

Las cláusulas de cliente más favorecido (MFC) en el Derecho colombiano

DOI: <http://dx.doi.org/10.19053/26652714.06.05>

Resumen

Las cláusulas de cliente más favorecido (MFC) se suelen celebrar en contratos comerciales de ejecución sucesiva. Su objeto consiste en que, si una de las partes ofrece a un tercero condiciones más favorables que las contratadas con su contraparte, aquella tiene la obligación de igualarlas o mejorarlas frente a esta. En este artículo se analizan sus antecedentes, características y eficacia, con un enfoque exploratorio de su posible afectación a la libre competencia. Sobre este último punto, se concluye que estas cláusulas podrían ser contrarias a la libre competencia solo si suponen un riesgo o producen al menos uno de los tres perjuicios anti-competitivos identificados.

Palabras clave

Cliente más favorecido, contratos, eficacia, libre competencia

* Abogado y magíster en educación de la Universidad de los Andes. Profesor de cátedra del área de Derecho Privado, codirector del Semillero de Contratos Francesco Galgano e investigador del Grupo de Investigación en Derecho Privado Contemporáneo de la misma Universidad. Correo electrónico: jc.duran129@uniandes.edu.co.

** Abogado de la Universidad de los Andes. Fue asistente de investigación del Área de Derecho Privado, monitor y profesor tutor de Obligaciones y Contratos en esa misma Universidad. Actualmente es asociado de Litigios y Arbitraje, de Martínez Quintero Mendoza González Laguado & De La Rosa. Correo electrónico: anieto@mqmgld.com.

Los autores agradecen a Mateo Barrera Amado y a Juan Pablo Villareal Acosta, por su apoyo en la investigación y discusión de algunos apartes de este escrito.

Most-Favored Client (MFC) Clauses in Colombian Law

Abstract

Parties in long-term commercial contracts usually enter into Most Favored Customer (MFC) clauses. By these clauses, if one party offers more favorable conditions to a third party compared to those originally contracted with their counterpart, the first one has the obligation to equal or better the latter to match those of the most favored client. This paper explores their background, characteristics, and efficacy, with a focus in the Colombian antitrust regime. It concludes that these clauses may indeed violate Colombian antitrust laws if they pose a risk or produce at least one of the three anticompetitive harms highlighted in the text.

Key words

Most favored customer, contract, validity, antitrust

1. Introducción

Las cláusulas de cliente o comprador más favorecido, conocidas como MFC por *most favored customer* o *most favored client*, se utilizan con relativa frecuencia en contratos complejos de ejecución diferida o sucesiva, como arrendamientos, contratos de distribución o de crédito entre residentes o partes extranjeras. Estas cláusulas provienen del principio de nación más favorecida, en el contexto del derecho internacional económico y el comercio entre Estados. El creciente número de cláusulas de este tipo, su consecuente aumento de probabilidades de ser materia litigiosa, y la relativa escasez de literatura al respecto, ameritan un examen de su naturaleza, eficacia y efectos a la luz del derecho colombiano.

Para realizar dicho examen, el artículo: (i) explorará los antecedentes de esta cláusula y su relación con las cláusulas de nación más favorecida en el comercio internacional; (ii) abordará su naturaleza jurídica, particularmente su objeto, causa, características, modalidades y diferencias con otras figuras; (iii) analizará su eficacia y sus efectos, particularmente en términos de libre competencia; y (iv) planteará unas cortas conclusiones. Es importante mencionar que no es el objetivo de este artículo presentar un análisis pormenorizado del régimen de libre competencia colombiano, sino apenas una aproximación general que permita analizar la eficacia de estas cláusulas.

2. Las cláusulas de nación más favorecida en el comercio internacional

En el contexto del derecho internacional económico, las Cláusulas de Nación Más Favorecida, *The Most-Favored-Nation Treatment*, o MFN, están definidas expresamente en el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio, también denominado *The General Agreement on Tariffs and Trade* (GATT)¹, y es uno de los instrumentos elementales del comercio internacional².

1 Artículo I, Sección 1, Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de la Organización Mundial del Comercio.

2 Matthias Herdgen, *Principles of International Economic Law*, 2.^a ed. (Oxford: Oxford University Press, 2016), 213.

Las MFN presuponen la obligación de los miembros de la Organización Mundial del Comercio (OMC) de conceder inmediata e incondicionalmente cualquier ventaja, favor, o privilegio sobre un producto originado en un determinado país, que haya sido concedido a otra nación contratante³. Estas estipulaciones son algunas de las expresiones más importantes del principio de no discriminación en el comercio internacional⁴, y suponen que, dentro del marco de los tratados internacionales, ningún país discrimine los productos o los inversores de otro solo por su origen o nacionalidad.

Esencialmente, las MFN son un instrumento que pretende garantizar que cualquier ventaja otorgada a una nación contratante sea también concedida a las otras⁵. En ese sentido, una MFN obliga a los contratantes a extender todas las ventajas conferidas en el pasado a otros Estados, a los contratos de comercio internacional que acuerden en el futuro⁶. En teoría, las MFN están diseñadas para maximizar los beneficios y abolir las distorsiones comerciales, ya que su uso le impide a los Estados participantes crear barreras proteccionistas y facilita el libre comercio⁷.

Una de las primeras y más conocidas cláusulas MFN incluida en un tratado internacional fue la contenida en la ratificación del tratado de Nankín entre China y el Imperio Británico después de la primera guerra del Opio (1839-1842). La cláusula establecía que cualquier privilegio o concesión de China a cualquier nación distinta del Reino Unido, y sus territorios de ultramar o dependencias, en un acuerdo comercial, sería otorgada de igual forma, y automáticamente, a los súbditos de la corona británica⁸.

La estipulación de dicha cláusula ha sido presentada por los historiadores como “inequitativa”, e incluso como una “humillación nacional” para China, debido a que en los años posteriores restringiría su soberanía comercial⁹. Las antiguas

3 Julia Ya Qin, “Defining Nondiscrimination under the Law of the World Trade Organization”, *International Law Journal* 23, n. ° 215 (2005): 217.

4 Nicolas F. Diebold, “Standards of Non-Discrimination in International Economic Law”, *The International and Comparative Law Quarterly* 60, n. ° 4 (2011): 832.

5 Herdegen, *Principles of International Economic Law* 213.

6 Richard Carlton Snyder, *The Most Favoured-Nation Clause* (Nueva York: King's Crown Press, 1948), 11.

7 Susan E. Stenger, “Most-Favored-Nation Clauses and Monopsonistic Power: An Unhealthy Mix?”, *American Journal of Law and Medicine* 15, n. ° 1 (1989): 112.

8 Stirling Adams, “Negotiating a Commercial Most Favored Nation Clause”, *International Law & Management Review* 1 (2005): 81.

9 Peter Ward Fay, “The Opium War, 1840-1842: Barbarians in the Celestial Empire in The Early Part of The Nineteenth Century and the War by Which They Forced Her Gates Ajar XIV” (Carolina del Norte: The University of North Carolina Press, 1975) citado en Stirling Adams, “Negotiating a Commercial”, 81.

críticas se han repetido en los años posteriores, después de que su alcance fuera precisado en el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT, por sus siglas en inglés)¹⁰. No obstante, y como se verá en líneas posteriores, estos ataques no escapan tampoco del ámbito propio de las MFC utilizadas en contratos comerciales de derecho nacional.

Al margen de sus efectos, el tratado de Nankín puede ejemplificar muy bien en qué consiste una MFN arquetípica, al menos desde un punto de vista estructural. Una nación A (China) concede un tratamiento especial a una nación B (Reino Unido) para que esta última le suministre un producto al cual no puede acceder A en condiciones normales. Ese tratamiento especial puede consistir en una subvención arancelaria, por ejemplo. Si el país C, que produce los mismos bienes que B, recibe un mejor tratamiento que este último por parte de la nación A, esta deberá también conceder ese trato favorable a B. Una concesión así garantizaría que tanto B como C suministren sus productos de forma equitativa en el país A. Como se verá, esta estructura se replica en las cláusulas MFC.

3. Las cláusulas MFC en los contratos comerciales

3.1. Objeto y causa

Las cláusulas MFC se basan en el mismo presupuesto lógico que las cláusulas MFN¹¹, pero estas no se incluyen en tratados sino en contratos comerciales ejecutados dentro de un mismo territorio, por partes residentes o extranjeras. En esa línea, se pueden definir como un acuerdo de voluntades por medio del cual una persona, llamada contratante o deudor del favorecimiento, se obliga a revisar y modificar el contenido de un contrato celebrado con otra, llamada cliente o contratista, en caso de que aquella ofrezca o celebre contratos con terceros con condiciones más favorables, y de esta manera brindarle un trato contractual igualitario en términos de precios, beneficios o privilegios.

