



SUMARIO TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA

Pág.

PROCESO 02-IP-2019	Interpretación Prejudicial Consultante: Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo N° 1 con Sede en el Distrito Metropolitano de Quito de la Provincia de Pichincha de la República del Ecuador Expediente interno del Consultante: 17811-2013-1498 Referencia: Abuso de posición de dominio en la modalidad de litigación predatoria.....	2
--------------------	---	---

**TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA****Quito, 11 de diciembre de 2020**

Proceso:	02-IP-2019
Asunto:	Interpretación prejudicial
Consultante:	Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo N° 1 con Sede en el Distrito Metropolitano de Quito de la Provincia de Pichincha de la República del Ecuador
Expediente de origen:	I-C-17885-2009-SCs
Expediente interno del Consultante:	17811-2013-1498
Referencia:	Abuso de posición de dominio en la modalidad de litigación predatoria
Normas a ser interpretadas:	Artículos 8 (Literal g), 9 y 34 de la Decisión 608 y Artículo 1 de la Decisión 616
Temas objeto de interpretación:	1. Los principios del ordenamiento jurídico comunitario andino: preeminencia, de aplicación inmediata y de efecto directo 2. La defensa de la libre competencia en la Comunidad Andina 3. El ámbito de aplicación objetivo de la Decisión 608 4. La fecha de entrada en vigencia de la Decisión 608 como norma nacional de defensa de la libre competencia del Ecuador. La aplicación de la Decisión 608 como norma nacional de defensa de la libre competencia en Ecuador 5. Los criterios para la determinación del mercado relevante 6. Los tipos infractores previstos en el artículo 8 son <i>numerus apertus</i>. La litigación predatoria como acto de abuso de posición de dominio 7. La metodología de análisis de la litigación



- predatoria
8. Las medidas correctivas y sancionadoras previstas en la Decisión 608

Magistrado Ponente: Hugo R. Gómez Apac

VISTO:

El Oficio N° 4257-2018-TDCA-DQ-COO del 18 de diciembre de 2018, recibido físicamente el 9 de enero de 2019, mediante el cual el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo N° 1 con sede en el Distrito Metropolitano de Quito de la Provincia de Pichincha de la República del Ecuador solicitó interpretación prejudicial de los artículos 52, 53, 238, 240, 241, 245 y 246 de la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina, Artículos 8 (Literal g), 9 y 34 de la Decisión 608 de la Comisión de la Comunidad Andina y Artículo 1 de la Decisión 616 de la Comisión de la Comunidad Andina a fin de resolver el proceso interno N° 17811-2013-1498; y,

El Auto del 4 de febrero de 2019, mediante el cual este Tribunal admitió a trámite la presente interpretación prejudicial.

A. ANTECEDENTES

Partes en el proceso interno

Demandante: Pfizer Ireland Pharmaceuticals

Demandados: Ministerio de Industrias y Productividad de la República del Ecuador
Procurador General del Estado de la República del Ecuador
Sionpharm Cia. Ltda
Swis & North Group S.A.
Biodental Cia. Ltda.
Vartraxhealth S.A.
Ginsberg Ecuador S.A.
Representaciones Whitehouse S.A.
Helsinnpharm Cia. Ltda.
Western Pharmaceutical S.A.

B. ASUNTOS CONTROVERTIDOS

De la revisión de los documentos remitidos por el Tribunal consultante, este Tribunal considera que los temas controvertidos en el proceso judicial interno son los siguientes:

- (i) La fecha de entrada en vigencia de la Decisión 608 como norma nacional de defensa de la libre competencia en Ecuador.
- (ii) La aplicación de la Decisión 608 como norma nacional de defensa de la libre competencia en Ecuador.

- (iii) Los criterios para la determinación del mercado relevante.
- (iv) Si los tipos infractores previstos en el artículo 8 de la Decisión 608 son *numerus apertus*.
- (v) La litigación predatoria como acto de abuso de posición de dominio.
- (vi) La metodología de análisis de la litigación predatoria.
- (vii) Las medidas correctivas y sancionadoras previstas en la Decisión 608.

C. NORMAS A SER INTERPRETADAS

1. El Tribunal consultante solicitó la interpretación prejudicial de los Artículos 52, 53, 238, 240, 241, 245 y 246 de la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina, los Artículos 8 (Literal g), 9 y 34 de la Decisión 608 de la Comisión de la Comunidad Andina y el Artículo 1 de la Decisión 616 de la Comisión de la Comunidad Andina.
2. Procede la interpretación de los Artículos 8 (Literal g), 9 y 34 de la Decisión 608 de la Comisión de la Comunidad Andina, así como del Artículo 1 de la Decisión 616, por ser pertinentes y estar vinculados a los asuntos controvertidos.
3. No procede la interpretación prejudicial de los Artículos 52, 53, 238, 240, 241, 245 y 246 de la Decisión 486 debido a que, como se explica en detalle en los acápites 6 y 7 de la sección F de la presente interpretación prejudicial, cuando la autoridad de defensa de la competencia analiza un caso de litigación predatoria, basado en el ejercicio abusivo de acciones legales vinculadas a derechos de propiedad industrial, no se convierte en una autoridad de propiedad industrial ni se pone en el lugar de esta; es decir, no aplica la legislación pertinente de propiedad industrial como si fuera una autoridad de propiedad industrial, sino que utiliza una metodología propia del derecho de la competencia.

D. SOLICITUD DE INFORME ORAL

1. El 8 de noviembre de 2019, Pfizer Ireland Pharmaceuticals solicitó informe oral en aplicación de lo establecido en el Artículo 9 del Reglamento que regula aspectos vinculados con la solicitud y emisión de interpretaciones prejudiciales, aprobado por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (en adelante, el **TJCA** o el **Tribunal**) mediante Acuerdo 08/2017, modificado por Acuerdo 04/2018, publicado el 14 de mayo de 2018 en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena.
2. El 21 de setiembre de 2020 se llevó a cabo el informe oral.

E. TEMAS OBJETO DE INTERPRETACIÓN

1. Los principios del ordenamiento jurídico comunitario andino: preeminencia, de aplicación inmediata y de efecto directo.
2. La defensa de la libre competencia en la Comunidad Andina.
3. El ámbito de aplicación objetivo de la Decisión 608.



4. La fecha de entrada en vigencia de la Decisión 608 como norma nacional de defensa de la libre competencia del Ecuador. La aplicación de la Decisión 608 como norma nacional de defensa de la libre competencia del Ecuador.
5. Los criterios para la determinación del mercado relevante.
6. Los tipos infractores previstos en el Artículo 8 son *numerus apertus*. La litigación predatoria como acto de abuso de posición de dominio.
7. La metodología de análisis de la litigación predatoria.
8. Las medidas correctivas y sancionadoras previstas en la Decisión 608.

F. ANÁLISIS DE LOS TEMAS OBJETO DE INTERPRETACIÓN

1. Los principios del ordenamiento jurídico comunitario andino: preeminencia, de aplicación inmediata y de efecto directo

- 1.1. El TJCA ha consolidado, a través de su jurisprudencia, la aplicación de principios jurídicos como el de preeminencia, efecto directo y aplicación inmediata del ordenamiento jurídico comunitario andino.

