado 5.

2. Economía de los CRC

La introducción en los contratos de larga duración de hitos o referencias a terceros competidores (*competitor-based contract terms*), con el propósito de determinar o precisar las obligaciones asumidos por las partes, desempeña una función económica. Este tipo de cláusulas se fijan en situaciones o comportamientos de empresas rivales (o de una asociación empresarial) para «rellenar» las obligaciones de las partes. Con ellas se busca proporcionar cierta flexibilidad a la regulación contractual frente a la incertidumbre de sucesos de frutos imprevistos. Según el contexto y el interés de las partes ello puede ser eficiente, para hacer frente a los cambios en las circunstancias del mercado.

En efecto, dada la larga duración de algunas relaciones contractuales, estos términos reducen los costes de transacción en los que las partes incurrirían si tuvieran que negociar cada poco tiempo las condiciones a que en esas cláusulas se hacen referencia. Mediante el empleo de CRC se realiza una determinada distribución de riesgo entre las partes del contrato, respecto de las magnitudes que se anudan a la situación de competidores, pero —a cambio— se garantizan las prestaciones de las partes. Se asegura de este modo la continuidad en los términos pactados y se favorece la realización de inversiones específicas requeridas por el contrato. Suponen un reparto del riesgo relativo a las magnitudes pactadas de forma variable entre los contratantes, frente a las variaciones en las circunstancias referidas que harán cambiar los términos de la relación contractual si aquellas cambian

² Scott-Morton (2013, p. 72): «*This outside information comes from other transactions to which those same firms are (or potentially be) party. Those references may be either explicit or implicit, and they can involve a host of factors, including price terms, non-price terms, terms pertaining to the buyers' rivals, or terms pertaining to the seller's rivals.*».

a lo largo de la duración del contrato, lo que también resulta de su mutuo interés. Con la fijación *ex ante* de un término de referencia, tanto desde la perspectiva del vendedor como del comprador estos términos reducen su oportunismo estratégico *ex post*³.

Igualmente, en el caso de las plataformas de comercio electrónico, en las que existe el riesgo de que el vendedor se «aproveche» de la publicidad y de los contactos comerciales que la plataforma le proporciona (*free-riding*), concluyendo las transacciones fuera de ella, lo que privaría a la plataforma de la remuneración correspondiente (que suele cifrarse en una comisión por transacción), el uso de CRC desempeña la función adicional de minimizar el riesgo anterior, incentivando la conclusión de las transacciones dentro de la plataforma.

En suma, se trata de cláusulas contractuales que se introducen en el acuerdo que, obviamente, afectan a sus incentivos, pero que pueden ser eficientes en función de cómo se estructuran y de cómo distribuyan el riesgo entre las partes. No obstante, su eventual impacto en el bienestar social dependerá de los posibles efectos externos frente a terceros, que podrían verse adversamente afectados por ellos⁴. Estas externalidades negativas de los CRC suponen la imposición de costes en los terceros, que eventualmente puede motivar una reacción del Ordenamiento jurídico⁵.

3. CRC sobre el precio

Es sabido que el Derecho permite que el precio no se concrete de forma determinada y exacta en el

contrato, pero se sienten en él las bases suficientes y necesarias para su determinación en un momento ulterior sin intervención de las partes contratantes (artículos 1447 y 1448 del Código Civil)⁶.

En los contratos de larga duración las cláusulas que hacen el precio variable en función de la referencia a posibles variaciones en el mercado son frecuentes. A diferencia de los términos contractuales que fijan un precio exacto, en este caso, la determinación del precio queda abierta en atención a referencias a la evolución de los precios de competidores de alguna de las partes contratantes que se puedan plantear a lo largo de la vida del contrato⁷.

Este tipo de cláusulas se denominan cláusulas de «protección del precio» y, en principio, presentan una racionalidad y lógica económica análoga al resto de los CRC. De este modo, se reducen los costes de negociación en los contratos de larga duración, y se incentivan las adquisiciones tempranas, al asegurarse el precio del contrato que, de alguna manera, queda al margen de la negociación⁸. Al ajustarse el precio del contrato en función de las variaciones externas a que aquel se refiera, el contrato reflejará los «precios de mercado»⁹.