10 Henrik Horn y Petros C. Mavroidis, "Economic and legal aspects of the Most-Favored-Nation clause", *European Journal of Political Economy* 17 (2001).

11 Stenger, "Most-Favored-Nation" 112.

Las MFC son elementos accidentales de los contratos¹² y su objeto es tanto crear, como modificar o extinguir obligaciones¹³. En principio, generan la obligación de una de las partes de favorecer a la otra, condicionada al hecho de que esta ofrezca condiciones más favorables de ejecución a un tercero. La obligación de favorecer a la parte implica también la modificación de la obligación inicial, es decir, la igualación o mejoramiento de las condiciones iniciales. Aún más, también pueden extinguir una relación entre dos partes, cuando las partes que acuerdan una MFC prevén que si una de ellas ofrece mejores condiciones de contratación a un tercero se resolverá un contrato, o una relación comercial determinada. Así pues, las MFC son en estricto sentido “convenciones”¹⁴, cuyo alcance depende de la autonomía de la voluntad privada.

Una de las principales causas que motivan a las partes a pactar una MFC en un contrato es el alto volumen de las transacciones que dos potenciales partes pueden ejecutar en un periodo dado de tiempo¹⁵. En ese sentido, un cliente que solicita un volumen muy alto de productos o que exige una intensidad considerable en la prestación de un servicio, puede pedir un trato especial con respecto de sus competidores sin que ello suponga retrasos en la operación de industrias complejas¹⁶.

Como las cláusulas suponen principalmente la modificación de los contratos para tratar al cliente bajo condiciones más favorables, las MFC reducen el tiempo de negociación y renegociación, el cual puede resultar particularmente largo y costoso¹⁷. Asimismo, las MFC facilitan la consolidación de relaciones comerciales duraderas, al fortalecer la confianza entre las partes y evitar conflictos derivados de posibles desequilibrios económicos injustificados.

- 12 Fernando Vélez, *Estudio sobre el derecho civil colombiano*, t. 6.º, 2.ª ed. (Bogotá: Imprenta París América, 1926): 15.
- 13 Luis Claro Solar, *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*, t. 11.º, (Santiago: Editorial jurídica de Chile, 1988): 8.
- 14 Entendiendo la “convención” como un negocio jurídico que también modifica o extingue obligaciones, en contraposición al “contrato”, que es el negocio jurídico que solo crea obligaciones. Ver: Ambrosio Colin y Henri Capitant, “*Curso elemental de derecho civil*”, t. 3.º traducido por Revista general de legislación y jurisprudencia (Madrid: Editorial Reus, 1924), 526.
- 15 Stirling, “Negotiating” 86.
- 16 Jennifer D. Lee, “Post U.S., v. Apple: How Should Most-Favored Nation Clauses Be Treated Now”, *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal* 33, n.º 1 (2015): 250.
- 17 Jonathan B. Baker y Judith A. Chevalier, “The Competitive Consequences of Most Favored Nation Provisions”, *Antitrust* 27, n.º 2 (2013): 20.

El escenario más común en que se pactan son los contratos de suministro de bienes o servicios¹⁸, aunque nada obsta para que se incluyan en otros contratos de ejecución sucesiva. Por ejemplo, en los Estados Unidos y en el Reino Unido, las cláusulas MFC se encuentran principalmente en contratos de la industria energética (*oil and gas*), en la industria de seguros, o incluso en la de las tecnologías y las telecomunicaciones¹⁹. Asimismo, algunos reconocen que las MFC pueden estar presentes en compraventas. En estas, las partes manifiestan que el precio pagado por el comprador será al menos tan bajo como el precio pagado por otros compradores sobre un bien de la misma naturaleza ofrecido por el vendedor²⁰.

En suma, los incentivos que inducen a las partes a pactar estas cláusulas incluyen:

- Disminuyen los costos de transacción.
- Su efecto principal es la consolidación de relaciones jurídicas y comerciales duraderas.
- Propician que cada determinado tiempo, las partes no busquen alternativas de contratación.
- Aun cuando los contratos en donde se incluyen MFC terminen por la expiración del plazo o por el acaecimiento de una condición, la renovación del contrato estará motivada siempre por la posibilidad de lograr el mejor precio posible.
- Las partes tienen incentivos para mantener una relación comercial perdurable. El cliente favorecido se beneficiará de la oferta, y quien acepta favorecer al otro mantendrá relaciones comerciales sin solución de continuidad que le garanticen alguna certeza a largo plazo.

3.2. Características de las Cláusulas MFC

En el ordenamiento jurídico colombiano, las MFC son cláusulas accesorias, atípicas, de ejecución diferida, y sujetas a condición. Se trata de cláusulas accesorias pues su eficacia depende, en primer lugar, del contrato principal, de manera que, si este

18 Gürkayank Gönenç, Ayse Güner, Sinan Diniz y Janelle Filson, “Most-Favored-Nation Clauses in Commercial Contracts: Legal and Economic Analysis and Proposal for a Guideline”, *European Journal of Law and Economics* 42 (2016), 130.

19 Stenger, “Most-Favored-Nation” 112-117.

20 Arnold Celnicker, “A Competitive Analysis of Most Favored Nations Clauses in Contracts Between Health Care Providers and Insurers”, *North Carolina Law Review* 69, n. ° 3 (1991): 863.

sufre algún tipo de vicio, probablemente la cláusula también adolecerá de él. Por su parte, la ineficacia de la cláusula no necesariamente afectaría a todo el contrato, a menos que ella haya sido la causa principal para celebrarlo.

Se trata también de cláusulas atípicas, por lo menos desde un punto de vista legal y social. Aunque son usadas con relativa frecuencia en determinados contratos, su uso en el país aún no es tan extendido como para afirmar su plena tipicidad social, la existencia de costumbres o prácticas uniformes alrededor de esta. La atipicidad implica que existe plena libertad de forma para estipularlas. Asimismo, como toda convención atípica, su eficacia, interpretación y efectos se rigen por las reglas generales de las obligaciones y contratos del Código Civil y de Comercio.

Asimismo, las MFC son un ejemplo de convenciones de ejecución diferida, ya que su obligación principal está sujeta a una condición suspensiva de carácter potestativo: igualar o incluso mejorar las condiciones más favorables en caso de que estas sean ofrecidas o contratadas con terceros. La cláusula puede además ir acompañada de cláusulas penales en caso de incumplimiento o de retardo en el cumplimiento de su obligación, y hasta puede incluir condiciones resolutorias como la de volver a incluir las condiciones originales si los contratos con terceros expiran antes.

Un ejemplo de cláusula MFC, tomada de un contrato de arrendamiento de depósitos de combustible en una terminal portuaria, es el siguiente:

Cláusula XX.- Cliente Más Favorecido: Si el Propietario celebra un contrato con Otros Arrendatarios de la Terminal, cuyos términos y condiciones de almacenamiento sean de un tenor similar y que comporten un volumen de precios, rebajas o descuentos que hagan más favorable su condición frente a la del Arrendatario según lo estipulado en este Contrato, entonces este Contrato se deberá revisar y modificar para que incluyan esos términos y condiciones más favorables para el Arrendatario. Ante la terminación del contrato entre el Propietario y los Otros Arrendatarios de la Terminal, este Contrato deberá revisarse y modificarse para volver a incluir los términos y condiciones originalmente pactados²¹.

21 Traducción propia a partir del texto original: "Most Favored Customer. If Owner should at any time offer to any Other Customers of the Terminal whose storage commitments are of similar tenor and volume prices, discounts or rebates which, considered as a whole only, are more favorable than those specified in the Agreement, then the Agreement shall be revised forthwith to grant such more favorable terms to Customer, provided, however, that upon the termination of the agreement of such Other Customer, this Agreement shall be revised forthwith to include the terms prior to the first revision".

3.3. Diferencias con otras figuras semejantes

A. Con la estipulación a favor de tercero

Las cláusulas MFC y la estipulación a favor de tercero pueden ser similares en tanto en ambas hay una relación tripersonal: los contratantes (A y B) y el tercero (C) a quien A le ofrece o contrata con él bajo mejores condiciones. En ese entendido, el contrato entre A y C podría indirectamente suponer un beneficio para B: la modificación de su contrato con A para igualar las condiciones más favorables.

Sin embargo, entre estas dos figuras hay dos diferencias centrales. La primera es que, en la estipulación a favor de tercero, el beneficio nace en el patrimonio del tercero incluso si este no acepta. En las cláusulas MFC podría decirse que el beneficio nace si y solo si el contratante beneficiado con ella lo acepta al firmar la cláusula. La segunda es que, en la estipulación a favor de tercero, el beneficio puede revocarse por el estipulante y el promitente cuando el tercero no lo ha aceptado, expresa o tácitamente. En las cláusulas MFC, como ya hay aceptación, no sería posible revocarla después²².