El principio de preeminencia

- 1.2. Por el principio de preeminencia (denominado también de primacía o de prevalencia), la normativa comunitaria prevalece sobre las normas internas o nacionales (incluyendo las normas constitucionales)¹ de cada uno de los países miembros de la Comunidad Andina. Como consecuencia de ello, en los casos de incompatibilidad entre una norma comunitaria y una norma nacional, se deberá preferir la primera. Cabe indicar que ello no implica que la norma nacional es derogada, sino que debe ser inaplicada por el país miembro que corresponda.
- 1.3. Este Tribunal ha resaltado la importancia del principio de preeminencia de la normativa comunitaria, en los siguientes términos²:

¹ «Cuando un Estado se adhiere a un sistema comunitario debe considerar y resolver los problemas de orden constitucional que se planteen. Cada uno es dueño de la solución que les dé, pero una vez que ha aceptado el compromiso internacional con toda libertad, hay aquí un hecho histórico sobre el que ya no es posible volver (...) Lo que resultaría entonces inadmisibles, porque se opone a la buena fe los tratados internacionales, sería que un Estado miembro, o una de sus autoridades, por ejemplo, una jurisdicción, tratara de poner en duda los compromisos aceptados invocando "a posteriori", obstáculos constitucionales. Tales actitudes señalarían bien una imprevisión, bien la mala fe. Un Estado no puede oponer, pues, una norma cualquiera de su derecho interno, incluida las normas constitucionales, para sustraerse a los compromisos que ha contraído válidamente según el derecho internacional.» (Subrayado agregado) (Pierre Pescatore, *Aspectos Judiciales del Acervo Comunitario*, Revista de Instituciones Europeas, Madrid, 1981, pp. 348-349, citado por Fabián Novak Talavera, *La Comunidad Andina y su ordenamiento jurídico*, en AA.VV., *Derecho Comunitario Andino*, Instituto de Estudios Internacionales de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003, p. 76.)

² Interpretación Prejudicial 2-IP-90 de fecha 20 de setiembre de 1990, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 69 del 11 de octubre de 1990.



«El derecho de la integración, como tal, no puede existir si no se acepta el principio de su primacía o prevalencia sobre los derechos nacionales o internos de los Países Miembros (...) En los asuntos cuya regulación corresponde al derecho comunitario, según las normas fundamentales o básicas del ordenamiento integracionista, se produce automáticamente un desplazamiento de la competencia, la que pasa del legislador nacional al comunitario. La Comunidad organizada invade u ocupa, por así decirlo, el terreno legislativo nacional, por razón de la materia, desplazando de este modo al derecho interno...»

(Subrayado agregado)

- 1.4. En efecto, si no existiera la primacía de la norma comunitaria andina por sobre la norma nacional no existiría el proceso de integración andino. La existencia de un proceso de integración parte de la premisa de reconocer la cesión de soberanía de los países miembros hacia el proceso de integración y de aceptar la existencia de normas supranacionales y obligaciones que vinculan a los países miembros³.

El principio de aplicación inmediata

- 1.5. Por su parte, el principio de aplicación inmediata asegura la vinculatoriedad y exigibilidad de la normativa comunitaria. Así, se refiere a las obligaciones que las disposiciones comunitarias generan en los países miembros.
- 1.6. El principio de aplicación inmediata se encuentra previsto en el Artículo 3 del Tratado de Creación del TJCA que establece lo siguiente:

«**Artículo 3.-** Las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores o de la Comisión y las Resoluciones de la Secretaría General serán directamente aplicables en los Países Miembros a partir de la fecha de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo, a menos que las mismas señalen una fecha posterior.

Cuando su texto así lo disponga, las Decisiones requerirán de incorporación al derecho interno, mediante acto expreso en el cual se indicará la fecha de su entrada en vigor en cada País Miembro.»

- 1.7. La jurisprudencia de este Tribunal se ha pronunciado en varias ocasiones sobre la definición, alcances e importancia del principio de aplicación inmediata en el ordenamiento jurídico comunitario andino. Así, en la acción de incumplimiento recaída en el Proceso 3-AI-96 de fecha 24 de marzo de 1997, este órgano jurisdiccional señaló lo siguiente:

³ Hugo R. Gómez Apac, *El Ordenamiento Jurídico Comunitario Andino*, en AA.VV. (Hugo R. Gómez Apac, Director), *Apuntes de Derecho Comunitario Andino. A propósito de los 50 años de la Comunidad Andina y los 40 años de creación de su Tribunal de Justicia*, Universidad San Gregorio de Portoviejo - Editorial San Gregorio S.A., Portoviejo, 2019, p. 49.



«...La sola suposición de que las Decisiones de la Comisión o las Resoluciones de la Junta, tuvieran que pasar por el tamiz legislativo de cada uno de los Países Miembros, antes de su aplicación interna, habría conducido a negar la existencia de un derecho comunitario andino.

(...)

Este principio ha sido recogido también por los Presidentes Andinos al reiterar “la aplicación directa de las Decisiones de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, según se establece en el artículo 3 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia, e instruir a las autoridades nacionales para que las apliquen sin restricciones y promuevan su difusión”. (Consejo Presidencial Andino. Acta de Caracas, mayo 18 de 1991).

En la Comunidad Andina la aplicación directa del derecho comunitario se deriva tanto de la norma positiva como de la jurisprudencia. El artículo 3 del Tratado de Creación del Tribunal, expresa que “Las Decisiones de la Comisión serán directamente aplicables en los Países Miembros a partir de la fecha de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo, a menos que las mismas señalen una fecha posterior”.»

- 1.8. Como se puede apreciar, el TJCA ha resaltado la importancia de este principio, precisando que la sola suposición de que las disposiciones comunitarias tuvieran que pasar por el tamiz legislativo de los países miembros, antes de su aplicación interna, conduciría a negar la existencia misma de un derecho comunitario andino. Tal como lo concibe este Tribunal, la existencia del derecho comunitario andino depende, entre otros principios, del atributo de aplicación inmediata de sus disposiciones.
- 1.9. En vinculación con ello, el Tribunal también ha destacado el carácter imperativo de las disposiciones del ordenamiento jurídico comunitario andino para los países miembros⁴, en los siguientes términos:

«...ha de tenerse en cuenta, además, que el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena es imperativo, de aplicación obligatoria en todos los Países Miembros, y que debe ser respetado y cumplido por todos ellos y por supuesto por los Órganos del Acuerdo, lo mismo que por todos los organismos y funcionarios que ejercen atribuciones conforme a dicho ordenamiento, el cual regula el proceso de la

⁴ Este criterio fue esbozado en la Sentencia de la acción de nulidad recaída en el Proceso 2-N-86 de fecha 10 de junio de 1987, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 21 del 15 de julio de 1987, y ha sido ratificado en las Interpretaciones Prejudiciales números 29-IP-95 de fecha 8 de noviembre de 1996, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 242 del 22 de enero de 1997; y, 30-IP-95 y 32-IP-95 ambas de fecha 8 de noviembre de 1996, publicadas en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 241 del 20 de enero de 1997.



integración que se cumple en una comunidad de derecho cual es la constituida en el Pacto Andino...»

(Subrayado agregado)

- 1.10. Asimismo, en la Interpretación Prejudicial N° 2-IP-88, el TJCA afianzó su criterio anterior precisando que los países miembros se encuentran prohibidos de formular reservas o desistir de aplicar las disposiciones comunitarias, escudándose en disposiciones de su orden interno. De manera textual, se señaló lo siguiente:

«...Estos, [se refiere a los países miembros] frente a la norma comunitaria, no pueden formular reservas ni desistir unilateralmente de aplicarla, ni pueden tampoco escudarse en disposiciones vigentes o prácticas usuales de su orden interno para justificar el incumplimiento o la alteración de obligaciones resultantes del derecho comunitario. No debe olvidarse que en la integración regida por las normas del ordenamiento jurídico andino, los Países Miembros están comprometidos “a no adoptar ni emplear medida alguna que sea contraria a dichas normas o que de algún modo obstaculicen su aplicación” como de modo expreso preceptúa el artículo 5, segunda parte del Tratado de 26 de mayo de 1979, constitutivo de este Tribunal.