Hay notables variaciones en los CRC sobre el precio:

- Pueden emplear un índice de referencia o un parámetro determinado que se establece en el contrato, de manera análoga a como el artículo 1447 del CC alude al precio en «bolsa o mercado» cierto día. Sin embargo, en la medida que para muchos bienes

³ Véase Klein, Crawford y Alchian (1978, p. 303): «*Since every contingency cannot be cheaply specified in a contract or even known and because legal redress is expensive, transactors will generally also rely on an implicit type of long-term contract that employs a market rather than legal enforcement mechanism, namely, the imposition of a capital loss by the withdrawal of expected future business. This goodwill market-enforcement mechanism undoubtedly is a major element of the contractual alternative to vertical integration*».

⁴ Véase Trebilcock (1993, p. 58): «*While the individual autonomy of the parties to the Exchange may be enhanced by permitting them to exercise their autonomy in this way, that of third parties may well be violated by external impacts of the Exchange*».

⁵ Véase, ampliamente, Bagchi (2015, pp. 211-256).

⁶ Son «*contratos con precio determinable son aquellos que carecen de uno inicial y se encuentran sometidos a una fase peculiar pendiente pretio*», como dice Ayllón (2016, p. 277).

⁷ Simmons (1989, p. 605): «*Competitor-based formula pricing clauses peg the contract price to the prices charged or paid by the competitors of one or both of the parties to the contract*».

⁸ Van der Veer (2013, p. 502).

⁹ Véase Vandenborre y Frese (2014, p. 589). Estas cláusulas pueden diseñarse con o sin efecto retroactivo, en función de si su efecto se propaga exclusivamente a las condiciones vigentes o futuras, o se extiende también hacia el pasado, lo que generará un derecho a compensación del beneficiario por las condiciones más favorables.

o servicios puedan no existir referencias objetivas claras en índices actualizados públicamente disponibles a los que el CRC pueda acudir, se utilizan en ocasiones cláusulas de «*igualación o respuesta a la competencia*» (*meeting competition clause*) a través de las cuales el precio varía en función del precio pagado u ofertado por competidores rivales del comprador o del vendedor. Una variación de esta cláusula es conocida como «*cumple o libera*» (*meet-or-release*) que permite al vendedor incumbente, normalmente al final de la relación contractual, conocer las ofertas que el comprador ha recibido de vendedores rivales, y le da derecho a conservar la relación contractual en caso de que asuma como propio el precio ofrecido por terceros.

- También el CRC puede hacer referencia al precio pactado en otra relación contractual, por medio de lo que se conoce como «*cláusula de parte más favorecida*» (CPMF). En función de cómo se redacten estas cláusulas desplazan el riesgo de cambios en el precio del contrato. La versión más típica de la CPMF supone que el comprador se vea beneficiado en caso de que el vendedor/proveedor ofrezca los productos/servicios objeto del contrato a otro cliente a un precio más reducido. El comprador no se verá afectado en caso de subida en el precio, pero estará protegido en caso de que el proveedor ofrezca a terceros precios más bajos¹⁰. Como ocurre con las «*garantías de precios más bajos*» («*si lo encuentra más barato, le devolvemos la diferencia*»), en principio, las CPMF sobre el precio en beneficio del cliente buscan garantizar que los precios que el comprador obtiene son los más bajos que el vendedor ha pactado en el mercado, evitando comportamientos oportunistas del vendedor sobre el comprador y también que existan

competidores del comprador que hayan obtenido del vendedor precios más bajos¹¹.

- Otra modalidad de CRC sobre el precio hace condicional la obtención del ventajoso precio ofrecido por un vendedor a que el comprador facilite cierta información sobre sus transacciones con otros rivales del vendedor¹².