B. Con la promesa por otro

Las cláusulas MFC no son un supuesto de promesa por otro. Esta figura también implica tres personas, pero, a diferencia de la estipulación a favor de tercero, mediante ella el tercero se convierte en deudor, y no en acreedor de un beneficio, solo si media su ratificación. La ratificación del tercero, en consecuencia, libera al promitente original²³. En las cláusulas MFC, el contrato entre A y B no contiene la promesa de que C va a hacer, dar o no hacer algo en favor de B; C no se obliga a nada. El obligado es A.

22 Ver: Artículo 1506, Código Civil. La Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia ha explicado esta característica de la estipulación a favor de tercero en las siguientes palabras: “[L]a adquisición por el tercero beneficiario del derecho estipulado en su favor se produce en el momento mismo de perfeccionarse el contrato entre el estipulante y el promitente [...]. Mas si el derecho nace en ese momento para el tercero beneficiario, incorporándose desde entonces a su patrimonio, antes de ser aceptado por él e inclusive, aunque ignore su adquisición [...] queda expuesto a desaparecer por dos causas: de un lado, porque el tercero beneficiario lo repudie; y, de otro, porque el promitente y el estipulante, antes de que el tercero haya aceptado el derecho, revoquen el contrato que lo originó”. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 10 de marzo de 1970. G.J. t. CXXXIII, No. 2322-2324, p. 121. M.P. César Gómez Estrada.

23 Ver: Artículo 1507, Código Civil. En palabras de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia: “El promitente a su turno, se obliga de manera personal con el promisario a obtener el asentimiento del tercero por quien hizo la promesa, es decir, a que éste se obligue, no a que cumpla la prestación

C. Con el pacto de mejor comprador

Las cláusulas MFC podrían asemejarse a un pacto de mejor comprador en una compraventa. Mediante estos pactos, las partes someten a condición resolutoria un contrato de compraventa en caso de que, después de celebrado, un tercero esté dispuesto a ofrecer un mejor precio que el pagado por el comprador. La resolución puede evitarse si el comprador iguala o supera la oferta del tercero²⁴.

Sin embargo, hay una diferencia central y es que en la cláusula MFC no se contempla la resolución o terminación del contrato. Podría decirse que en el pacto de mejor comprador el tercero quiere convertirse en una nueva parte contractual en virtud de un nuevo contrato. Esto no sucede en la cláusula MFC: el tercero no interfiere ni reemplaza a nadie en el contrato original, que se mantiene vigente, pero con términos distintos.

D. Con el contrato o pacto de preferencia

El contrato o pacto de preferencia es aquel por medio del cual una parte, concedente, se obliga a preferir a otra, beneficiaria, para celebrar un contrato definitivo, siempre que aquella decida primero y que a su vez esta última ejerza el derecho presentando una oferta con precio fijo o en condiciones de igualdad con terceros. La preferencia también se puede pactar para renovar un contrato ya en ejecución²⁵.

en la cual consiste la obligación. [...] En consecuencia, su compromiso queda satisfecho cuando el tercero acepta obligarse, así desatienda su obligación, pues en esta hipótesis, como se mencionó, se compromete la responsabilidad del tercero, no la del promitente, quien por efecto de la ratificación resulta ajeno al contrato formado entre promisorio y tercero”. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 30 de octubre de 2001. Exp.: 5851. M.P. José Fernando Ramírez Gómez.

24 Ver: Artículo 1944, Código Civil. El pacto de mejor comprador, autores como Bonivento la han sido descrito como “[u]na condición resolutoria del contrato [en el que] [c]omprador y vendedor perfeccionan la venta, tan solo que, por el mismo querer de los contratantes, se conviene que se resuelva si se colman los supuestos contractuales o legales de que se mejore el precio o en general las condiciones generales del negocio” (192-193). Sobre su efecto, el autor precisa que cuando el tercero ofrece mejores condiciones y “el comprador se sitúa en las mismas condiciones del tercero, debe ser preferido [...]” (193). Ver: José Alejandro Bonivento Fernández. *Los principales contratos civiles y su paralelo con los comerciales*. 19a Ed. (Bogotá: Ed. Del Profesional. 2015). 192-193.

25 Ver: Artículos 862 y 974, Código de Comercio. Doctrinantes como Suescún mencionan que la preferencia “tiene el menor contenido obligacional, por cuanto en ella ninguna de las dos partes se obliga a celebrar el contrato futuro. Solamente el promitente [concedente, según nuestros términos] se compromete a preferir al beneficiario, para el evento en que aquel decida autónomamente contratar” (143). Jorge Suescún Melo. *Derecho Privado. Estudios de Derecho Civil y Comercial Contemporáneo*. T. II. 2a Ed. (Bogotá: Legis. 2003). 143. Ver también: Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación

Esta figura se diferencia de la preferencia en dos sentidos. El primero es que la preferencia se predica siempre frente a un contrato definitivo o un nuevo contrato. Las cláusulas MFC se predicán para un mismo contrato, cuya modificación no implica terminación o renovación. La segunda es que en la preferencia la celebración del contrato definitivo está sujeta, en primer lugar, a que el concedente quiera hacerlo, mientras que en las cláusulas MFC la modificación no está sujeta a la condición de que el contratante quiera hacerlo, sino al hecho objetivo de que este ofrezca o contrate con un tercero bajo condiciones más favorables.

E. Con los contratos normativos o marco

Los contratos normativos, a veces entendidos como sinónimos de contratos marco, son aquellos mediante los cuales las partes fijan previamente los términos y condiciones de otros contratos, llamados “de aplicación”, cuya causa se funda en ellos, y que pueden ser celebrados entre las mismas partes o entre una de ellas y un tercero²⁶.

Las cláusulas MFC, si bien pueden hacer parte de contratos marco, tienen una diferencia central. Mientras que los contratos de aplicación celebrados con terceros deben adaptarse a lo fijado en el contrato normativo inicial, en las cláusulas MFC son los contratos celebrados con los terceros los que pueden modificar el contrato inicial.

Civil. Sentencia de 18 de mayo de 1946. G.J. t. LXII, No. 2046. Pág.: 18. M.P. Hernán Salamanca, que dice: “[s]egún el llamado pacto de preferencia, la persona que la concede no adquiere la obligación de vender por un precio determinado dentro de un término fijo o al cumplimiento de una condición: conserva su libertad de vender o no, y sólo está obligada a hacerlo a determinada persona cuando quiera vender”.

26 La noción de contratos marco fue tipificada legalmente en la reforma al libro de obligaciones y contratos del Código Civil francés de 2016, en el artículo 1109: “El contrato marco [cadre] es un acuerdo por el cual las partes convienen las características generales de sus relaciones contractuales futuras. Los contratos de aplicación precisan las modalidades de ejecución de aquellos” [traducción propia]. En Colombia, la doctrina ha reflexionado sobre su noción y alcances. En palabras de Bernal “[l]os contratos marco son acuerdos que fijan las grandes líneas de la voluntad de las partes dejando su concreción a contratos posteriores llamados contratos de ejecución o de aplicación que pueden soportarse con una orden de servicio o una simple nota de pedido. No regulan intereses concretos y actuales, sino que pretenden disciplinar futuras y eventuales relaciones jurídicas” (136). Ver: Mariana Bernal Fandiño. “Reflexiones sobre los contratos marco”. En *Vniversitas*, 136 (Bogotá), 2018. 1-19. Ver también: Fernando Hinestrosa, *Tratado de las Obligaciones II*, Tomo II (Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2015): 423, Mauricio Rengifo Gardeazábal. La formación del contrato. (Bogotá: Temis. 2016): 381; Marcela Castro de Cifuentes. “Los contratos normativos y los contratos marco en el derecho privado contemporáneo”. En: *Revista de Estudios Sociojurídicos*. 21. 1. (Bogotá), 2019. 121-150.

F. Con las cláusulas de exclusividad

Las cláusulas MFC y las de exclusividad encuentran similitudes en tanto ambas restringen o condicionan la libertad de contratación de una de las partes. Sin embargo, a diferencia de las MFC, en las cláusulas de exclusividad existe una verdadera obligación de no hacer, cuyo incumplimiento puede ser justa causa para dar por terminado el contrato. Como se ha visto, las cláusulas MFC no restringen la posibilidad de que el obligado negocie o contrate con terceros.

