



TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA

CUADERNO JUDICIAL 008-2024

Sesión 19-J-TJCA-2024

Criterios jurídicos interpretativos relevantes emitidos por el TJCA el 27 de agosto de 2024 en materia de propiedad intelectual y defensa de la libre competencia
(Sesión Judicial 19-J-TJCA-2024)

Interpretación Prejudicial 227-IP-2023, que interpreta disposiciones de las Decisiones 351 (Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos) y 608 (Normas para la protección y promoción de la libre competencia en la Comunidad Andina), en el marco de la controversia del procedimiento interno, consistente en determinar si una sociedad de gestión colectiva habría abusado o no de su posición dominante, en la modalidad de práctica discriminatoria, al presuntamente cobrar a unos cableoperadores una tarifa menor de la que cobraría a otros, pese a que ofertaría el mismo servicio.

Quito, septiembre de 2024

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, *Criterios jurídicos interpretativos relevantes emitidos por el TJCA el 27 de agosto de 2024 en materia de propiedad intelectual y defensa de la libre competencia (Sesión Judicial 19-J-TJCA-2024)*, Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Quito, septiembre, 2024.

© **Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina**

Fotografía de portada:

Íñigo Salvador Crespo

Diagramación, edición de portada y elaboración de contenido:

Mario Mateo Santos Pérez

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina

Magistrados

Íñigo Salvador Crespo (Presidente)

Sandra Catalina Charris Rebellón

Hugo R. Gómez Apac

Rogelio Mayta Mayta

Secretaria General

Karla Margot Rodríguez Noblejas

Jefa Administrativa y Financiera

Germania Achig Castellanos

Abogados Asesores

Alejandra Muñoz Torres

Carlos Sebastián Garcés Vásquez

Carlos Gonzalo Vaca Dueñas

John Alexander García Rodríguez

Mariohr Pacheco Sotillo

Auxiliar Judicial

Mario Mateo Santos Pérez

Consultora legal

Lupe Helena Núñez del Arco Viteri

Índice:

- El presunto abuso de la posición de dominio de una sociedad de gestión colectiva en la modalidad de discriminación de tarifas entre cableoperadores.....5

El presunto abuso de la posición de dominio de una sociedad de gestión colectiva en la modalidad de discriminación de tarifas entre cableoperadores

Mediante Sentencia de interpretación prejudicial recaída en el proceso 227-IP-2023¹ del 27 de agosto de 2024, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 5540 del 2 de septiembre de 2024, el TJCA interpretó lo siguiente sobre la posibilidad de que las sociedades de gestión colectiva cometan abusos de posición de dominio a través de la adopción de condiciones desiguales para terceros contratantes en situaciones análogas, colocándolos en desventaja competitiva; conducta tipificada en el literal d) del artículo 8 de la Decisión 608:

«El abuso de posición de dominio en el mercado: el caso de las sociedades de gestión colectiva

...Considerando las normas objeto de interpretación, resulta importante delimitar el alcance de los supuestos previstos en el artículo 8 de la Decisión 608; sin ignorar que, en aplicación de lo establecido en el literal g) de dicho artículo, estos supuestos son *numerus apertus*. En el presente asunto, interesa principalmente el supuesto del literal d) según el cual:

“**Artículo 8.-** Se presumen que constituyen conductas de abuso de una posición de dominio en el mercado:

(...)

d) La adopción de condiciones desiguales con relación a terceros contratantes de situación análoga, en el caso de prestaciones u operaciones equivalentes, colocándolos en desventaja competitiva;

(...)”

...A la luz de lo establecido en el artículo 8 de la Decisión 608, constituyen modalidades de abuso de posición de dominio todas aquellas conductas que impidan o dificulten el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado por razones diferentes a la eficiencia económica.

La eficiencia económica traduce el esfuerzo empresarial de ofrecer al mercado productos o servicios a menores precios, de mejor calidad, en mayor variedad, acceso más rápido y fácil, o con mejores servicios de *pre* o *post* venta para los consumidores. Estas eficiencias permiten a las empresas atraer más clientes y consumidores. La competencia entre las

¹ El magistrado Rogelio Mayta Mayta emite voto disidente en esta providencia.

empresas por captar más clientes las incentiva a satisfacer los gustos, preferencias y capacidad de gasto de los consumidores, todo lo cual lleva a ofrecer mejores posibilidades de elección a los consumidores.