- Igualmente, también constituyen CRC sobre el precio las cláusulas contractuales de descuento que premian la fidelidad del comprador si satisface la mayoría de sus necesidades de compra en el vendedor, ofreciéndole así un mejor precio y otros incentivos¹³. Estas cláusulas contractuales de descuento pueden presentar formulaciones alternativas: algunas se estructuran según las cuotas de mercado o del porcentaje de los bienes/servicios adquiridos por el comprador del vendedor (lo que indirectamente incide en los que el comprador puede adquirir de terceros)¹⁴; otras otorgan beneficios si los productos/servicios del vendedor reciben un tratamiento privilegiado frente a los de sus competidores¹⁵.

¹¹ Vandendorre y Frese (2014, p. 589), en la versión «*Cliente Más Favorecido +*» (*Most Favoured Client Plus*) se obliga al vendedor a ofertar solo precios más elevados a los competidores del comprador.

¹² Scott-Morton (2013, p. 75).

¹³ Descuentos de este tipo han sido considerados abusivos y contrarios al artículo 102 TFUE por la Comisión (Decisión de 13/5/19, [Intel COMP/C-3/37.990](#)), pendiente de un análisis «*de la capacidad de los descuentos controvertidos para restringir la competencia requiere un examen de datos de hecho y económicos que corresponde efectuar al Tribunal General*» (147 de la Sentencia de la Gran Sala del TJUE de 6/9/17, [Intel C-413/14 P](#), MP: J. L. da Cruz Vilaça, [EU:C:2017:632](#)). En España, la CNMC ha examinado, y considerado ilícitos (en este caso por infringir el artículo 101.1 TFUE), los descuentos por «*cuota relativa*» en la resolución de 12/12/19 ([S/DC/0617/17 Atresmedia/Mediaset](#)), pendiente de revisión judicial.

¹⁴ Scott-Morton (2013, pp. 74-75).

¹⁵ V. gr., la tabaquera R. J. Reynolds (RJR) ofrece a los minoristas interesados y que voluntariamente se registren el programa de «*precio más bajo todos los días*» (*Every Day Low Price* o EDLP) que se estructura como un programa preferente de *marketing* frente al programa ordinario que RJR tiene con cualquier vendedor minorista. El programa EDLP permite que el minorista reciba descuentos y otros beneficios de *marketing* adicionales a cambio de que los PVP que establezca para algunas de las marcas de RJR no sean más elevados que los que fija para ciertas marcas competidoras (que son establecidas específicamente en el programa EDLP). Además, se requiere que el minorista dedique un espacio mínimo de estantería y escaparate a las marcas de RJR. Algunos minoristas lo suscriben, otros no. El ejemplo se toma de Liu, Sibley y Zhao (2016, p. 1).

¹⁰ En la práctica se alude con más frecuencia a las «*Cláusulas de Cliente Más Favorecido*» porque se estructuran en beneficio del comprador/cliente, pero se pueden pactar, igualmente, en beneficio del vendedor si la referencia es el mayor precio pagado por el comprador a un tercer vendedor (i. e., «*Proveedor más favorecido*»), en este trabajo se alude a la «*Parte Más Favorecida*» para englobar ambos supuestos (CPMF).

• Finalmente, aunque en apariencia no sean CRC de manera directa y explícita, las cláusulas contractuales de exclusividad también son —indirectamente y en el fondo— CRC porque al atar la totalidad del suministro a un vendedor, impiden al comprador contratar con terceros.

La utilización de los CRC sobre el precio y, en particular, de las CPMF ha aumentado exponencialmente con la implantación y crecimiento de internet para la contratación de bienes y servicios. Como se ha apuntado anteriormente, las plataformas de comercio electrónico de bienes o servicios emplean con frecuencia esta clase de términos contractuales; en este contexto se alude a ellas como «cláusulas de paridad», porque con ellas el vendedor usuario de la plataforma se obliga a no practicar precios más bajos en las ventas que realiza fuera de la plataforma. El carácter bilateral de estos mercados complica el análisis de estas cláusulas, pues la dinámica competitiva de dichos mercados de dos lados es distinta de la de los unilaterales tradicionales y del modelo estándar de oferta/demanda: a la competencia entre los proveedores y los canales de distribución, se añade la competencia de las plataformas entre sí (que no solo compiten en precio, sino también en otras dimensiones) y las cláusulas de paridad pueden presentar eficiencias adicionales en ese contexto¹⁶.