4. Eficacia y efectos, sobre todo en materia de libre competencia

Como todo negocio jurídico, las cláusulas MFC deben reunir las condiciones generales de existencia, validez y oponibilidad establecidas en la ley. Uno de los puntos sobre los que más se ha escrito alrededor de estas cláusulas es sobre la licitud de su objeto a la luz de sus efectos sobre la libre competencia²⁷. El estudio de tales efectos ha tenido un prolífico desarrollo en países donde predomina la tradición jurídica anglosajona, así como en países de Europa occidental, pero no ha tenido un desarrollo nutrido en Latinoamérica y Colombia. Por tanto, sin ser este un estudio pormenorizado sobre derecho de la competencia, este acápite pretende introducir los principales análisis que se han desarrollado sobre este tema en algunas jurisdicciones del extranjero, para luego señalar algunas consideraciones relacionadas con el derecho nacional.

4.1. Algunas experiencias extranjeras

A pesar de que las cláusulas MFC se suelen pactar en modelos de restricción vertical. Comúnmente, ese tipo de restricción es ejercida por una o más personas de forma unilateral o concertada, y está dirigida, o es realizada, en conjunto con empresas o personas que se encuentran en niveles diferentes de un proceso productivo. En síntesis, son prácticas o acuerdos entre un productor y un distribuidor de

27 Thomas E. Cooper, "Most-Favoured-Customer Pricing and Tacit Collusion", *The RAND Journal of Economics* 17, n. ° 3 (1986): 378 y Jonathan B. Baker, "Vertical restraints with Horizontal Consequences: Competitive Effects of Most Favored-Customer Clauses", *Antitrust Law Journal* 64, n. ° 3 (1996): 519.

una misma cadena de producción²⁸. Por el contrario, las restricciones horizontales ocurren por actos o acuerdos concertados entre competidores directos o agentes que ocupan una misma posición en una cadena de producción²⁹. Unas y otras pueden o no tener efectos anticompetitivos, dependiendo de si esos actos o acuerdos pueden limitar o no la libertad de los actores del mercado³⁰. En lo que tiene que ver con las MFC, la literatura foránea ha identificado que estas cláusulas pueden tener efectos horizontales adversos y contrarios a la libre competencia, a pesar de que comúnmente se pacten en operaciones verticales³¹.

En el año 1997, por ejemplo, la Comisión de Fusiones y Monopolios del Reino Unido determinó que las cláusulas MFC utilizadas por algunos operadores turísticos de ese país eran anticompetitivas³². En efecto, un operador turístico prohibía a algunas agencias de viajes proveedoras promocionar paquetes vacacionales en términos más favorables que los otorgados a su competencia. Esta situación propiciaba que las agencias de viaje integradas en una cadena vertical determinada ofrecieran precios más bajos que los ofrecidos por otros operadores turísticos competidores. Entonces, estos últimos no podían acceder a mejores precios y, a la larga, terminaban ofertando los servicios de las agencias de viajes por precios iguales o similares al cliente mejor favorecido. El caso del ejemplo genera, en últimas, una estandarización de precios que no solamente afecta la sana competencia, sino que le produce un perjuicio al interés público³³, ya que los consumidores podrían ver limitadas sus opciones de decidir. En síntesis, la promotora turística mejor favorecida tendría los mejores precios de las agencias proveedoras, generando no solo que su competencia viera minada sus opciones de ofrecer tarifas más bajas a los consumidores, sino que estos últimos, a la larga, no podrían acceder a precios más bajos.

Para la literatura económica, la inclusión de las cláusulas MFC en los contratos de distribución de una misma cadena de producción generan en el proveedor del bien o servicio un mayor costo para reducir el precio a otros compradores. Es decir que los proveedores no tendrán incentivos para reducir los costos a clientes

28 Cfr. Laura Marcela Ruíz, “Las restricciones verticales en la política de competencia colombiana. Parámetros de análisis de casos”, *Revista de Derecho Privado* 11, 5-31 (2013).

29 *Ibíd.*

30 Cfr. Butz, D. y Kleit A, “Are Vertical Restraints pro or anticompetitive?” *Chicago Journals* 44 (1), 131-160 (2012).

31 Baker, “Vertical Restrains”, 520.

32 Ver: Pinar Akman y Morten Hviid, “A Most-Favoured-Customer Guarantee with a Twist”, Centre for Competition Policy Working Paper 05-8, (2005): 5.

33 *Ibíd.* 10.

que no estén favorecidos con la MFC, y estos últimos no tendrán interés en negociar “agresivamente” con esos proveedores mejores precios.

A la larga, esa situación puede generar una estandarización de precios y propiciar una coordinación entre los agentes del mercado que puede no solamente desincentivar la competencia entre pares, sino impedir la llegada de nuevos competidores³⁴. En ese sentido, las cláusulas MFC pueden ser anticompetitivas por producir en algunos casos una estandarización de precios cuando son utilizadas por compañías fuertes en algún sector de la economía, y por ser una barrera de entrada para nuevos competidores, que tendrán pocos incentivos para participar en un mercado consolidado³⁵.

Las cláusulas MFC que son incluidas en contratos de distribución para el comercio electrónico han sido estudiadas por la literatura y la jurisprudencia foráneas como acuerdos anticompetitivos que reducen los incentivos de los jugadores en el mercado y que, incluso, pueden ocasionar acuerdos tácitos o conspiraciones para la estandarización de precios³⁶. En el marco del famoso caso *United States v. Apple Inc.*, la justicia de los Estados Unidos señaló que Apple, Inc. conspiró junto con siete editoriales para incrementar los precios de los libros electrónicos (*e-books*)³⁷. De acuerdo con el tribunal de instancia, la estrategia de Apple consistía en que, a través de cláusulas MFC con esas siete editoriales, Amazon, su competidor más predominante, abandonara su precio de 9.99 dólares por *e-book*, y lo incrementara. La estrategia era simple: la cláusula MFC obligaba a las editoriales a bajar el precio de los *e-books* a Apple al mismo precio ofrecido a Amazon, su mayor competidor. Esto a la postre obligaba a esos proveedores a cambiar su modelo de negocio con otras plataformas para que así Amazon abandonara su estrategia de distribución y comercialización, y de esa forma incrementara los precios de los libros³⁸. En este caso, a pesar de que el acuerdo de Apple con las editoriales era vertical —ya que entrañaba relaciones entre partícipes de una misma cadena de producción— los efectos para el mercado fueron horizontales, ya que Amazon se vio obligada a bajar sus precios sin haber pactado tal circunstancia con Apple.

34 Baker y Chevalier, “The Competitive Consequences”: 22-26.

35 Javier Albornoz Cano, Camilo Larraín Siebel y Juan Pablo Iglesias, “Cláusulas de Nación Más Favorecida (MFN) en mercados de plataformas digitales ¿pro-competitivas o anti-competitivas”, en *Programa UC Libre Competencia* n. ° 1 (2021): 5-6.

36 Ariel Exrachi, “The Competitive Effects of Parity Clauses on Online Commerce”, *Oxford Legal Studies Research Paper* n. ° 55/2015 (2015).

37 Ver: *United States v. Apple, Inc.*, 791 F.3d 290 (US. Court of Appeals for the 2d Cir. 2015).

38 *Ibíd.*

Recientemente, la Autoridad de Competencia y Mercado, (*Competition & Markets Authority*) del Reino Unido, o CMA por sus siglas en inglés, sancionó al sitio web *comparethemarket.com* (“CTM”) por haber pactado cláusulas MFC con algunas compañías aseguradoras. En esas cláusulas, CTM obligaba a las aseguradoras a ofertar precios más bajos en su plataforma con respecto de sus competidores directos, lo que produjo no solamente una ventaja respecto a sus rivales, sino un crecimiento en las comisiones que recibía de los aseguradores por publicitar sus productos. Según la CMA, los aseguradores no podían citar precios más bajos en otras plataformas diferentes a los ofertados por CTM porque si lo hacían debían ofrecerle un precio equivalente a esta última plataforma, lo que reducía sus incentivos para bajar sus precios.

En últimas, CTM se beneficiaba de cualquier reducción en los precios minoristas lograda por sus rivales, sin necesidad de reducir sus propias tarifas de comisión o proporcionar algún otro beneficio a los aseguradores. Además, CTM podía aumentar sus tarifas de comisión sin que los aseguradores cubiertos por sus MFC pudieran reflejar completamente ese aumento en los precios que cotizaban en CTM, en comparación con los precios cotizados en otras plataformas³⁹.

4.2. Los riesgos o perjuicios anticompetitivos de las cláusulas MFC

A partir de la literatura y jurisprudencia foránea revisada en el anterior apartado, es posible identificar al menos tres riesgos o perjuicios anticompetitivos potencialmente relacionados con las cláusulas MFC, que podemos denominar: (i) el desincentivo para competir; (ii) la exclusión de competidores; y (iii) el aumento del poder de negociación de los clientes fuertes⁴⁰.