Las medidas de simple ejecución que en casos concretos pudiera adoptar un País Miembro tampoco pueden servir de excusa válida para alterar el efecto directo y uniforme propio de tales regulaciones. La entrada en vigor de éstas, por tanto, ha de determinar automáticamente la inaplicabilidad del derecho interno que sea contrario a sus determinaciones o que, de alguna manera, las desnaturalice, y ello en virtud de la primacía que tiene la norma comunitaria. La posible colisión de normas, en consecuencia, ha de resolverse sin vacilaciones ni reticencias en favor del derecho de la integración.»

(Subrayado agregado)

- 1.11. Como se puede apreciar, el principio de aplicación inmediata implica que las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores o de la Comisión de la Comunidad Andina y las Resoluciones de la Secretaría General de la Comunidad Andina (en adelante, la **SGCA**) son automáticamente incorporadas a la normativa interna de cada país miembro a partir de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, sin que sea necesario pasar por un procedimiento de aprobación, recepción o incorporación previo.
- 1.12. Como consecuencia de ello, la normativa comunitaria constituye fuente inmediata de derechos y obligaciones para sus destinatarios y genera en todo juez nacional la obligación de aplicarla directamente.



- 1.13. Distinto es el caso, contemplado en el Artículo 3 del Tratado de Creación del TJCA, en el que la propia norma andina difiere su vigencia o dispone que se requerirá de la emisión de un determinado acto a partir del cual entrará en vigor en cada país miembro.
- 1.14. En sintonía con lo señalado previamente, la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia se ha pronunciado señalando que las normas supranacionales despliegan efectos especiales y directos sobre los ordenamientos internos de los países miembros del tratado de integración, los cuales no se derivan del común de las normas de derecho internacional⁵.
- 1.15. En suma, las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores o de la Comisión y las Resoluciones de la SGCA, por regla general, son de aplicación incondicionada e inmediata a la realidad jurídica de cada uno de los países miembros y, en esa medida, constituyen mandatos imperativos cuyo cumplimiento no puede ser omitido o ignorado por sus destinatarios.

El principio de efecto directo

- 1.16. Conjuntamente con el principio de aplicación inmediata, el principio de efecto directo asegura la vinculatoriedad y exigibilidad de la normativa comunitaria. Así, el principio de efecto directo se relaciona con las acciones que los ciudadanos pueden ejercer en defensa de sus derechos para la debida aplicación de la norma comunitaria.
- 1.17. Por su parte, el principio de efecto directo se encuentra contemplado en el Artículo 2 del Tratado de Creación del TJCA, cuyo tenor es el siguiente:

«**Artículo 2.-** Las Decisiones obligan a los Países Miembros desde la fecha en que sean aprobadas por el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores o por la Comisión de la Comunidad Andina.»

- 1.18. Al respecto, en la Sentencia de la acción de incumplimiento recaída en el Proceso 3-AI-96 este órgano jurisdiccional señaló lo siguiente:

«...Mientras que el principio de la aplicación directa se refiere a la norma como tal, el del efecto directo se relaciona con las acciones que los sujetos beneficiarios pueden ejercer para la debida aplicación de la norma comunitaria. En otras palabras, que sus efectos “generan derechos y obligaciones para los particulares al igual que ocurre en las normas de los ordenamientos estatales”, permitiendo la posibilidad de que aquellos puedan exigir directamente su observancia ante sus respectivos tribunales.»

⁵ Sentencia C - 137 de 1996 de la Corte Constitucional de Colombia.
Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-137-96.htm>
(consulta efectuada el 26 de junio de 2020)



(Subrayado agregado)

1.19. Como se puede apreciar, conforme al principio de efecto directo, desde la fecha de aprobación de las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores o de la Comisión de la Comunidad Andina, los ciudadanos de los países miembros se encuentran facultados a exigir el cumplimiento de la normativa comunitaria promoviendo las acciones que corresponda ante los tribunales competentes.

1.20. La jurisprudencia de este Tribunal⁶ ha afirmado que existe una conexión estrecha entre el principio de aplicabilidad directa (también llamado de aplicación inmediata) y el de efecto directo. De manera textual, este órgano jurisdiccional señaló lo siguiente:

«Entre el principio de la aplicabilidad directa y del efecto directo existe una conexión estrecha: la norma comunitaria andina al ser directamente aplicable en los Países Miembros tiene como efecto inmediato que los ciudadanos de la Subregión se sientan protegidos con y en los derechos que esas normas les confieran. Es la forma legal de abrirles la posibilidad de exigir su cumplimiento ante las justicias nacionales.

En conclusión (...) al pasar a formar parte del ordenamiento jurídico andino, son de efecto y aplicación directa en todos los Países Miembros desde su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, lo que significa que son de obligatorio e inmediato cumplimiento por los Países Miembros, los órganos del Acuerdo y los particulares.»

(Subrayado agregado)

1.21. En atención a ello, por los principios de aplicación inmediata y de efecto directo, la normativa comunitaria andina es de obligatorio cumplimiento tanto para los países miembros como para sus ciudadanos, los cuales se encuentran autorizados para hacer valer sus derechos ante los tribunales nacionales competentes, así como ante el sistema andino de solución de controversias, según corresponda.

2. La defensa de la libre competencia en la Comunidad Andina

2.1. El Acuerdo de Cartagena promueve el libre intercambio de bienes y servicios entre los países miembros de la Comunidad Andina a través del programa de liberación de bienes regulado en sus Artículos 72 a 78 y el marco general de principios y normas para lograr la liberación del comercio intrasubregional de servicios regulado en sus Artículos 79 y 80.

2.2. El libre intercambio de bienes y servicios permite que el proceso

⁶ Sentencia de la acción de incumplimiento recaída en el Proceso 3-AI-96 de fecha 24 de marzo de 1997, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 261 del 29 de abril de 1997.



competitivo genere eficiencias económicas en los mercados, lo que beneficia a los consumidores, a las empresas y a los propios Estados. A los consumidores porque obtienen productos a menores precios, de mejor calidad, en mayor variedad y en forma más accesible. A las empresas porque la presión competitiva las incentiva a mejorar sus niveles de competitividad, preparándolas para aprovechar los mercados ampliados originados por el libre comercio. Y a los Estados porque la mejora en competitividad de las empresas, así como la mayor inversión y comercio originados por la competencia, provocan más ventas e ingresos y, por tanto, más impuestos que convertidos en recursos públicos permiten una mejor provisión de infraestructura y servicios públicos.

- 2.3. Los beneficios que el libre comercio genera para las empresas y los consumidores en el marco de los procesos de integración económica pueden verse afectados a través de las conductas anticompetitivas transfronterizas (el abuso de la posición de dominio y las prácticas colusorias horizontales y verticales), pues a través de estas, o se crean barreras que dificultan la entrada o permanencia de las empresas a los mercados, o se distorsionan los precios y otras condiciones comerciales en perjuicio de los consumidores.
- 2.4. Dado los beneficios de la libre competencia para los procesos de integración económica, el Artículo 93 (dentro del Capítulo X, denominado “Competencia Comercial”) del Acuerdo de Cartagena menciona que la Comisión de la Comunidad Andina adoptará antes del 31 de diciembre de 1971, a propuesta de la Junta del Acuerdo de Cartagena (hoy la SGCA), las normas indispensables para prevenir o corregir las prácticas que puedan distorsionar la competencia dentro de la subregión, tales como las manipulaciones indebidas de precios, maniobras destinadas a perturbar el abastecimiento normal de materias primas y otras de efecto equivalente.
- 2.5. Es así que en diciembre de 1971 se expidió la Decisión 45 - Normas para prevenir o corregir las prácticas que puedan distorsionar la competencia dentro de la subregión. Dicha norma fue sustituida por la Decisión 230 de diciembre de 1987 que mantuvo el mismo nombre de “Normas para prevenir o corregir las prácticas que puedan distorsionar la competencia dentro de la subregión”.
- 2.6. La Decisión 230 fue sustituida por la Decisión 285 - Normas para prevenir o corregir las distorsiones en la competencia generadas por prácticas restrictivas de la libre competencia, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 80 del 4 de abril de 1991.
- 2.7. La Decisión 285 fue sustituida por la norma vigente, la Decisión 608 (Normas para la protección y promoción de la libre competencia en la Comunidad Andina) de la Comisión de la Comunidad Andina, de fecha 29 de marzo de 2005, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 1180 del 4 de abril de 2005. El Artículo 2 de la Decisión 608 señala que ella tiene como objetivo la protección y promoción de la libre competencia en el ámbito de la Comunidad Andina, buscando la eficiencia económica en los



mercados y el bienestar de los consumidores.