...Las eficiencias económicas implementadas por una empresa que cuente con posición de dominio pueden tener un efecto exclusorio en el mercado, pues las empresas competidoras que no tengan la capacidad de enfrentar o desafiar los menores precios, mejor calidad, mayor variedad, etc. ofrecidos por la dominante, probablemente saldrán del mercado por elección de los consumidores. El esfuerzo empresarial que significa adoptar eficiencias productivas o innovativas constituye una barrera lícita que dificulta la permanencia de los competidores en el mercado, provocando su salida, o que impide el ingreso de nuevos competidores. Es lo que se conoce como el daño concurrencial lícito.

...El reproche al abuso de posición de dominio es que la empresa incumbente, en lugar de introducir eficiencias económicas —esto es, ofertar en el mercado productos o servicios a menores precios, de mejor calidad, en mayor variedad o más accesibles— para conservar o fortalecer su posición de dominio, utiliza esta posición para incrementar sus ventas o cuota de mercado, eliminar a sus competidores o impedir que nuevos competidores entren al mercado, obtener más ganancias, etc. En otras palabras, el abuso de la posición de dominio consiste en obtener beneficios, ventajas o ganancias —de manera directa o indirecta— a través de la posición de dominio y no sobre la base del esfuerzo empresarial: la competencia por méritos.

...La literatura jurídica y económica especializada, así como la jurisprudencia comparada, suelen diferenciar dos modalidades de abuso de posición de dominio: el abuso “explotativo” y el abuso “exclusorio”¹⁵. El primero expresa el simple ejercicio de la posición de dominio (poder de mercado), y la modalidad por excelencia —pero no la única— de este tipo de ilícito es el denominado precio abusivo o inequitativo. El segundo, en cambio, es el abuso que restringe la competencia; que perjudica a los competidores actuales o potenciales. Por “competidores” se entiende a los competidores de:

- a) la empresa dominante;
- b) empresas vinculadas a la empresa dominante; o
- c) empresas que representan un interés para la empresa dominante.

...La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) ha mencionado que:

“Tradicionalmente, las leyes de competencia y los organismos encargados de su implementación han reconocido como abusivos dos amplios tipos de conducta empresarial:

- Abusos explotativos, en los que una empresa se aprovecha de su poder de mercado cobrando precios excesivamente altos a sus clientes, discriminando entre consumidores, pagando precios bajos a sus proveedores o mediante prácticas relacionadas.
- Abusos exclusorios, en los que una empresa intenta suprimir la competencia, por ejemplo, negándose a negociar con un competidor, aumentando los costos de entrada de los competidores a un mercado o cobrando precios predatorios”¹⁶.

...En línea con lo anterior, la Oficina de Comercio Justo del Reino Unido explica que:

“La conducta abusiva generalmente entra en una de las siguientes categorías o ambas:

- conductas que explotan a los clientes o proveedores (por ejemplo, precios excesivamente altos), o
- conductas exclusorias, porque eliminan o debilitan la competencia de competidores existentes, o establece o fortalece barreras de entrada, eliminando o debilitando de esta manera potencial competencia.

El comportamiento exclusorio puede incluir precios excesivamente bajos y ciertos esquemas de descuento, cuando su (probable) efecto sea cerrar un mercado, así como restricciones verticales o negativas a brindar suministro cuando (posiblemente) cierren mercados o debiliten la competencia. Sin embargo, cualquiera que sea la forma del comportamiento en cuestión, su posible efecto sobre la competencia dependerá de las circunstancias del caso...”¹⁷

...El resultado del abuso es un “beneficio” para la empresa dominante. El beneficio puede ser directo para la empresa dominante o indirecto, lo que significa, en este segundo supuesto, **un beneficio para el grupo económico o grupo de interés de la firma dominante**. De ahí que resulta pertinente reiterar que no hay abuso si la empresa dominante no gana nada. Menos hay abuso si ella pierde. Si la empresa cuya conducta es analizada por la autoridad de competencia no puede imponer sus condiciones; si ella se ve forzada a asumir condiciones que la perjudican,

no solo no hay abuso, sino que posiblemente ni siquiera haya poder de mercado.