El desincentivo para competir ocurre cuando estas estipulaciones contractuales hacen menos probable que compradores y vendedores se desvíen de los precios acordados con los clientes mejor favorecidos lo que lleva a una coordinación anticompetitiva. En estos casos, la inclusión de una MFC desalienta al proveedor a ofrecer descuentos a otros compradores, ya que después de ofrecido este debe replicarse en el cliente previamente favorecido. El caso de Apple es un ejemplo de este riesgo: las editoriales no tenían suficientes incentivos para ofrecer precios

39 Competition & Markets Authority, Decision of the Competition and Market Authority, Competition Act 1998, Caso n. ° 50505.

40 Cfr. Jan Peter van der Veer, “Antitrust Scrutiny of Most Favoured-Customer Clauses: An Economic Analysis”, *Journal of European Competition Law and Practice* 6, 501-505 (2020) y W. Stephen Smith, “When Most-Favored Is Disfavored: A Counselor’s Guide to MFNs”, *Antitrust Journal* 27, 2, 10-14 (2013).

menores a los competidores de su cliente predilecto, tanto así que incentivaron una subida de precios en el sector.

El segundo riesgo anticompetitivo de las MFC consiste en la exclusión de competidores. La estipulación de una cláusula de esta clase en contratos de distribución con actores fuertes del mercado puede desincentivar a competidores pequeños e incluso a actores fuertes a ingresar a una plaza determinada. En un importante caso ante las cortes de los Estados Unidos, *United States. v. Blue Cross Blue Shield of Mich.*, una aseguradora pactó cláusulas MFC con proveedores médicos. En virtud de ellas, si un médico o proveedor de aquellos servicios ofrecía un precio más favorable a otra aseguradora, no solamente tenía que igualar la oferta suministrada al competidor, sino que debía mejorarla. Esto último generaba un panorama difícil para los competidores pequeños e, incluso, para los actores fuertes que quisieran participar del mercado médico, ya que sería muy difícil igualar las condiciones ofrecidas por el cliente mejor favorecido⁴¹. El caso de CTM puede ser otro ejemplo de este perjuicio anticompetitivo.

El tercer perjuicio de las MFC es el aumento del poder de negociación de los clientes fuertes, especialmente para los monopolistas de bienes duraderos. Sin una MFC, los compradores tienen un poder de negociación significativo, pero la introducción de una MFC compromete a los proveedores con el precio de monopolio al señalar que este último no hará descuentos en el futuro, aumentando así dramáticamente el poder de negociación del favorecido⁴².

Las anteriores líneas permiten hacer algunas consideraciones sobre la relación de las cláusulas MFC con el Derecho colombiano de la libre competencia, más específicamente, con las prácticas restrictivas de la competencia y los actos de competencia desleal.

4.3. ¿Las Cláusulas MFC pueden considerarse como una práctica restrictiva de la competencia o un acto de competencia desleal?

La libre competencia económica, dentro de sus diversas acepciones, puede entenderse como la posibilidad de los agentes del sistema económico de acudir a un mercado dado⁴³. Aunque en las economías liberales no necesariamente existe

41 Ver: *United States. v. Blue Cross Blue Shield of Mich.*, 809 F. Supp. 2d 665, 669 (E.D. Mich. 2011).

42 Ver: Lee, "Post U.S v. Apple" 249-250.

43 Iván H. Galvis Macías, "Competencia económica y derecho de la competencia: las prácticas restrictivas de la competencia en el derecho colombiano", (Sincelajo, Corporación Universitaria del Caribe, 2020), 117.

un modelo de competencia perfecto en el que todos los partícipes pueden ingresar a un determinado mercado sin contratiempos, sí deben existir condiciones mínimas para garantizar que el mayor número de agentes puedan ofrecer y/o adquirir bienes o servicios en una plaza dada. Por esa razón debe existir un marco normativo que determine las prácticas consideradas como anticompetitivas, y que protejan a su vez el derecho a la libre competencia y los derechos de los consumidores⁴⁴.

En Colombia, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha reconocido que la libre competencia es un derecho de carácter constitucional que consiste en la facultad que tienen los empresarios de orientar sus esfuerzos, factores empresariales y de producción a la conquista de un mercado en igualdad de condiciones⁴⁵. Ese derecho comprende, al menos, la posibilidad de que los agentes concurren al mercado, la libertad de ofrecer las condiciones y ventajas comerciales que consideren oportunas, y la libertad de contratar con cualquier consumidor o usuario⁴⁶.

En aras de proteger ese derecho constitucional, en el ordenamiento jurídico colombiano existe un conjunto de normas orientadas a prevenir y sancionar la competencia desleal y para controlar las prácticas restrictivas de la competencia. Estas últimas prohíben y sancionan los acuerdos o pactos que tengan por objeto “limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales y extranjeros” y en general, toda clase de prácticas que tiendan a limitar la libre competencia o que propendan por mantener o determinar precios inequitativos⁴⁷.

La legislación nacional, bajo una lógica no taxativa, establece al menos tres categorías de prácticas anticompetitivas: (A) los acuerdos contra la libre competencia, (B) los actos contra la libre competencia; y (C) el abuso de la posición dominante⁴⁸. Adicionalmente, contempla actos de competencia desleal como (D) aquellos que atentan fundamentalmente contra el principio de la buena fe comercial⁴⁹.

44 Susan Joekes y Phil Evans, *“Competencia y desarrollo: el poder de los mercados competitivos”*, (Ottawa, Centro Internacional de Investigaciones para el Desarrollo, 2008).

45 Corte Constitucional. Sentencia C-909 de 2010. Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo.

46 Corte Constitucional. Sentencia C-032 de 2017. Magistrado Ponente: Alberto Rojas Ríos.

47 Marcela Castro de Cifuentes. *“Derecho Comercial: Actos de comercio, empresas, comerciantes y empresarios.” 2a Ed.* (Bogotá: Temis-Uniandes. 2016): 308.

48 Ver: Ley 155 de 1959, Decreto 2153 de 1992, Decisión de la Comunidad Andina de Naciones 285 de 1991, Ley 1340 de 2009 y Ley 256 de 1996.

49 *Ibíd* y especialmente, Artículo 7, Ley 256 de 1996.

A. ¿Pueden ser acuerdos contrarios a la libre competencia?

De conformidad con el artículo 45 del Decreto 2153 de 1992, un *acuerdo* restrictivo de la competencia es todo “contrato convenio, concertación, práctica concertada o conscientemente paralela entre dos o más empresas”⁵⁰. En el marco de tal definición, la jurisprudencia ha señalado que un acuerdo contrario a la libre competencia, para ser tal, necesita de una suma de manifestaciones de voluntades de una pluralidad de empresas partícipes⁵¹. En ese sentido, los acuerdos contrarios a la competencia pertenecen, por lo general, a los denominados “acuerdos horizontales entre empresas” que son acuerdos o concertaciones entre competidores directos, que aprovechan una determinada circunstancia para sacar una ventaja del mercado o para intensificar la competencia entre rivales, y excluir a ciertos partícipes⁵².

Las cláusulas MFC son, en esencia, acuerdos entre proveedores y usuarios que pertenecen a una misma cadena de producción. En la práctica, las MFC se suelen incluir en contratos marco de distribución de bienes o servicios, lo que claramente es una operación vertical entre agentes del mercado⁵³. Podría pensarse entonces que las cláusulas MFC no son acuerdos anticompetitivos ya que estos últimos por lo general ocurren en el marco de relaciones horizontales entre competidores. No obstante, el régimen colombiano ha estudiado los acuerdos contrarios a la libre competencia de conformidad con los efectos que estos producen, más que en el contexto en el que se celebran. Por lo tanto, independientemente de que estos se den en relaciones horizontales o verticales de producción o comercialización, pueden ser prácticas ilegales que atenten contra el postulado de libre competencia⁵⁴.

50 El artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 incluye un listado no taxativo de los tipos de acuerdos restrictivos de la competencia, entre los cuales vale la pena mencionar los señalados en los numerales 1, 2 y 7: “1. Los que tengan por objeto o tengan como efecto la fijación directa o indirecta de precios; 2. Los que tengan por objeto o tengan como efecto determinar condiciones de venta o comercialización discriminatoria para con terceros; [...] 7. Los que tengan por objeto o tengan como efecto subordinar el suministro de un producto a aceptación de obligaciones adicionales que por su naturaleza no constitúan el objeto del negocio, sin perjuicio de lo establecido en otras disposiciones”.

51 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia de 5 de diciembre de 2019. C.P. Roberto Augusto Serrato Valdés.

52 Ver: Santiago Martínez Lage y Amadeo Petitbò Juan, “*Los acuerdos horizontales entre empresas*”, (Madrid, Fundación Rafael del Pino y Marcial Pons, 2009), 12.

53 A juicio de la Superintendencia de Industria y Comercio, las relaciones verticales hacen referencia a aquellas que se concertan entre agentes económicos que no compiten entre sí, sino que participan en los diferentes eslabones de la cadena de producción, distribución y/o comercialización de un bien o servicio. Resolución No. 27906 de 2022.