3. El ámbito de aplicación objetivo de la Decisión 608

3.1. Si bien en el presente caso la autoridad consultante no ha solicitado la interpretación prejudicial del Artículo 5 de la Decisión 608, resulta pertinente hacer una breve mención a ella en la medida que, a efectos de entender con mayor claridad lo desarrollado en los acápites siguientes, debe diferenciarse la competencia de la autoridad supranacional de defensa de la libre competencia (SGCA) de la de las autoridades nacionales de defensa de la libre competencia.

3.2. El Artículo 5 de la Decisión 608 establece lo siguiente:

«**Artículo 5.-** Son objeto de la presente Decisión, aquellas conductas practicadas en:

- a) El territorio de uno o más Países Miembros y cuyos efectos reales se produzcan en uno o más Países Miembros, excepto cuando el origen y el efecto se produzcan en un único país; y,
- b) El territorio de un país no miembro de la Comunidad Andina y cuyos efectos reales se produzcan en dos o más Países Miembros.

Las demás situaciones no previstas en el presente artículo, se regirán por las legislaciones nacionales de los respectivos Países Miembros.»

3.2. Como señala la Guía Práctica para la aplicación de la Decisión 608⁷, un aspecto importante en el diseño de un sistema de defensa de la libre competencia de ámbito regional es la definición del ámbito objetivo de su aplicación; es decir, las prácticas que se consideran anticompetitivas y su alcance geográfico.

3.3. Los supuestos que deben ser cubiertos por la Decisión 608 no necesariamente deben ser distintos a los previstos por las normas internas de defensa de la libre competencia de cada país miembro, sino que, especialmente, debe atender aquellos casos que no pueden ser enfrentados por las autoridades nacionales de defensa de la libre competencia debido al ámbito geográfico de la práctica o conducta anticompetitiva o sus efectos.⁸

3.4. De conformidad con lo establecido en el Artículo 5 de la Decisión 608, esta

⁷ Documento de Trabajo (SG/dt 396) denominado Guía Práctica para la aplicación de la Decisión 608 “Normas para la protección y promoción de la libre competencia en la Comunidad Andina” del 23 de octubre de 2007, elaborado por la SGCA, p. 11.

Disponible en: <http://www.comunidadandina.org/Documentos.aspx?GruDoc=01>
(consulta efectuada el 13 de noviembre de 2020)

⁸ Ibídem.



norma andina se aplica a la conducta anticompetitiva (abuso de posición de dominio o práctica colusoria horizontal o vertical) que:

- a) Se realiza en un país miembro y tiene efectos reales en:
 - (i) Otro país miembro.
 - (ii) Otros países miembros.
 - (iii) En el país donde se realiza la conducta y otro u otros países miembros.

El supuesto (i) antes mencionado es aquel en que la práctica se realiza en un país miembro y tiene sus efectos en otro país miembro de la Comunidad Andina. Así, por ejemplo, si se realiza la conducta anticompetitiva en Perú y tiene efectos en Ecuador.

- b) Se realiza en dos o más países miembros y tiene efectos reales en:
 - (i) Al menos uno de los países miembros donde la conducta se realiza.
 - (ii) En los dos o más países miembros donde la conducta se realiza.
 - (iii) En un país miembro distinto a los países miembros donde la conducta se realiza.
- c) Se realiza en un país no miembro y tiene efectos reales en dos o más países miembros.

3.5. Todos los casos antes mencionados se refieren a conductas anticompetitivas transfronterizas. En tales casos, teniendo en consideración dónde se realiza la práctica o conducta anticompetitiva y dónde se perciben los efectos reales de dicha práctica, hay un escenario que traspasa fronteras, de ahí el término “transfronterizo”. Estos casos, dada su naturaleza geográfica transfronteriza, tienen que ser investigados por la SGCA con el apoyo de las autoridades nacionales de defensa de la libre competencia conforme al procedimiento de investigación previsto en la Decisión 608.

3.6. Por la misma razón, no se aplica la Decisión 608 si la conducta anticompetitiva no es transfronteriza, que es lo que ocurre cuando la conducta se realiza en un país miembro y tiene efectos reales en el mismo país miembro.

4. La fecha de entrada en vigencia de la Decisión 608 como norma nacional de defensa de la libre competencia en Ecuador. La aplicación de la Decisión 608 como norma nacional de defensa de la libre competencia del Ecuador

La *ratio legis* de la Decisión 616

4.1. El Artículo 51 de la Decisión 608, conforme al texto primigenio publicado en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 1180 del 4 de abril de 2005,



establecía lo siguiente:

«**Artículo 51.-** Para Bolivia, Colombia, Perú y Venezuela, la presente Decisión entrará en vigencia a su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena; y, para Ecuador, a los dos años calendarios siguientes o, si antes de este último período se aprobase la ley nacional de competencia de este país, en la fecha de la publicación de dicha norma nacional en el Registro Oficial de Ecuador.»

- 4.2. Sin embargo, la Comisión de la Comunidad Andina aprobó el 15 de julio de 2005 la Decisión 616 («Entrada en vigencia de la Decisión 608 para la República de Ecuador»), publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 1221 del 25 de julio de 2005, norma que prescribió lo siguiente:

«**Artículo 1.-** Ecuador podrá aplicar lo dispuesto en la Decisión 608, en lo que resulte aplicable, para los casos que se presenten fuera del ámbito descrito en el artículo 5 de la Decisión 608.

Artículo 2.- A más tardar el 1 de agosto de 2005, Ecuador designará interinamente a la Autoridad Nacional que será la encargada de la ejecución de la Decisión 608.

Artículo 3.- Derogar la siguiente frase del artículo 51 de la Decisión 608:

“...; y, para Ecuador, a los dos años calendarios siguientes o, si antes de este último período se aprobase la ley nacional de competencia de este país, en la fecha de la publicación de dicha norma nacional en el Registro Oficial de Ecuador.”

Artículo 4.- La Decisión 608 de la Comisión de la Comunidad Andina entrará en vigencia, para la República del Ecuador, a partir de la publicación de la presente Decisión en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena.»

- 4.3. Uno de los pilares del proceso de integración subregional andino es el programa de liberación del intercambio comercial de bienes, que a su vez sostiene la existencia de un área de libre comercio en el espacio geográfico de la Comunidad Andina. Un área de libre comercio necesita estar acompañada de un marco de defensa de la libre competencia que asegure el pleno despliegue de los beneficios del programa de liberación hacia los consumidores andinos. De ahí que el Artículo 93 del Acuerdo de Cartagena estableciera que a más tardar el 31 de diciembre de 1971 debían aprobarse las normas que previnieran o corrigieran las prácticas que pudieran distorsionar la competencia dentro de la subregión. Como se explicó en el acápite 2 de la sección F de la presente interpretación prejudicial, dicho mandato se cumplió desde diciembre de ese año hasta la fecha con la expedición de las Decisiones 45, 230, 285 y 608.