4. Tratamiento jurídico de los CRC

Todos los supuestos planteados se refieren a relaciones contractuales entre empresas no competidoras (relaciones *verticales*). Un acuerdo de coordinación entre competidores para la fijación de precios o de otras condiciones de comercialización de productos o servicios (*horizontales*) sería un cártel y está prohibido en todo caso¹⁷. Es más, la referencia a los precios de competidores podría ser un mecanismo de colusión

análogo a la fijación de precios, utilizándose como eficaz instrumento de alineamiento de los precios en el mercado de carácter automático e instantáneo, que se activaría por la actuación de los clientes¹⁸. Las «garantías de mejor precio» pueden desempeñar un papel similar con lo que sirven también como mecanismo para facilitar la colusión¹⁹.

Descartando estos supuestos (de relevancia o eficacia horizontal de los CRC), el análisis de estos contratos es más complejo cuando vincula a sujetos *aguas abajo* o *aguas arriba* en la cadena de producción-distribución (relevancia o eficacia vertical de los CRC)²⁰. En efecto, el análisis sobre el efecto de los CRC en las relaciones verticales y cualquier enjuiciamiento sobre su eventual ilicitud es un ejercicio casuístico²¹. En línea general pueden ser cláusulas eficientes y pro-competitivas, pero los CRC pueden producir efectos externos negativos si alguno o ambos contratantes tienen posición dominante en el mercado, o simplemente poder de mercado, con cuotas elevadas de mercado, si tienen objeto o efecto anticompetitivo²². Esto ocurrirá normalmente en mercados con estructura monopolística u oligopolística, con barreras de entrada y, en tal caso la utilización de estas cláusulas contractuales podría tener efectos perjudiciales para el bienestar social, elevando los precios o impidiendo la entrada

¹⁸ De hecho, pueden emplearse también como mecanismos indirectos de fijación de precios de un cártel o de sanción en caso de desviación del precio fijado por el cártel —Ayres (1987, pp. 316-317)— pero, de igual modo, son pactos ilícitos cuyo cumplimiento no puede ser exigido judicialmente —Ayres (1987, p. 318)—.

¹⁹ Que pueden servir de apoyo a un cártel o facilitar la colusión, véanse Edlin (1997, pp. 528-575), Sargent (1993, pp. 2075-2090) y Kim y Kwon (2018, pp. 899-907).

²⁰ Son frecuentes tanto en los contratos de distribución mayorista como en los contratos de distribución minorista (en estos últimos sobre todo con el desarrollo de las plataformas digitales), véase Bostoen (2017, pp. 223-224).

²¹ Véase un útil listado de los datos y circunstancias relevantes en Smith (2012, pp. 10-14).

²² Simmons (1989, p. 599): «*Since the competitor-based formula pricing clauses are designed to make long-term contract prices reflect the current competitive market place, that purpose would be frustrated in an oligopolistic market...rather the clauses would facilitate coordinated pricing without the necessity of a "smoke-filled room" conspiracy. Thus, the anticompetitive effects would nullify this justification for entering into the clauses*».

¹⁶ Ampliamente, véanse García y Padilla (2012, pp. 47-49) y Comisión Europea (2017, pp. 612-623).

¹⁷ Véase Simmons (1989, p. 599).

de nuevos competidores en el mercado²³. En suma, el CRC sería un mecanismo empleado para producir un resultado anticompetitivo²⁴.