54 “No obstante, en posteriores decisiones, esta Autoridad, siguiendo la línea interpretativa y argumentativa desarrollada a nivel mundial, reconoció que los acuerdos y prácticas restrictivas de carácter

Aunque las cláusulas MFC no han tenido un desarrollo muy notable en la academia jurídica nacional, la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) ha planteado algunos razonamientos sobre su estipulación en contratos celebrados entre plataformas digitales y proveedores de servicios de alojamiento turístico. En un Estudio de Mercado de 2019⁵⁵, la SIC señaló que la existencia de cláusulas MFC o cláusulas de paridad en estos contratos pueden producir efectos anticompetitivos tales como la restricción de competencia entre plataformas, la creación de barreras de entrada, y un efecto negativo entre la competencia de hoteles⁵⁶.

En relación con la restricción de competencia entre plataformas, la SIC señaló que la inclusión de una MFC puede propiciar que un hotel determinado no baje los precios de sus habitaciones por cumplir los compromisos con la plataforma favorecida, o que por el contrario reduzca el precio para esa plataforma y no para las demás⁵⁷. En ese sentido, no existirían incentivos para las plataformas no favorecidas de competir por comisiones, pues no les aseguraría ser la plataforma con el mayor precio del mercado. Sobre el segundo efecto, la creación de barreras de entrada, la SIC señaló que las cláusulas MFC impiden la entrada de nuevos participantes al mercado ya que no podrán ofrecer comisiones a los hoteles más competitivos, en la medida de que aquellos deberán honrar el compromiso de preferir a la plataforma fuerte o privilegiada.

Finalmente, sobre el efecto negativo en la competencia entre hoteles, la autoridad nacional señaló que tales establecimientos de alojamiento no podrán flexibilizar sus precios con facilidad ya que eso redundaría en el incumplimiento de las cláusulas MFC. Por lo tanto, no existirían incentivos para mejorar la oferta con respecto de su competencia directa.

Como puede verse, aunque las cláusulas MFC son acuerdos entre proveedores y clientes que pertenecen a una misma cadena de producción, sus efectos pueden ser extensibles a relaciones horizontales de mercado. Aunque la SIC se refiriera a las cláusulas MFC en el contexto de las plataformas de alojamiento turístico, sus consideraciones son muy similares a las de las experiencias foráneas presentadas: la inclusión de tales estipulaciones puede restringir la competencia, crear barreras

vertical deben distinguirse de las horizontales, en la medida en que en ocasiones pueden estar justificadas por la generación de eficiencias en el mercado” Resolución No. 27906 de 2022.

55 Superintendencia de Industria y Comercio. Delegatura para la Protección de la Competencia. Estudios de mercado: plataformas digitales de emparejamiento de servicios de alojamiento turístico, diciembre de 2019. 19-22.

56 *Ibíd.*

57 *Ibíd.*

de entrada para nuevos partícipes del mercado y desincentivar la libre competencia entre competidores directos. Incluso, las MFC pueden ser acuerdos que tengan por objeto o como efecto la fijación directa o indirecta de precios como quedó visto en los casos de derecho extranjero, forma arquetípica de un acuerdo anticompetitivo.

Una primera conclusión es, entonces, que, si las MFC producen perjuicios anticompetitivos y estos últimos son concertados por dos o más participantes de un mercado determinado, independientemente de que estos pertenezcan a una misma cadena de producción, pueden ser acuerdos anticompetitivos en virtud de la legislación colombiana.⁵⁸

B. ¿Pueden ser actos contrarios a la libre competencia?

Las consideraciones precedentes, entonces, también serían pertinentes para determinar si una cláusula MFC puede ser considerada como un *acto* restrictivo de la competencia. Según el mismo artículo 44 del Decreto 2153 de 1992, un acto es “todo comportamiento de quienes ejerzan una actividad económica”. En la medida en que las cláusulas MFC son un verdadero acuerdo de voluntades, estas no se enmarcarían propiamente como acto unilateral⁵⁹. Sin embargo, dentro de la lista no taxativa de ejemplos de actos contrarios a la libre competencia del artículo 48, se incluye el “[i]nfluenciar a una empresa para que incremente los precios de sus productos o servicios o para desista de su intención de rebajar los precios”. Si tenemos en cuenta el riesgo o perjuicio anticompetitivo de aumento del poder relativo de los clientes fuertes, sería perfectamente posible que, en virtud del cumplimiento de una cláusula MFC, una de las partes inflencie a terceros ajenos a la cláusula para que suban sus precios para igualar a los del cliente más favorecido como condición para participar en la cadena de distribución⁶⁰.

58 Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 64389 de 2022.

59 Al respecto ha señalado la Superintendencia de Industria y Comercio: “Los actos restrictivos de la competencia son comportamientos unilaterales, característica que los diferencia de los acuerdos restrictivos de la competencia (carteles empresariales) que suponen la participación de dos o más agentes del mercado”. Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 4191 de 2017.

60 Sobre este acto contrario a la libre competencia, la Superintendencia de Industria y Comercio ha precisado que los actos restrictivos de la competencia, para configurarse, no requieren ser llevados a cabo por un sujeto calificado o dominante, elemento que diferencia esta conducta de aquellas constitutivas de abuso de la posición dominante, que suponen que el agente que las realiza debe ostentar dicha calidad. (...) Sin embargo, no puede ignorarse que para que un acto restrictivo de los contenidos en el artículo 48 del Decreto 2153 de 1992 goce de elementos suficientes para generar efectos anticompetitivos al mercado, se requiere que el agente que lo desarrolla al menos tenga la posibilidad de influir en el funcionamiento del mismo o de modificar su estructura” Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 4191 de 2017.

C. ¿Pueden configurar un abuso de la posición dominante?

En lo que tiene que ver con el abuso de la posición dominante, la Corte Constitucional colombiana ha señalado que la finalidad de su prohibición está encaminada a evitar que aquellos sujetos que, valiéndose de su supremacía económica y comercial, puedan eliminar a sus competidores imponiendo precios, limitando la producción, aplicando condiciones contractuales desiguales o subordinando la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias⁶¹.

A la luz de la jurisprudencia del Consejo de Estado, para que exista posición dominante deben confluír una entidad o grupo empresarial capaz de ocupar esa posición, un mercado susceptible de ser dominado, y que efectivamente tal entidad o grupo ejerzan esa dominancia⁶². Sumado a eso, el analista deberá constatar que se ha abusado de tal posición en el mercado mediante al menos dos categorías de prácticas: las de abuso de explotación y las de abuso de exclusión. A juicio de la SIC, las primeras se refieren al aprovechamiento de una compañía o grupo empresarial de su poder en el mercado para apropiarse de la renta de sus clientes, mediante acciones como el aumento de precios, la reducción de calidad o la discriminación de clientes basada en presupuestos subjetivos⁶³. Las segundas, por otra parte, se refieren a la implementación de conductas que obliguen a los competidores a abandonar el mercado, impedir u obstruir su acceso, o a ejercer una competencia débil⁶⁴.

Aunque ejemplos como el de Apple Inc., citado anteriormente, puede ser, a primera vista, una maniobra para subir los precios e impedir u obstruir el acceso de otros competidores, en nuestro medio no necesariamente se puede considerar un abuso de posición dominante. Si bien las MFC pueden producir ciertos perjuicios anticompetitivos, por sí solas no pueden valorarse como un abuso de posición de dominio en tanto a tal conclusión solo puede llegarse una vez se haya establecido la existencia de esa posición, y se haya constatado su efecto nocivo en el mercado, cosa que ocurrirá en el análisis del caso a caso.

61 Corte Constitucional., Sentencia C-228 de 2010. Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.

62 Consejo de Estado. Sala de lo Contenciosos Administrativo. Sección Primera. Sentencia de 23 de mayo de 2013. C.P. Marco Antonio Velilla Moreno.

63 Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 22624 de 2005. Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 53403 de 2013. Ver también: Carlos Ignacio Arboleda Suárez, "El abuso de la posición de dominio en Colombia", *Revista de Derecho de la Competencia* 13, n. ° 13, 111-134 (2017): 116.

64 *Ibíd.*

En ese sentido, para establecer con certeza si comportan una de estas tres prácticas restrictivas, y con ello perjuicios anticompetitivos, estas deberán apreciarse en virtud del contexto correspondiente. Así, una segunda conclusión es que para determinar si una MFC genera un perjuicio anticompetitivo se requiere de un examen exhaustivo de las circunstancias del caso, incluido el contexto en el que se adoptaron y los efectos resultantes de su implementación⁶⁵.