- 4.4. A la fecha de publicación de la Decisión 608 (el 4 de abril de 2005), solo



Colombia y Perú tenían una ley nacional de defensa de la libre competencia⁹. Con el objeto de que todos los países miembros de la Comunidad Andina tuvieran una ley nacional de este tipo, se estableció que Bolivia (a través del Artículo 49 de la Decisión 608) y Ecuador (a través del Artículo 1 de la Decisión 616) podían aplicar la Decisión 608 como su norma nacional de defensa de la libre competencia.

- 4.5. La razón de lo anterior es la necesaria complementariedad que debe existir entre la ley supranacional y las leyes nacionales de defensa de la libre competencia. No tiene sentido proteger a los consumidores del territorio de un país miembro únicamente respecto de las conductas anticompetitivas originadas en otro u otros países miembros, y no así con relación a las conductas anticompetitivas generadas en su propio territorio. Una vez vigente la Decisión 608, si un país miembro carecía de ley nacional de defensa de la libre competencia, los consumidores de dicho país se encontrarían en una situación de desventaja con relación a los consumidores de los otros países miembros.
- 4.6. En efecto, una vez publicada la Decisión 608, los consumidores de Bolivia, Colombia y Perú estaban protegidos tanto con relación a las conductas anticompetitivas transfronterizas (por virtud de la norma comunitaria) como respecto de las conductas anticompetitivas no transfronterizas (por mandato de la norma nacional). Así, por ejemplo, si un cártel (acuerdo) de precios entre empresas colombianas y bolivianas afectaba a los consumidores peruanos, la SGCA podía investigar y sancionar ese cártel. Y si el cártel era realizado por empresas peruanas con efectos en el territorio peruano, la autoridad nacional peruana¹⁰ podía investigar y sancionar al cártel no transfronterizo.
- 4.7. En el Ecuador no hubiera pasado lo mismo. A la entrada en vigencia de la Decisión 608 para Bolivia, Colombia y Perú, el 5 de abril de 2005, los consumidores ecuatorianos se encontraban en total indefensión frente a las conductas anticompetitivas transfronterizas y no transfronterizas. Dado que para dicha fecha, la Decisión 608 no había entrado en vigencia para Ecuador, la SGCA no podía defender a los consumidores ecuatorianos frente a una conducta anticompetitiva originada en otro u otros países miembros pero con efectos en territorio ecuatoriano. Y como en ese momento Ecuador tampoco tenía una norma nacional de defensa de la libre competencia, los consumidores ecuatorianos también estaban indefensos frente a una conducta anticompetitiva originada en Ecuador y con efectos en el territorio de este país.

⁹ En Colombia, la Ley 155 de 1959 (por el cual se dictan algunas disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas) y el Decreto 2153 de 1992 (por el cual se reestructura la Superintendencia de Industria y Comercio y se dictan otras disposiciones); y en Perú, el Decreto Legislativo 701 - Decreto Legislativo contra las Prácticas Monopólicas, Controlistas y Restrictivas de la Libre Competencia de 1991 y la Ley 26876 - Ley Antimonopolio y Antiloligopolio del Sector Eléctrico de 1997.

¹⁰ El Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual - Indecopi.



- 4.8. Para el legislador andino, en consideración a que el proceso de integración subregional busca el desarrollo armónico, equilibrado y equitativo de los países miembros, era un imperativo que los consumidores ecuatorianos gozaran del mismo nivel de protección que recibían los consumidores de los otros países miembros frente a las conductas anticompetitivas transfronterizas y no transfronterizas. Máxime, cuando fue el propio gobierno ecuatoriano el que solicitó, en fecha 11 de mayo de 2005, que la Comisión de la Comunidad Andina «examine la modificación de las disposiciones transitorias de la Decisión 608, con el objeto de que este país pueda gozar de los beneficios y compartir las obligaciones que impone la norma comunitaria, en las mismas condiciones determinadas para la República de Bolivia en el artículo 49 de la citada Decisión». Así se reconoce expresamente en la Exposición de Motivos de la Propuesta 156 de la SGCA, sobre la entrada en vigencia de la Decisión 608 para la República del Ecuador, de fecha 14 de julio de 2005¹¹.
- 4.9. Esa es la razón por la cual se corrigió, a la mayor brevedad posible (en menos de 4 meses), el texto primigenio del Artículo 51 de la Decisión 608. En lugar de esperar dos años para que Ecuador utilizara la Decisión 608 como norma nacional de defensa de la competencia, en julio de 2005 la Comisión de la Comunidad Andina expidió la Decisión 616 con el fin de adelantar la protección que merecían los consumidores ecuatorianos frente a las conductas anticompetitivas transfronterizas y no transfronterizas.
- 4.10. En atención a lo expuesto, este Tribunal, máximo intérprete de las normas que conforman el ordenamiento jurídico comunitario andino, considera que la *ratio legis* de la Decisión 616 es otorgar a los consumidores ecuatorianos el mismo nivel de protección que recibían los consumidores de los otros países miembros frente a las conductas anticompetitivas transfronterizas y no transfronterizas.

La fecha de entrada en vigencia de la Decisión 608 como norma nacional de defensa de la libre competencia en Ecuador

- 4.11. El Artículo 4 de la Decisión 616 señala que esta norma andina entrará en vigencia para Ecuador a partir de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena. Dado que la Decisión 616 se publicó el 25 de julio de 2005, entró en vigencia en Ecuador desde el 26 de julio de ese año. Esta fecha se refiere a la vigencia de la Decisión 608 como norma supranacional de defensa de la competencia; es decir, que desde el 26 de julio de 2005, la SGCA podía proteger a los consumidores ecuatorianos frente a las conductas anticompetitivas transfronterizas, aquellas que tenían su origen en otro u otros países miembros y que podrían generar efectos reales en el territorio ecuatoriano.
- 4.12. Respecto de la vigencia de la Decisión 608 como norma nacional (del Ecuador) de defensa de la competencia, resulta pertinente efectuar una

¹¹ Disponible en: <http://www.comunidadandina.org/Documentos.aspx?GruDoc=10>
(consulta efectuada el 12 de noviembre de 2020)



interpretación sistemática de los Artículos 1 y 2 de la Decisión 616.