...A la luz de lo anterior, se tiene que el literal d) del artículo 8 de la Decisión 608 proscribire la conducta de la empresa dominante que adopta condiciones desiguales con relación a terceros contratantes de situación análoga, en el caso de prestaciones u operaciones equivalentes, colocándolos en desventaja competitiva.

...En la medida que la conducta a que se refiere esta norma (la práctica discriminatoria prevista el literal d) del artículo 8 de la Decisión 608) es una práctica exclusoria, sí es requisito, para que se configure el abuso de la posición de dominio, que el agente económico dominante obtenga beneficios y perjudique a competidores reales o potenciales. Esto podría traducirse en un incremento de sus ventas, ganancias o cuota de mercado, la eliminación de sus competidores, o el establecimiento de condiciones que impidan el ingreso al mercado de nuevos competidores. El agente económico dominante debe restringir de manera indebida la competencia, obteniendo beneficios y perjudicando a competidores reales o potenciales. Y por competidores, se entiende a los competidores reales o potenciales del operador económico dominante, o de operadores económicos vinculados a este de una u otra forma, o que representan un interés a aquel.

Sobre si existe una posición de dominio ejercida por las Sociedades de Gestión Colectiva

...El literal k) del artículo 45 de la Decisión 351 recoge el *principio de exclusividad*, explicado en la jurisprudencia del TJCA —los párrafos [4.6] al [4.13] de las páginas 15 a 18 de la Interpretación Prejudicial 383-IP-2021 del 17 de mayo de 2023, que constan en las páginas 16 a 19 de la GOAC 5186 del 22 de mayo de 2023¹⁸—, según el cual la administración de un determinado derecho de autor o conexo puede ser confiada a más de una SGC o mantenerse bajo gestión individual. No es posible que dos SGC gestionen el mismo derecho, ni que sobre este haya una gestión colectiva e individual al mismo tiempo.

...El principio de exclusividad, por sí mismo, no constituye una barrera de entrada al mercado que impida la competencia entre dos SGC del mismo rubro (género o rama). Sin embargo, como lo señaló el TJCA en la Sentencia de fecha 11 de marzo de 2022, dentro del Proceso 01-AI-2019, a mayor número de titulares de derechos de autor y derechos conexos miembros de una SGC y a mayor el número de usuarios, la gestión colectiva se beneficia de economías de red, de economías de escala y se vuelve más valiosa la participación de cada miembro y usuario adicional,

todo lo cual genera una barrera de entrada al mercado para un competidor: una SGC del mismo rubro, género o rama.¹⁹

...En dicha sentencia, el TJCA reconoció que las SGC tienen, en la práctica, dos mercados cautivos. El primero, relacionado con los titulares de los derechos de autor y derechos conexos que gestionan; y, el segundo, respecto de los usuarios de dichos derechos.

...En ese escenario, la existencia de contratos de representación recíproca y el principio de exclusividad son elementos que coadyuvan a impedir que dos o más SGC del mismo rubro (género o rama) compitan entre sí. Como ha quedado señalado, el artículo 45 de la Decisión 351 dispone que la autorización de los titulares de derechos al momento de afiliarse a una sociedad de gestión colectiva se dará cuando se den en cumplimiento de una serie de requisitos, entre los que se encuentra, el compromiso de no aceptar miembros de otras SGC del mismo género, del país o del extranjero, que no hubieran renunciado previa y expresamente a ellas (literal k).

...Conforme al artículo 9 de la Decisión 608 se entiende que uno o más agentes económicos tienen posición de dominio en el mercado relevante, cuando tienen la posibilidad de restringir, afectar o distorsionar, en forma sustancial, las condiciones de la oferta o demanda en dicho mercado, sin que los demás agentes económicos competidores o no, potenciales o reales, o los consumidores puedan, en ese momento o en un futuro inmediato, contrarrestar dicha posibilidad. En esa medida, la existencia de una barrera legal que impide, dificulta, retrasa o hace más costosa la entrada de competidores al mercado es un elemento que debe ser analizado por la autoridad de defensa de la competencia supranacional al momento de analizar si la empresa denunciada tiene o no posición de dominio en los términos previstos en el artículo 9 de la Decisión 608.