De considerarse que una cláusula constituye una práctica restrictiva, su efecto sería la posibilidad de que se declare su nulidad absoluta por objeto ilícito, a petición de parte o de cualquier interesado, e incluso de oficio por el juez competente⁶⁶.

D. ¿Pueden constituir las cláusulas MFC un acto de competencia desleal?

Muy de la mano con las prácticas restrictivas de la competencia, los actos de competencia desleal son todos aquellos actos unilaterales, convenios o acuerdos que vayan en contra de la buena fe comercial⁶⁷, las sanas costumbres mercantiles y que se realizan en el mercado con fines concurrenciales⁶⁸. El régimen que sanciona los actos de competencia desleal está encaminado más que todo a evitar que un actor provoque “la desorganización del mercado” por medio de maniobras contrarias a los postulados de rectitud y probidad emanados de la buena fe, como actos de descrédito, confusión, desviación irregular de clientela o desestabilización de la empresa rival, entre otras⁶⁹. Para la Sala Civil de la Corte Suprema, la diferencia entre el régimen de competencia desleal y de prácticas restrictivas consiste en el enfoque de protección: en este último, se protege objetiva y colectivamente la libre competencia como derecho constitucional, mientras que el primero apunta

65 Ver: Lee, “*Post U.S v. Apple*” 259.

66 Que en este caso sería la Delegatura de Competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio. Ver: Artículos 46 y 52, Decreto 2153 de 1992.

67 Al respecto, la buena fe comercial se entiende como una manifestación particular del principio general de buena fe aplicable a todo el ordenamiento jurídico colombiano (art. 83, Constitución Política), y en Derecho privado se descompone en dimensiones subjetivas (creencia de que la actuación es correcta) y objetivas (concordancia de la actuación a los postulados generales de corrección, probidad, honestidad e integridad).

68 Artículos 1, 2 y 7, Ley 256 de 1996.

69 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencias de 12 de septiembre de 1995. G. J. t. CCLXXXVII, Vol. 1, No. 2475, Rad.: 3939, M. P. Nicolás Becharas Simancas, y de 13 de octubre de 2021, SC4174-2021, Rad.: 11183-01. M.P. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo.

a proteger subjetivamente a cada uno de los competidores, consumidores y participantes del mercado⁷⁰.

La Ley 256 de 1996 establece un catálogo no taxativo de actos de competencia desleal, así como una prohibición general residual contenida en el artículo 7. Esta establece que es desleal

todo acto o hecho que se realice en el mercado con fines concurrenciales, cuando resulte contrario a las sanas costumbres mercantiles, al principio de la buena fe comercial, a los usos honestos en materia industrial o comercial, o bien cuando esté encaminado a afectar o afecte la libertad de decisión del comprador o consumidor, o el funcionamiento concurrencial del mercado⁷¹.

De manera que estos actos quedan prohibidos. En la jurisprudencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, para que un acto sea considerado como desleal, debe: “(i) realizarse en el mercado, (ii) que sea de índole concurrencial, es decir, que tenga el propósito de mantener o aumentar la participación de quien lo realiza o de un tercero; y (iii) que corresponde a una de las conductas expresamente prohibidas por el ordenamiento, sea general (art. 7) o específica (arts. 8 a 19)”⁷².

En la medida en que la finalidad proteccionista del régimen de competencia desleal está encaminada más a la protección subjetiva de los actores del mercado, los efectos son distintos a la nulidad absoluta por objeto ilícito de las prácticas restrictivas de la competencia. En efecto, en virtud de los artículos 20 y 21, las partes afectadas pueden intentar dos tipos de acciones: la preventiva y la declarativa. La preventiva busca evitar que aquellos actos no consumados o perfeccionados, que tengan un riesgo inminente de generar la deslealtad reprochada, se ejecuten. La declarativa persigue que se declare la ilegalidad del acto (objeto ilícito), además de que se condene al infractor a pagar una indemnización de perjuicios al afectado. Al estar pensadas en función de los intereses del demandante, no pueden ser declaradas oficiosamente.

Sobre esta base, y al igual que con las prácticas restrictivas de la competencia, no toda cláusula MFC comporta *per se* un acto de competencia desleal. En primer lugar, porque no necesariamente se ajusta a ninguno de los actos tipificados en los artículos 8 a 19 de la Ley 256. Y en segundo, porque no necesariamente

70 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 13 de noviembre de 2013. Rad.: 02015-01. M. P. Arturo Solarte Rodríguez.

71 Artículo 7, Ley 256 de 1996.

72 *Ibíd.*

comporta un acto cobijado por la prohibición general del artículo 7. Para analizar si lo es, se debería estudiar (i) si la cláusula tiene el riesgo de producir o produce efectivamente uno de los perjuicios anticompetitivos vistos, (ii) si se realiza en el mercado con fines concurrenciales, y (iii) si es claro que vulnera la buena fe comercial⁷³. Por buena fe comercial debe entenderse, como lo ha reseñado la jurisprudencia de la Superintendencia de la SIC, “a la práctica que se ajusta a los mandatos de honestidad, confianza, honorabilidad, lealtad y sinceridad que rige a los comerciantes en sus actuaciones”⁷⁴. Es importante hacer el matiz de que el acto de competencia desleal puede ser inminente, de manera que no es necesario que se haya firmado la cláusula MFC para que, de cumplirse los requisitos, los afectados intenten la acción preventiva.

5. Conclusiones

En este artículo hemos explorado la noción, antecedentes, características, eficacia y efectos de las cláusulas MFC en el derecho colombiano, particularmente en materia de libre competencia. A pesar de que son cláusulas relativamente comunes en ciertos contratos de ejecución sucesiva, la escasez de literatura colombiana al respecto justificó explorar su contenido y alcances como una figura autónoma y distinta de otros pactos semejantes como la estipulación a favor de tercero, la promesa por otro, la preferencia, el pacto de mejor comprador, los contratos marco o normativos, o las cláusulas de exclusividad. También vimos que, inspiradas en las cláusulas de Nación Más Favorecida en el comercio internacional, una de las finalidades de estas cláusulas es evitar el trato discriminatorio hacia ciertos contratantes, garantizando que todos tengan condiciones y ventajas similares.

73 Según la Superintendencia de Industria y Comercio, la aplicación del artículo 7 puede hacerse de forma independiente en caso de que la conducta no se enmarque en ninguno de los otros actos típicos de competencia desleal. En palabras de la SIC: “la cláusula general de competencia desleal, prevista en nuestro ordenamiento en el artículo 7º de la Ley 256 de 1996, si bien tiene como función el ser un principio informador y un elemento de interpretación de todo el sistema de normas prohibitivas de la deslealtad en la competencia, es una verdadera norma a partir de la cual se derivan deberes específicos y que está destinada a abarcar conductas desleales que no puedan enmarcarse dentro de los tipos contemplados en los artículos 8º a 19 de la citada Ley 256, circunstancia de la que se derivan dos consecuencias: en primer lugar, que la evocación del artículo 7º, *ibidem*, no resulta viable cuando la conducta se encuadra en otro tipo desleal, y en segundo lugar, que en el contenido de la cláusula general no es procedente incorporar conductas específicamente enmarcadas en los tipos específicos, pero que no reúnen la totalidad de los presupuestos materiales configurativos de la deslealtad correspondientes”. Superintendencia de Industria y Comercio. Delegatura de Protección de la Competencia. Sentencia No. 18 de 20 de octubre de 2010.

74 Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 17710 de 2005.

En materia de eficacia, vimos que merece especial atención el examen de las cláusulas MFC a la luz del régimen de libre competencia para determinar su validez. Con base en la literatura y jurisprudencia extranjera analizada, se identificaron tres posibles riesgos o perjuicios anticompetitivos que una cláusula MFC puede comportar: (i) el desincentivo para competir; (ii) la exclusión de competidores; (iii) el aumento de poder de negociación de clientes fuertes. Sobre esa línea, ante la pregunta de si una cláusula MFC puede ser considerada como una práctica restrictiva de la competencia o un acto de competencia desleal, la respuesta a la que llegamos fue negativa. Únicamente si estas cláusulas, según el caso concreto, suponen un riesgo o perjuicio anticompetitivo en el territorio colombiano, y se ajustan a los requisitos de una práctica restrictiva o de un acto genérico de competencia desleal, se puede afirmar que son ineficaces por vulnerar el régimen de libre competencia, y desencadenar los efectos correspondientes a su violación. Vale la pena insistir en que este artículo no buscó adentrarse en los detalles del régimen de competencia colombiano, sino apenas servir como marco exploratorio para un análisis más profundo.