- 4.13. El Artículo 1 de la Decisión 616 señala que Ecuador «podrá aplicar» lo dispuesto en la Decisión 608, mientras que su Artículo 2 establece que «A más tardar» el 1 de agosto de 2005 dicho país debía designar interinamente a la autoridad nacional encargada de la ejecución de la Decisión 608.
- 4.14. Si se asumiera que el “podrá aplicar” significa que Ecuador tenía la facultad de decidir cuándo entraba en vigencia la Decisión 608 —como norma nacional— en su territorio, ello no guardaría correspondencia con la obligación impuesta por la norma andina en el sentido de que “a más tardar” el 1 de agosto de 2005 debía designar a la autoridad nacional encargada de la ejecución de la Decisión 608.
- 4.15. Puede apreciarse que la obligación impuesta por la Decisión 616 era que Ecuador debía designar a la autoridad nacional encargada de la ejecución de la Decisión 608 en un plazo no mayor al término del 1 de agosto de 2005, lo que significaba que Ecuador podía nombrar a dicha autoridad entre el 26 de julio y el 1 de agosto de 2005. Dentro de esos 7 días, Ecuador debía designar a la autoridad nacional encargada de aplicar la Decisión 608 como norma nacional de defensa de la competencia. Podía haberlo hecho el 26 de julio, el 29 de julio o el último día, el 1 de agosto, del año 2005.
- 4.16. Dado que Ecuador podía haber designado a la referida autoridad el mismo 26 de julio de 2005, la Decisión 608 tenía que estar vigente desde esta fecha como norma nacional de defensa de la competencia. En efecto, si se parte de la premisa que la Decisión 608 entró en vigencia para Ecuador —como norma nacional de defensa de la libre competencia— el 26 de julio de 2005, se entiende con claridad que dicho país miembro podía designar a su autoridad nacional desde el 26 de julio y “a más tardar” el 1 de agosto de 2005.
- 4.17. La interpretación sistemática de los Artículos 1 y 2 de la Decisión 616 lleva a establecer que la Decisión 608 entró en vigencia para Ecuador, como norma nacional de defensa de la libre competencia, el **26 de julio de 2005**, lo que guarda armonía con la *ratio legis* de la Decisión 616, que es otorgar a los consumidores ecuatorianos, cuanto antes fuera posible, el mismo nivel de protección que recibían los consumidores de los otros países miembros frente a las conductas anticompetitivas transfronterizas y no transfronterizas.
- 4.18. Del mismo modo, corresponde señalar que la redacción de los Artículos 1 y 2 de la Decisión 616, guarda estricta relación con aquella de los Artículos 49 y 50 de la Decisión 608, que están referidos a los mismos temas y regulan: (i) la posibilidad de aplicación de las disposiciones de la Decisión 608 como norma nacional en Bolivia; y, (ii) la obligación de designar a la autoridad nacional encargada de velar por la ejecución de la Decisión 608. Sobre el particular, no queda duda que la Decisión 608 entró en vigencia en Bolivia el 5 de abril de 2005, vale decir un día después de su publicación



en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena¹². En el mismo sentido, tampoco debe quedar ninguna duda de que la Decisión 608 entró en vigencia en Ecuador el 26 de julio de 2005; es decir, al día siguiente de la publicación de la Decisión 616 en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena.

- 4.19. Si se asumiera equivocadamente que la Decisión 608 entró en vigencia en Ecuador, como norma nacional de defensa de la competencia, el 27 de marzo de 2009¹³; es decir, casi 2 años después de la publicación de la Decisión 608, se estaría regresando al texto primigenio del extracto derogado del Artículo 51 de esta norma, así como dejando de aplicar la Decisión 616, que establecía la obligación de designar a la autoridad nacional a más tardar el 1 de agosto de 2005.
- 4.20. En aplicación de los principios de preeminencia, aplicación inmediata y efecto directo desarrollados en el acápite 1 de la sección F de la presente interpretación prejudicial, la Decisión 608 entró en vigencia en Ecuador, como norma nacional de defensa de la libre competencia, el **26 de julio de 2005**, al día siguiente de la publicación de la Decisión 616 en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena.
- 4.21. La Decisión 608 contiene disposiciones de carácter sustantivo o material, así como otras de carácter adjetivo o procedimental.
- 4.22. La tipificación de las conductas anticompetitivas (los Artículos 7, 8 y 9), así como la tipificación de las medidas sancionadoras (Artículo 34), entre otras, tienen carácter sustantivo o material. En consecuencia, estas disposiciones de carácter sustantivo entraron en vigencia en Ecuador el 26 de julio de 2005, por lo que desde esta fecha existió en dicho país la tipificación legal —como infracción administrativa— del abuso de la posición de dominio y de las prácticas colusorias horizontales y verticales, así como la tipificación legal de las sanciones administrativas aplicables a dichas conductas, cumpliéndose en ambos casos los principios de legalidad y tipicidad (y de taxatividad) propios del ejercicio de la potestad sancionadora de la administración pública.
- 4.23. Lo establecido en el Artículo 2 de la Decisión 616, referido a la designación interina de la autoridad nacional que sería la encargada de la ejecución de la Decisión 608, tenía carácter subjetivo o procesal. Precisamente, mediante Decreto Ejecutivo 1614, publicado el 27 de marzo de 2009¹⁴, se designó al Ministro de Industrias y Productividad como la autoridad de aplicación de la Decisión 608, y a la Subsecretaría de Competencia como

¹² Publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 1180 de fecha 4 de abril de 2005.

¹³ Fecha de publicación del Decreto 1614 («Normas para la aplicación de la Decisión 608 de la CAN») en el Registro Oficial del Ecuador.

¹⁴ Disponible en:
<https://www.registroficial.gob.ec/index.php/registro-oficial-web/publicaciones/registro-oficial/item/4442-registro-oficial-no-558>
(consulta efectuada el 12 de noviembre de 2020)



la autoridad investigadora.

- 4.24. Resta señalar que la vigencia de disposiciones reglamentarias y procedimentales emitidas en marzo de 2009 no perjudican la vigencia previa de las disposiciones sustantivas o materiales de la Decisión 608 (como norma nacional de defensa de la libre competencia), como es el caso de la tipificación de las conductas anticompetitivas y la tipificación de las medidas sancionadoras aplicables, las cuales, como se ha señalado, entraron en vigencia en Ecuador el **26 de julio de 2005**.

La aplicación de la Decisión 608 como norma nacional de defensa de la libre competencia del Ecuador

- 4.25. De conformidad con lo dispuesto en el Artículo 1 de la Decisión 616, a partir de la vigencia de la Decisión 608 para Ecuador como norma nacional de defensa, este país podía utilizar la norma andina para investigar y sancionar conductas anticompetitivas de naturaleza no transfronteriza. Al señalar su aplicación para los casos que se presentaran fuera del ámbito descrito en el Artículo 5 de la Decisión 608, se estaba refiriendo a las conductas anticompetitivas (abuso de posición de dominio y prácticas colusorias horizontales y verticales) realizadas (practicadas) en el territorio ecuatoriano y cuyos efectos se produjeran en dicho territorio.
- 4.26. En consecuencia, la Decisión 608 se constituyó en la ley nacional de competencia del Ecuador desde la vigencia de la Decisión 608 para este país y hasta la fecha de entrada en vigencia de la ley nacional que sobre dicha materia emitiera su autoridad nacional competente¹⁵.
- 4.27. Es así que el Artículo 1 de la Decisión 616 otorgó un carácter dual a las disposiciones de la Decisión 608:
- a) Es la norma andina de defensa de la competencia que contempla el procedimiento administrativo sancionador supranacional por el cual la SGCA investiga y sanciona las conductas anticompetitivas transfronterizas previstas en los Literales a) y b) del Artículo 5 de la Decisión 608.
 - b) En lo pertinente era la norma nacional (para Ecuador) de defensa de la competencia que contemplaba el procedimiento administrativo sancionador nacional por el cual la autoridad ecuatoriana podía investigar y sancionar las conductas anticompetitivas originadas en Ecuador y con efectos reales en su territorio, supuesto previsto en el último párrafo del Artículo 5 de la Decisión 608. Ello hasta que la autoridad ecuatoriana competente aprobara su ley nacional en materia de defensa de la competencia.

¹⁵ Es decir, hasta un día antes de la fecha de entrada en vigencia de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, publicada en el Suplemento del Registro Oficial del Ecuador 555 del 13 de octubre de 2011.



4.28. Dado los principios de preeminencia, aplicación inmediata y efecto directo propios del derecho comunitario andino, las partes pertinentes de la Decisión 608 podían ser aplicadas por la autoridad ecuatoriana de defensa de la competencia sin que fuera necesaria la expedición o aprobación de una norma nacional que autorizara dicha aplicación¹⁶. En atención a ello, la aplicación de las partes pertinentes de la Decisión 608 por parte de la autoridad ecuatoriana cumplía con los principios de legalidad y tipicidad (y de taxatividad) de la potestad sancionadora de la administración pública.