Aunque la doctrina jurídico-económica diferencia los efectos colusivos/ explotativos²⁵, de los efectos exclusionarios o excluyentes de los CRC, ambos pueden coincidir en un mismo caso²⁶. De un lado, la explotación derivada del CRC supone que su efecto es elevar el precio de contratación de los productos/ servicios, reduciendo la competencia. De otro lado, la exclusión derivada del CRC implica que como consecuencia se impida la entrada (o crecimiento) en el mercado de contratantes alternativos. En cualquier caso, el CRC provoca una externalidad negativa que en la mayoría de los casos será difusa y no concentrada²⁷ y, por ello, la protección frente a ella puede requerir reacción de las autoridades administrativas de defensa de la competencia, sin que las herramientas previstas por el Derecho privado resulten suficientes.

En efecto, aunque en abstracto en muchos casos estos pactos constituyan una manifestación de la autonomía de la voluntad privada —pues nada impide que el contrato contenga referencias o hitos a otras empresas rivales que operen en el mercado a la hora de regular su relación. Es obvio que la libertad de contratación de las partes tiene un límite en aquellos pactos que contravengan la ley o el orden público (máxime en aquellos casos en los que no ha existido una genuina negociación de los mismos, tratándose

de cláusulas impuestas por la parte con mayor poder en la relación).

Como es sabido, entre las leyes que se han de respetar por los sujetos que realizan actividades económicas se encuentra la legislación de defensa de la competencia, que prohíbe las cláusulas contractuales anticompetitivas, declarándolas nulas. Puede entenderse que esa nulidad deriva de la contravención de la ley²⁸ o del quebrantamiento del orden público económico²⁹. Un pacto de no competencia en la enajenación de empresas o activos esenciales puede ser eficiente y tener lógica económica, pero si se acuerda en mercados muy concentrados y dependiendo de su redacción puede resultar anticompetitivo³⁰. Los pronunciamientos judiciales de este tipo han sido relativamente frecuentes³¹.

²⁸ Véanse Infante y Oliva (2009, p. 39): «las legislaciones de todos los Estados europeos (y prácticamente de todo el mundo) prevén la invalidez de los contratos o acuerdos entre empresarios que provoquen una restricción de la competencia, que puedan alterar la producción o las condiciones del mercado o falsear la competencia» y Herrero (2017, pp. 223-266).

²⁹ Infante y Oliva (2009, p. 17).

³⁰ Así, por ejemplo, un pacto de no competencia puede perjudicar no solo el interés de los consumidores finales, sino también el de los competidores, Bagchi (2015, p. 213). Véase, por ejemplo, la cláusula de no competencia en el contrato de compraventa de la brasileña Vivo Participações, S.A., celebrado por Telefónica y Portugal Telecom (PT), que fue sancionada por Decisión de la Comisión Europea de 23/1/13 (AT.39839, *Telefónica / Portugal Telecom*) con multa de casi 67 millones de euros a Telefónica y algo más de 12 a PT (¶29 «*Ninth - Non-compete To the extent permitted by law, each party shall refrain from engaging or investing, directly or indirectly through any affiliate, in any project in the telecommunication business (including fixed and mobile services, internet access and television services, but excluding any investment or activity currently held or performed as of the date hereof) that can be deemed to be in competition with the other within the Iberian market for a period starting on the date of Closing until December 31, 2011*»). Según la Comisión esto es un reparto de mercado (¶356), la decisión fue finalmente confirmada por STJUE de 13/12/17, *Telefónica v Commission* C-487/16P EU:C:2017:961 (en el fondo, aunque no en la cuantía de la multa).

³¹ Véase, por ejemplo, STS de 3/11/17 (ES:TS:2017:3879) que, citando en su FJ5 la sentencia 634/14, de 9/1/15 («Por esta razón, hemos de partir de que el pacto entre empresas que contiene la cláusula quinta es contrario al artículo 1 LDC y al artículo 1 TFUE. La consecuencia es la prevista en el apartado 2 de ambos preceptos, la nulidad de pleno derecho del pacto contractual. En cuanto la normativa antitrust comunitaria (arts. 101 y 102 TFUE) y nacional (arts. 1 y 2 LDC) tiene carácter imperativo, pues a través de ella se establecen límites a la autonomía de la voluntad de los particulares con la finalidad de tutelar el interés público-español o comunitario en el mantenimiento de la Competencia, la nulidad de los pactos contractuales que infringen dicha normativa se justifica por el