En la medida en que es una cláusula poco tratada en la doctrina y la jurisprudencia colombianas, esperamos que este artículo fomente el debate alrededor de su eficacia y efectos, especialmente en cuanto a su inclusión en contratos comerciales que regulan operaciones económicas significativas, como la distribución de bienes y servicios. En particular, valdría la pena seguir explorando alrededor de los dos aspectos en tensión sobre la eficacia de estas cláusulas: ¿cómo conciliar los propósitos de igualdad y no discriminación, propios de las cláusulas MFC, con la libre competencia económica? La pregunta queda sobre la mesa para profundizar en ello en estudios posteriores.

Bibliografía

Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de la Organización Mundial del Comercio.

Adams, Stirling. “Negotiating a Commercial Most Favored Nation Clause”, *International Law & Management Review* 1 (2005).

Akman, Pinar y Morten Hviid, “A Most-Favoured-Customer Guarantee with a Twist”, Centre for Competition Policy Working Paper 05-8, (2005): 5.

Albornoz Cano, Javier, Camilo Larraín Siebel y Juan Pablo Iglesias, “Cláusulas de Nación Más Favorecida (MFN) en mercados de plataformas digitales ¿pro-competitivas o anti-competitivas”, en *Programa UC Libre Competencia* n. ° 1 (2021): 5-6.

Arboleda Suárez, Carlos Ignacio. “El abuso de la posición de dominio en Colombia” en *Revista de Derecho de la Competencia* 13, n. ° 13 (2017): 116.

Baker, Jonathan B. “Vertical restraints with Horizontal Consequences: Competitive Effects of Most Favored-Customer Clauses”, *Antitrust Law Journal* 64, n. ° 3 (1996): 519.

Baker, Jonathan B. y Judith A. Chevalier, “The Competitive Consequences of Most Favored Nation Provisions”, *Antitrust* 27, n. ° 2 (2013): 20.

Bernal Fandiño, Mariana. “Reflexiones sobre los contratos marco”. En *Vni-versitas*, 136 (Bogotá), 2018. 1-19.

Bonivento Fernández, José Alejandro. *Los principales contratos civiles y su paralelo con los comerciales*. 19a Ed. Bogotá: Ed. Del Profesional. 2015.

Butz, D. y Kleit A, “Are Vertical Restraints pro or anticompetitive?” *Chi-cago Journals* 44, n. ° 1, 131-160 (2012).

Carlton Snyder, Richard. *The Most Favoured-Nation Clause* (Nueva York: King’s Crown Press, 1948), 11.

Castro de Cifuentes, Marcela “Los contratos normativos y los contra-tos marco en el derecho privado contemporáneo”. *Revista de Estudios Sociojurídicos*. 21. 1. (Bogotá), 2019. 121-150.

_____. “*Derecho Comercial: Actos de comercio, empresas, comerciantes y em-presarios*”. 2a Ed. Bogotá: Temis-Uniandes. 2016.

Celnicker, Arnold. “A Competitive Analysis of Most Favored Nations Clauses in Contracts Between Health Care Providers and Insurers”, *North Carolina Law Review* 69, n. ° 3 (1991): 863.

Claro Solar, Luis. *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*, t. 11.º, Santiago: Editorial jurídica de Chile, 1988.

Código Civil Colombiano

Código de Comercio Colombiano

Colin, Ambrosio y Henri Capitant, *Curso elemental de derecho civil*, t. 3.º traducido por Revista general de legislación y jurisprudencia Madrid: Edi-torial Reus, 1924.

Competition & Markets Authority, Decision of the Competition and Market Authority, Competition Act 1998, Casa 50505.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia de 5 de diciembre de 2019. C.P. Roberto Augusto Serrato Valdés.

____. Sentencia de 23 de mayo de 2013. C.P. Marco Antonio Velilla Moreno.

Cooper, Thomas E. “Most-Favoured-Customer Pricing and Tacit Collusion”, *The RAND Journal of Economics* 17, n. ° 3 (1986).

Corte Constitucional. Sentencia C-228 de 2010. Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.

____. Sentencia C-909 de 2010. Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo.

____. Sentencia C-032 de 2017. Magistrado Ponente: Alberto Rojas Ríos

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 18 de mayo de 1946. G.J. t. LXII, No. 2046. Pág.: 18. M.P. Hernán Salamanca

____. Sentencia de 10 de marzo de 1970. G.J. t. CXXXIII, No. 2322-2324, p. 121. M.P. César Gómez Estrada.

____. Sentencia de 12 de septiembre de 1995. G. J. t. CCLXXXVII, Vol. 1, No. 2475, Rad.: 3939, M. P. Nicolás Becharas Simancas

____. Sentencia de 30 de octubre de 2001. Exp.: 5851. M.P. José Fernando Ramírez Gómez.

____. Sentencia de 13 de noviembre de 2013. Rad.: 02015-01. M. P. Arturo Solarte Rodríguez.

____. Sentencia de 13 de octubre de 2021, SC4174-2021, Rad.: 11183-01. M.P. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo.

Decisión de la Comunidad Andina de Naciones 285 de 1991.

Decreto 2153 de 1992

Diebold, Nicolas F. “Standards of Non-Discrimination in International Economic Law”, *The International and Comparative Law Quarterly* 60, n. ° 4 (2011).

Exrachi, Ariel. “The Competitive Effects of Parity Clauses on Online Commerce”, *Oxford Legal Studies Research Paper* n. ° 55/2015 (2015).

Galvis Macías, Iván H. *Competencia económica y derecho de la competencia: las prácticas restrictivas de la competencia en el derecho colombiano*, (Sincelejo, Corporación Universitaria del Caribe, 2020).

Gönenç, Gürkayank, Ayse Güner, Sinan Diniz y Janelle Filson, “Most-Favored-Nation Clauses in Commercial Contracts: Legal and Economic

Analysis and Proposal for a Guideline”, *European Journal of Law and Economics* 42 (2016).

Herdegen, Matthias, *Principles of International Economic Law*, 2.^a ed. Oxford: Oxford University Press, 2016.

Hinestrosa, Fernando, *Tratado de las Obligaciones II*, Tomo II Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2015. 423,

Horn, Henrik y Petros C. Mavroidis, “Economic and legal aspects of the Most-Favored-Nation clause”, *European Journal of Political Economy* 17 (2001).

Joekes, Susan y Phil Evans. *Competencia y desarrollo: el poder de los mercados competitivos*, Ottawa, Centro Internacional de Investigaciones para el Desarrollo, 2008.

Lee, Jennifer D. “Post U.S., v. Apple: How Should Most-Favored Nation Clauses Be Treated Now”, *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal* 33, n. ° 1 (2015): 250.

Ley 155 de 1959

Ley 256 de 1996

Ley 1340 de 2009

Martínez Lage, Santiago y Amadeo Petitbò Juan, Los acuerdos horizontales entre empresas, Madrid, Fundación Rafael del Pino y Marcial Pons, 2009.

Rengifo Gardeazábal, Mauricio. *La formación del contrato*. Bogotá: Temis. 2016.

Ruíz, Laura Marcela. “Las restricciones verticales en la política de competencia colombiana. Parámetros de análisis de casos”, *Revista de Derecho Privado* 11, 5-31 (2013).

Smith, Stephen W. “When Most-Favored Is Disfavored: A Counselor’s Guide to MFNs”, *Antitrust Journal* 27, n. ° 2, 10-14 (2013).

Stenger, Susan E. “Most-Favored-Nation Clauses and Monopsonistic Power: An Unhealthy Mix?”, *American Journal of Law and Medicine* 15, n. ° 1 (1989): 112.

Suescún Melo, Jorge. *Derecho Privado. Estudios de Derecho Civil y Comercial Contemporáneo*. T. II. 2a Ed. Bogotá: Legis. 2003.

Superintendencia de Industria y Comercio. Delegatura para la Protección de la Competencia. Estudios de mercado: plataformas digitales de emparejamiento de servicios de alojamiento turístico, diciembre de 2019. 19-22.

____. Resolución No. 17710 de 2005.

____. Resolución No. 22624 de 2005.

____. Resolución No. 53403 de 2013.

____. Resolución No. 27906 de 2022.

____. Resolución No. 64389 de 2022.

____. Sentencia No. 18 de 20 de octubre de 2010.

United States v. Apple, Inc., 791 F.3d 290 (US. Court of Appeals for the 2d Cir. 2015).

United States. v. Blue Cross Blue Shield of Mich., 809 F. Supp. 2d 665, 669 (E.D. Mich. 2011).

Van der Veer Jan Peter, “Antitrust Scrutiny of Most Favoured-Customer Clauses: An Economic Analysis”, *Journal of European Competition Law and Practice* 6, 501-505 (2020)

Vélez, Fernando. *Estudio sobre el derecho civil colombiano*, t. 6.º, 2.ª ed. Bogotá: Imprenta París América, 1926.

Ya Qin, Julia. “Defining Nondiscrimination under the Law of the World Trade Organization”. *International Lay Journal* 23, n. ° 215 (2005).