4.29. Resta señalar que las partes pertinentes de la Decisión 608 que podía aplicar la autoridad ecuatoriana¹⁷, como ley nacional de defensa de la competencia, eran las siguientes:

- a) Todo el Capítulo I.
- b) Del Capítulo II, sus Artículos 2, 3, 4 y el último párrafo del Artículo 5.
- c) Todo el Capítulo III.
- d) Respecto del Capítulo IV, lo referido a la apertura de la investigación, el curso de la investigación, de la información, de la audiencia pública, de los compromisos, de las medidas cautelares, de las medidas correctivas y/o sancionatorias y de la ejecución las medidas, pero teniendo en consideración lo siguiente:
 - (i) La autoridad ecuatoriana era la encargada de investigar y sancionar las conductas anticompetitivas, así como de ejecutar las medidas cautelares y definitivas (medidas correctivas y sancionadoras);
 - (ii) No participaban en el procedimiento el Comité Andino de Defensa de la Libre Competencia, las otras autoridades nacionales de defensa de la competencia y los organismos nacionales de integración; y,
 - (iii) No había necesidad de elaborar el Plan de Investigación.
- e) De las Disposiciones Finales, los Artículos 43 y 44.

4.30. En consecuencia, y a modo de ejemplo no taxativo, la autoridad ecuatoriana podía iniciar el procedimiento de oficio o a pedido de la parte interesada; imputar las conductas anticompetitivas previstas en los Artículos 7 (prácticas colusorias horizontales y verticales) y 8 (abuso de una posición de dominio en el mercado) de la Decisión 608; ejercer las

¹⁶ Tema diferente es la expedición de una norma reglamentaria nacional que facilite la aplicación de la Decisión 608.

¹⁷ Básicamente se trataba de sustituir, *mutatis mutandis*, a la SGCA por la autoridad ecuatoriana en materia de defensa de la libre competencia.

facultades de investigación contempladas en su Artículo 16; tratar la información de la investigación conforme lo señalado en sus Artículos 23 y 24; convocar a la audiencia pública prevista en su Artículo 26; aprobar o denegar compromisos conforme a lo estipulado en sus Artículos 27, 28, 29 y 30; y dictar las medidas cautelares, correctivas y sancionadoras previstas en sus Artículos 31, 32 y 34.

- 4.31. Respecto de la tramitación del procedimiento de investigación y sanción de la conducta anticompetitiva, el gobierno ecuatoriano podía expedir normas reglamentarias que facilitaran la aplicación de la Decisión 608¹⁸, así como aplicar supletoriamente las disposiciones nacionales que regulaban el procedimiento administrativo sancionador a cargo de las autoridades administrativas.
- 4.32. Teniendo en consideración lo antes explicado, la autoridad ecuatoriana podía imponer al infractor de la conducta anticompetitiva (hallado responsable de haber cometido abuso de posición de dominio o una práctica colusoria horizontal o vertical) las medidas correctivas y multas conforme a los criterios establecidos en el Artículo 34 de la Decisión 608.

5. Los criterios para la determinación del mercado relevante

- 5.1. Las conductas infractoras previstas en el Artículo 8 de la Decisión 608 son supuestos de abuso realizados por un agente económico que goza de “posición de dominio”. Dicho concepto ha sido definido en el Artículo 9 del referido cuerpo normativo, de la siguiente manera:

«**Artículo 9.-** Se entenderá que uno o más agentes económicos tienen posición de dominio en el mercado relevante, cuando tengan 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.»

- 5.2. Como se puede observar, la posición dominante no puede concebirse de manera abstracta, sino que debe estar enfocada en un mercado relevante en particular. Por ello, es posible afirmar que detrás de la noción de “posición de dominio” se encuentra el concepto económico de “mercado relevante”.

La correcta definición del mercado relevante resulta en cada caso en particular un elemento de especial importancia en los procedimientos de investigación y sanción del abuso de posición de dominio. Podría darse el caso en el que se está ante una definición equivocadamente amplia del mercado relevante, en donde el agente investigado carecería de posición de dominio y, por lo tanto, no podría abusar de ella; o, por el contrario, una definición erróneamente restringida del mercado relevante podría devenir

¹⁸ El caso del Decreto Ejecutivo 1614, publicado en el Registro Oficial del Ecuador 588 el 27 de marzo de 2009.



en una sanción a un agente que, posiblemente, carezca de dicha posición.¹⁹

- 5.3. Ahora bien, la Decisión 608 no ha previsto una metodología unívoca para la definición del mercado relevante. Sin embargo, el TJCA considera pertinente proponer una metodología, de carácter referencial, que permita definir el mercado relevante, en atención a la literatura especializada y la práctica internacional.
- 5.4. De manera preliminar, corresponde indicar que la autoridad nacional de competencia debe delimitar cuál es el mercado geográfico en donde interactúan la oferta y la demanda del producto o servicio objeto de la denuncia, así como de sus sustitutos cercanos. Como se puede observar, los elementos a definir son: (i) el mercado de producto relevante; y, (ii) el mercado geográfico relevante. La conjunción de ambas dimensiones determina el mercado relevante sobre el cual se evaluará la existencia o no de posición de dominio del agente investigado.²⁰
- 5.5. El objetivo principal de la definición de mercado relevante es determinar las inmediatas presiones competitivas; identificar, tanto en su producto, como en la dimensión geográfica, todos los reales competidores de una empresa que son capaces de condicionar su comportamiento. Por tanto, la identificación del mercado relevante implica tanto una definición del producto como del espacio en el que será comercializado. También cabría incluir una dimensión temporal de la definición, correspondiente a aquel periodo de tiempo en el que las condiciones del mercado referidas a las características de la oferta y la demanda permanecen invariables.²¹

El mercado de producto o servicio relevante

- 5.6. El mercado relevante de producto comprende la totalidad de los productos y servicios que los consumidores o usuarios consideran fácilmente intercambiables o sustituibles por razón de sus características, su precio o el uso que se prevea hacer de ellos.²²

¹⁹ Hugo Figari, Hugo Gómez y Mario Zuñiga, *Hacia una metodología para la definición del mercado relevante y la determinación de la existencia de posición de dominio*, en *Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual*, Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual, año 1, núm. 1, Lima, primavera 2005, p. 160.

²⁰ *Ibídem*.

²¹ Miriam Rodríguez Natal, Bárbara Aranda Carles y Federico Pastor Ruiz, *Capítulo III – Abuso de posición de dominio*, en AA.VV. (Diego Loma-Osorio, Coordinador), *Tratado de Derecho de la Competencia* (prefacio de Joaquín García Bernaldo de Quirós, y prólogo de Marta Silva de Lapuerta), Thomson Reuters – Editorial Aranzandi, SA, Abogacía General del Estado – Dirección del Servicio Jurídico del Estado, Navarra, 2013, pp. 182 y 183.

²² *Ibídem*, p. 184.



- 5.7. El producto relevante es aquel bien o servicio producido o comercializado por la empresa investigada respecto del cual se realiza el presunto abuso, así como aquellos bienes o servicios que pueden ser considerados como sus sustitutos razonables.