²³ Simmons (1989, pp. 617-618): «in a competitive market, where buyers and sellers are price takers, an individual firm or a small group of firms cannot affect price and the clauses can have no anticompetitive effect. In oligopoly markets with barriers to entry, on the other hand, when an individual seller or a small group of sellers can cause prices to rise by restricting output or where an individual buyer or a small Group of buyers can cause prices to fall by restricting purchases, the clauses can have an anticompetitive effect».

²⁴ Simmons (1989, p. 616): «contracts as well as other devices, may be used, either consciously or inadvertently, to create the sufficient certainty necessary to transform an intermediate market into a market with interdependence».

²⁵ Smith (2012, pp. 11-12).

²⁶ Véanse Scott-Morton (2013, p. 73) y García y Padilla (2012, p. 43).

²⁷ Véase Bagchi (2015, p. 229).

Los jueces y las autoridades de defensa de la competencia de muchos países se han pronunciado en varias ocasiones sobre el posible carácter anticompetitivo de los CRC en la medida en que constituirían un mecanismo empleado por los operadores para homogeneizar el mercado de ciertos productos o servicios, eliminando la competencia, en perjuicio de los consumidores.

Al margen de los ya mencionados supuestos en los que los CRC operan como mecanismos de facilitación de la colusión tácita o para asegurar el cumplimiento de los precios fijados por un cártel³², como se ha indicado anteriormente desde la perspectiva de las relaciones verticales (distribución) los CRC pueden resultar problemáticos si se emplean por los fabricantes/productores como un instrumento para asegurar la fijación de precios de venta minorista³³.

Las reglas vigentes a nivel UE otorgan una exención por categorías a este tipo de CRC —siempre que no supongan una fijación indirecta del PVP— si las cuotas de mercado relevante del fabricante/proveedor y del distribuidor son inferiores al 30 %³⁴. Conviene advertir que la definición del mercado relevante en algunos casos, particularmente cuando se trata de mercados bilaterales (plataforma/digitales), dificulta el análisis. Es más, incluso si las partes contratantes tienen cuotas de mercado inferiores al 30 %, excepcionalmente la Comisión Europea puede declarar la exención no aplicable en aquellos casos en los que cláusulas similares cubrieran más del 50 % del mercado relevante³⁵ o mediante decisión individual de

retirar la exención de la Comisión o de una autoridad nacional de Competencia³⁶. Al margen del hipotético beneficio de la exención por categorías en bloque, los contratantes siempre tienen abierta la posibilidad de argumentar la eficiencia y carácter procompetitivo del CRC si cumplen las condiciones del artículo 101.3 TFUE (*i. e.*, si aumenta el bienestar del consumidor).

Los casos en los que la Comisión Europea ha enjuiciado el carácter anticompetitivo de CRC y, sobre todo de CPMF, son multitud y no se pueden referir aquí de manera exhaustiva. Baste para concluir, un apunte de los más significativos, que puede ilustrar la relevancia de la cuestión.

A nivel UE, uno de los casos más representativo en el que la Comisión Europea ha prohibido las «cláusulas de cliente más favorecido» ha sido el caso de los libros electrónicos de *Apple*. Estos términos contractuales eran introducidos por *Apple* en todos los contratos de agencia con los editores para la distribución de libros electrónicos. En ellos se garantizaba a *Apple* que los editores no ofrecerían precios más bajos a otros distribuidores y se establecía una comisión a pagar idéntica del 30 % del PVP. Según la Comisión el efecto de esta previsión contractual era eliminar la competencia en los precios minoristas de libros electrónicos —*horizontal*—, que era el resultado de la coordinación de *Apple* con los editores para elevar los precios (perjudicando al principal competidor de *Apple*, Amazon, que practica una estrategia de precios bajos muy agresiva). Para la Comisión, se trataría de un ejemplo de un «cártel en red» (*hub-and-spoke*) que implicaría a *Apple* y las cinco principales editoriales³⁷. Al final, la Comisión no sancionó a *Apple* y concluyó el procedimiento mediante un acuerdo de terminación convencional por el que *Apple* y las editoras se comprometieron a terminar sus relaciones de agencia,