El establecimiento de tarifas por parte de las Sociedades de Gestión Colectiva y posibilidad de negociación con terceros

...Conforme al artículo 48 de la Decisión 351, las tarifas a cobrar por parte de las entidades de gestión colectiva deberán ser proporcionales a los ingresos que se obtengan con la utilización de las obras, interpretaciones o ejecuciones artísticas o producciones fonográficas, según corresponda, salvo que las legislaciones internas de los Países Miembros expresamente dispongan algo distinto. En consecuencia, los Países Miembros pueden establecer en su legislación interna, de manera expresa, algo distinto a lo previsto en el artículo 48 de la Decisión 351.

...Tratándose de la fijación de tarifas, es preciso tomar en consideración la legislación interna de los Países Miembros en la materia, así como el deber de las SGC de tener reglamentos sobre tarifas y el de publicar cuando menos anualmente, las tarifas generales por el uso de los derechos que representan (artículo 45, literales g) y h) de la Decisión 351). El Tribunal ha explicado en su jurisprudencia el régimen correspondiente a las tarifas fijadas por las SGC²⁰. Asimismo, ha explicado algunos de los criterios generales que pueden ser considerados por estas entidades para el establecimiento de tales tarifas²¹. Por su parte los Países Miembros han adoptado normas internas en esta materia, por ejemplo, sujetando a aprobación las tarifas, estableciendo montos máximos o incluso autorizando tratos especiales y diferenciados para atender necesidades de ciertas comunidades²². Por eso, para determinar si es posible adelantar una negociación sobre tarifas especiales con terceros, es necesario remitirse a la norma interna del respectivo País Miembro, en caso este lo haya regulado de manera expresa.

...Las SGC, en ejercicio de sus facultades estatutarias y libertad contractual, bien podrían convenir con terceros, tarifas distintas a las establecidas en sus tarifarios aprobados por la autoridad nacional competente, siempre y cuando la norma interna no lo prohíba o no haya establecido condiciones para su ejercicio —en caso la norma nacional haya establecido condiciones para su ejercicio, dichas condiciones deberán acatarse—, y ello represente un beneficio justificado para los titulares de derechos de autor y conexos que representan.

...Lo cierto es que, al ser aprobadas por una autoridad pública, será preciso que tomen en consideración los criterios de proporcionalidad y razonabilidad contemplados en el artículo 48 de la Decisión 351, antes citado. En ese sentido, difícilmente podrá una SGC abusar de su posición de dominio al cobrar los valores establecidos en su tarifario que ha sido previamente aprobado por la autoridad nacional competente.

Sobre las consecuencias competitivas que podría traer el establecimiento de tarifas desiguales por parte de Sociedades de Gestión Colectiva

...Como se explicó en líneas anteriores, la posición de dominio, de la que generalmente gozan las SGC, no representa *per se* una restricción competitiva sancionable. Es su empleo abusivo el que puede ser sometido al escrutinio de las autoridades de competencia correspondiente.

...En el caso particular del literal d) del artículo 8 de la Decisión 608, como se explicó en líneas anteriores, la frase “colocándolos en desventaja

competitiva” evidencia el carácter exclusorio de la conducta tipificada en dicho literal.

...Si en un determinado mercado, la legislación ha establecido un régimen de regulación económica, en el sentido de que una autoridad administrativa autoriza, fija o establece el precio (o tarifa) que va a cobrar la empresa o empresas de dicho mercado por un determinado producto o servicio, es evidente que no se podría cuestionar dicho precio, pues no puede ser abusivo un precio establecido por la autoridad administrativa. En este caso, quien se considere perjudicado por dicho precio podría cuestionar, por las vías legales que corresponda, el acto administrativo que ha establecido el mencionado precio, de conformidad con la legislación aplicable.

...Como se explicó en la sección anterior, el artículo 48 de la Decisión 351 faculta a los Países Miembros a regular autónomamente ciertos aspectos relacionados con el cálculo y cobro de tarifas por parte de SGC. En consecuencia, nada impide que la legislación nacional establezca que la autoridad nacional competente aprobará, establecerá o fijará las tarifas de las SGC.

...Dada la condición de las SGC, la aprobación administrativa de sus tarifas lo que busca es que estas sean razonables, equitativas y proporcionales. La norma andina contiene los elementos esenciales que se deben garantizar en relación con las tarifas y no ha prohibido que, sobre la base de la libertad contractual, las SGC tengan la potestad de convenir con los usuarios en las tarifas a ser pagadas, pero esta potestad podría quedar delimitada a la luz de lo expresamente regulado en el derecho interno.

...Con base en lo anterior, las SGC podrían convenir con los usuarios (o asociaciones o gremios de usuarios) tarifas distintas a las aprobadas administrativamente o negociar descuentos por volumen, pronto pago, pago anticipado, entre otras, siempre que la adopción de condiciones diferenciales no ponga en condiciones de desventaja competitiva a terceros contratantes de una situación análoga, en el caso de prestaciones u operaciones equivalentes.

...Sin perjuicio de lo anterior, se aclara nuevamente que esta es la interpretación particular de la norma contenida en la Decisión 608, la cual es vinculante en casos de conductas anticompetitivas transfronterizas. Este criterio puede ser empleado orientativamente por las autoridades nacionales que analicen conductas que se restrinjan a sus jurisdicciones si lo vieran conveniente.

¹⁵ Banco Mundial & OCDE, *A framework for the design and implementation of competition law and policy*, Washington, 1998. Disponible en: <https://documents1.worldbank.org/curated/en/977331468759588195/pdf/multi-page.pdf>

¹⁶ Traducción propia del original en inglés:

“Two broad types of business conduct have traditionally been recognized as abusive by competition laws and enforcement agencies:

- Exploitative abuses, in which a firm takes advantage of its market power by charging excessively high prices to its customers, discriminating among customers, paying low prices to suppliers, or through related practices.
- Exclusionary abuses, in which a firm attempts to suppress competition – for example, by refusing to deal with a competitor, raising competitors’ costs of entering a market, or charging predatory prices”.

Banco Mundial & OCDE, *Op. Cit.*, p. 72.

¹⁷ Traducción propia del original en inglés:

“Abusive conduct generally falls into one or both of the following categories:

- conduct which exploits customers or suppliers (for example, excessively high prices), or
- conduct which amounts to exclusionary behaviour, because it removes or weakens competition from existing competitors, or establishes or strengthens entry barriers, thereby removing or weakening potential competition.

Exclusionary behaviour may include excessively low prices and certain discount schemes, where its (likely) effect is to foreclose a market, as well as vertical restraints or refusals to supply where these (are likely to) foreclose markets or dampen competition. However, whatever the form of the behaviour in question, its likely effect on competition will depend on the circumstances at hand and the OFT assesses alleged abuses on a case-by-case basis”.

Office of Fair Trading, *Abuse of a dominant position*, Competition Law, 2004, p. 19. Disponible en:

<https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5a74c497ed915d4d83b5ecd7/oft402.pdf>

¹⁸ Disponible en:

<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACETA%205186.pdf>

¹⁹ Sentencia de fecha 11 de marzo de 2022, recaída en el Proceso 01-AI-2019, publicada en la GOAC 4442 del 22 de marzo de 2022, p. 11. Disponible en:

<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%204442.pdf>

²⁰ Ver párrafos 5.1. a 5.5. de las páginas 18 a 20 de la sentencia de interpretación prejudicial recaída en el proceso 383-IP-2021 del 17 de mayo de 2023, que

constan en las páginas 19 a 21 de la GOAC 5186 del 22 de mayo de 2023.
Disponible en:

<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACETA%205186.pdf>

- ²¹ Ver respuesta a la pregunta 7 de la página 7 de la sentencia de interpretación prejudicial recaída en el proceso 29-IP-2020 del 23 de enero de 2024, que consta en la página 8 de la GOAC 5405 del 26 de enero de 2024. Disponible en:
<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACETA%205405.pdf>
- ²² Ver por ejemplo el artículo 251 del Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, creatividad e innovación del Ecuador.»

El criterio jurídico se encuentra disponible en el siguiente enlace:

<https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACETA%205540.pdf>