traspaso de estos límites a la autonomía privada de la voluntad —arts. 6.3 y 1255 CC—», establece la nulidad de pleno derecho del pacto contractual objeto de la *litis* por contravenir al art. 1 LDC y al art. 1 TFUE (contratos de adquisición de derechos audiovisuales de clubes de fútbol con una duración superior a 3 temporadas).

³² Véase Cooper (1986, pp. 377-388).

³³ Obsérvese el ¶48 de las Directrices de la Comisión Europea relativas a las restricciones verticales (DOUE C130 de 19/5/10).

³⁴ Véanse los artículos 3.1 y 4.a) del Reglamento (UE) 330/2010 de 20/4/10, relativo a la aplicación del artículo 101.3 TFUE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas (DOUE L102 de 23/4/10).

³⁵ Véase el artículo 6 del Reglamento (UE) 330/2010.

³⁶ Véase el artículo 29 del Reglamento (CE) 1/2003 del Consejo, de 16/12/2, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado (DOUE L1 de 4/1/3).

³⁷ Lo cuestiona Klein (2017, pp. 423-474).

eliminando la cláusula de cliente más favorecido, y a renegociar sus contratos de conformidad a ciertas reglas establecidas en la decisión³⁸.

Finalmente, también las autoridades nacionales de competencia de varios Estados miembros se han pronunciado en varias ocasiones sobre la ilicitud de los CRC que utilizan plataformas digitales (comparadores³⁹ y otras plataformas de venta en internet) en sus relaciones de distribución de productos *online*⁴⁰, que se introducen para impedir que el proveedor oferte sus productos a un precio más bajo en canales alternativos⁴¹, asegurándose de esta forma que la plataforma ofrece a sus clientes el precio más bajo. Así ha ocurrido por ejemplo con las agencias de viaje *online*, con los seguros de automóviles, con las casas de subastas, aunque la mayoría de estos casos se hayan cerrado mediante terminaciones convencionales que han eliminado las cláusulas y sin sanción de las autoridades de competencia.

5. Conclusiones

La utilización de referencias a terceros es cada vez más frecuente en la contratación comercial (en particular, en la determinación del precio y condiciones económicas del contrato). El empleo de estas cláusulas tiene una explicación económica plausible en la corrección de la incertidumbre en las relaciones de larga duración y en la prevención del oportunismo de las partes contratantes.

³⁸ Véase la Decisión de la Comisión de 4/5/15 ([AT.40153 E-book MFNs and related matters-Amazon](#)). Este mismo caso fue enjuiciado por los tribunales federales norteamericanos, que utilizaron argumentos parecidos y alcanzaron una conclusión similar, véase sentencia del tribunal de apelación del segundo circuito de 30/6/15, *U.S. v. Apple, Inc.*, 791 F.3d 290 (2015).

³⁹ Véase, por ejemplo, Competition & Markets Authority, [ComparetheMarket home insurance deals could deny people better prices](#), 2/11/18.

⁴⁰ Pueden consultarse las referencias en Bostoen (2017, pp. 226-227) y Coombs (2018).

⁴¹ En función del ámbito de aplicación de la cláusula se suelen considerar más problemáticas las que despliegan sus efectos en cualquier otro canal de distribución (*i. e.*, «amplias») frente a las que solo aplican a las ventas directas realizadas por el proveedor (*i. e.*, «estrechas»).

Aunque se trate de términos contractuales mayormente eficientes y normalmente lícitos, son varios los casos en los que las autoridades de competencia han evaluado su posible ilicitud al constituir una restricción prohibida de la competencia por su potencial de explotación o exclusión. Hoy en día, las plataformas de comercio electrónico son el principal «terreno de juego» donde se cuestiona la licitud de estas cláusulas, multiplicándose los pronunciamientos de las autoridades de competencia al respecto, alcanzándose soluciones dispares en función del balance en cada caso de sus efectos anticompetitivos y procompetitivos.

Referencias bibliográficas

- Ayllón, C. (2016). El precio determinable por un tercero en la compraventa. *Revista Foro Jurídico*, 15, 272-302.
- Ayres, I. (1987). How Cartels Punish: A Structural Theory of Self-Enforcing Collusion. *Columbia Law Review*, 87, 295-325.
- Bagchi, A. (2015). Other People's Contracts. *Yale Journal on Regulation*, 32(2), 211-256.
- Bostoen, F. (2017). Most Favoured Nation Clauses: Towards an Assessment Framework under EU Competition Law. *European Competition & Regulatory Law Review (CoRe)*, 1(3), 223-236.
- Comisión Europea (2017). *Staff Working accompanying report from the Commission to the Council and the European Parliament. Final report on the E-commerce Sector Inquiry*. 10/5/2017 SWD(2017) 154 Final.
- Coombs, J. (2018). Most Favoured Customer Clause and competition law: An overview of EU and national case law. *E-Competitions*. 25/10/2018.
- Cooper, T. E. (1986). Most-Favoured-Customer Pricing and Tacit Collusion. *RAND Journal of Economics*, 17(3), 377-388.
- Edlin, A. S. (1997). Do Guaranteed-Low-Price Policies Guarantee High Prices, and Can Antitrust Rise to the Challenge? *Harvard Law Review*, 111(2), 528-575.
- García, A. y Padilla, J. (2012). Los efectos sobre la competencia de las cláusulas de "Nación Más Favorecida". *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, (30), 40-50.
- Herrero, C. (2017). La nulidad de las conductas anticompetitivas. En A. Robles (coord.), *La lucha contra las restricciones a la competencia. Sanciones y remedios en el ordenamiento español* (pp. 223-268). Granada: Comares.
- Infante, F. J. y Oliva, F. (2009). Los contratos ilegales en el derecho privado europeo. *InDret*, 3/2009. Julio.

- Kim, J. Y., & Kwon, J. Y. (2018). Guaranteed lowest prices: do they facilitate collusion?: Revisited. *Economic Research-Ekonomska Istraživanja*, 31(1), 899-907.
- Klein, B. (2017). The Apple E-books Case: When is a Vertical Contract a Hub in a Hub-and-Spoke Conspiracy? *Journal of Competition Law & Economics*, 13(3), 423-474.
- Klein, B., Crawford, R. G., & Alchian, A. A. (1978). Vertical Integration, Appropriable Rents, and the Competitive Contracting Process. *Journal of Competition Law & Economics*, 21(2), 297-326.
- Liu, F., Sibley, D. S., & Zhao, W. (2016). Vertical Contracts That Reference Rivals. *Working Paper*.
- Sargent, M. T. L. (1993). Economics upside-down: Low-price guarantees as mechanisms for facilitating collusion. *University Pennsylvania Law Review*, 141, 2055-2138.
- Scott-Morton, F. M. (2013). Contracts that reference Rivals. *Antitrust*, 27(3), 72-79.
- Simmons, J. J. (1989). Fixing Price with Your Victim: Efficiency and Collusion with Competitor-Based Formula Pricing Clauses. *Hofstra Law Review*, 17(3), 599-640.
- Smith, W. S. (2012). When Most-Favored Is Disfavored: A Counselor's Guide to MFNs. *Antitrust*, 27(2), 10-14.
- Trebilcock, M. J. (1993). *The limits of freedom of contract*. Harvard University Press.
- Van der Veer, J. P. (2013). Antitrust Scrutiny of Most-Favoured-Customer Clauses: An Economic Analysis. *Journal of European Competition Law & Practice*, 4(6), 501-505.
- Vandenborre, I., & Frese, M. J. (2014). Most Favoured Nation Clauses Revisited. *European Competition Law Review*, 12, 588-593.