Es importante tener en cuenta que, al hacer mención al término “sustitutos” no se hace referencia a bienes o servicios idénticos a aquel comercializado o producido por el agente investigado. Dicho término comprende a aquellos bienes o servicios que pueden ser razonablemente intercambiables por un número considerable de consumidores con la finalidad de satisfacer una misma necesidad, en atención a variables como precio, calidad, características, finalidad, modo de uso, entre otros.²³

- 5.8. Para poder definir el mercado de producto o servicio relevante, se propone el siguiente ejemplo de análisis de sustituibilidad de la demanda, sobre la base de un “hipotético monopolista”²⁴:

- (i) Se asume que existe un hipotético monopolista en la venta del producto materia de investigación (por ejemplo, el producto “A”), que es el producido y comercializado por el agente económico investigado, respecto del cual se realizaría el presunto abuso de posición de dominio.
- (ii) Luego se plantea la pregunta de cómo reaccionarían los compradores (clientes o consumidores) ante un pequeño pero significativo y no transitorio aumento del precio de “A” (por ejemplo, entre el 5% y 10%²⁵).
- (iii) Si, como consecuencia de dicho aumento, los compradores consideran razonable dejar de consumir “A” y en su lugar consumir “B” o “C”, o les es indiferente consumir cualquiera de estos tres productos, entonces se puede concluir que “B” y “C” son sustitutos adecuados de “A”, por lo que el mercado de producto relevante estará conformado por “A”, “B” y “C”.
- (iv) Por el contrario, si pese al aumento del precio, los compradores no varían de producto, sino que continúan consumiendo “A”, el mercado de producto relevante únicamente estará conformado por “A”.

- 5.9. Respecto del análisis de sustituibilidad de la demanda, al momento de establecer el pequeño pero significativo y no transitorio aumento del precio, este se debe efectuar considerando un precio competitivo del producto

²³ Hugo Figari... Óp. Cit., p. 160.

²⁴ Hugo Gómez Apac, *El abuso de la posición de dominio en la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas*, en Athina, Revista de Derecho de los alumnos de la Universidad de Lima, Editora Jurídica Grijley E.I.R.L., año 3, núm. 3, Lima, 2008, p.

²⁵ La autoridad nacional de competencia debe tener en consideración el nivel inflacionario existente para determinar si tales porcentajes son suficientes o si necesitan un ajuste.



analizado, y no ampliando el mercado en función de los altos niveles de precios impuestos por un monopolista.²⁶

- 5.10. Adicionalmente a la sustituibilidad de la demanda es posible incorporar el análisis de sustituibilidad de la oferta al momento de definir al producto relevante. La sustituibilidad de la oferta nos indica la capacidad de los proveedores de cambiar el número de productos fabricados, sin incurrir en costos significativos, ante variaciones de los precios relativos. La sustituibilidad de la oferta permite conocer las posibilidades de entrada en el mercado de potenciales competidores y suministradores, valorando por tanto, la posible existencia de productos que sean sustitutos del de la empresa investigada, con los efectos que ello tiene en términos de potencial reducción del poder de mercado de dicha empresa; igualmente, la sustituibilidad de la oferta también puede tenerse en cuenta al definir mercados en los casos en que sus efectos son equivalentes a los de la sustituibilidad de la demanda en términos de eficacia y de respuesta inmediata. Esto requiere que los proveedores puedan pasar a fabricar los productos de referencia y comercializarlos a corto plazo, sin incurrir en costos o riesgos adicionales significativos, en respuesta a pequeñas variaciones permanentes de los precios relativos. Cuando se cumplan estas condiciones, la producción adicional que se comercialice tendrá un efecto restrictivo sobre el comportamiento competitivo de las empresas afectadas. Este impacto en términos de eficacia y de respuesta inmediata es equivalente al efecto de sustitución de la demanda.²⁷

El mercado geográfico relevante

- 5.11. El mercado geográfico relevante es el área geográfica donde se encuentran todas las fuentes alternativas de aprovisionamiento razonables del producto relevante. Para tal efecto es necesario evaluar no solo las posibilidades o limitaciones que enfrentan los proveedores alternativos para atender al cliente, sino también la capacidad que tiene este último de abastecerse de distintos proveedores.²⁸
- 5.12. Para delimitar dicha área geográfica habrá que tener presente las distancias existentes, la localización geográfica de las compras, el costo del transporte (fletes y seguros) y el impacto de este costo en el precio de la mercadería, la “perecibilidad” de los productos, los flujos comerciales

²⁶ Hugo Figari...Óp. Cit., p. 163.

²⁷ Miriam Rodríguez...Óp. Cit., p. 186.

Otro autor que reconoce la aplicación de la sustituibilidad por el lado de la oferta al momento de definir el mercado de producto relevante es Massimo Motta, para quien el cambio en la producción (que el productor de un producto diferente cambie su proceso de producción y fabrique el producto relevante) debe ser fácil, rápido y factible, sin incurrir en costos hundidos, y en un escenario en el que cualquier barrera a la entrada debe ser superada en una forma rápida y relativamente barata (Massimo Motta, *Competition Policy. Theory and Practice*, Cambridge University Press, 2004, pp. 103-104).

²⁸ Hugo Figari...Óp. Cit., p. 170.



históricos (regionales, nacionales o internacionales), las importaciones y los costos asociados a la importación, las restricciones a las importaciones (v.g. salvaguardias, barreras paraarancelarias), la opinión de clientes y competidores, y en general las barreras y costos vinculados al desvío de pedidos hacia empresas localizadas en otras zonas²⁹.

5.13. Siguiendo la evaluación del “monopolista hipotético”, propuesto previamente, se postula el siguiente ejercicio³⁰:

- (i) Se asume que un monopolista hipotético vende el producto relevante (“A”, “B” y “C”) en la zona geográfica donde la empresa investigada comercializa su producto “A” (por ejemplo, en la ciudad “Z”).
- (ii) Luego se realiza la pregunta de cómo reaccionarían los compradores (clientes o consumidores) ante un pequeño pero significativo y no transitorio aumento del precio de “A” (por ejemplo, entre el 5% y 10%³¹).
- (iii) Si como consecuencia del referido aumento, los compradores dejan de consumir el producto relevante del monopolista en la ciudad “Z” y deciden comprar dicho producto (“A”, “B” o “C”) en las ciudades “X” o “Y”, pese a los mayores costos que ello podría acarrear, o les es indiferente adquirir el producto relevante en cualquiera de estas ciudades, el mercado geográfico relevante será el área comprendida por las ciudades “X”, “Y” y “Z”.
- (iv) En cambio, si pese al aumento de precio los compradores continúan adquiriendo el producto relevante en la ciudad “Z” (debido a que sería menos rentable adquirirlo de otras ciudades), el mercado estará conformado únicamente por dicha ciudad.

5.14. Finalmente, corresponde indicar que, en esta evaluación, también debe considerarse que existen casos en los cuales el propio gobierno asigna territorios en exclusividad, o incluso puede darse el supuesto en el que sea una práctica común en determinada industria la segmentación de territorios exclusivos. Ambos casos podrían condicionar la definición de mercados geográficos relevantes limitando el área relevante a aquella donde se superponen diversos territorios otorgados en exclusividad, tanto de manera gubernamental como privada. Adicionalmente, factores tales como las preferencias de los consumidores, la disponibilidad de infraestructura de transporte, la necesidad de inversión en publicidad, costos de cambio (*switching costs*), autorizaciones municipales o regionales, entre otros, podrían influir en la delimitación del mercado

²⁹ Miriam Rodríguez...Óp. Cit., p. 189.

³⁰ Hugo Gómez Apac...Óp. Cit., pp. 283-284.

³¹ La autoridad nacional de competencia debe tener en consideración el nivel inflacionario existente para determinar si tales porcentajes son suficientes o si necesitan un ajuste.



geográfico relevante, por lo que también deben ser considerados en esta etapa.³²

6. Los tipos infractores previstos en el Artículo 8 de la Decisión 608 son *numerus apertus*. La litigación predatoria como acto de abuso de posición de dominio

Delimitación del alcance del Artículo 8 de la Decisión 608

6.1 Considerando las normas objeto de interpretación, resulta importante delimitar el alcance de los supuestos previstos en el Artículo 8 de la Decisión 608, el cual establece lo siguiente:

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

- a) La fijación de precios predatorios;
- b) La fijación, imposición o establecimiento injustificado de la distribución exclusiva de bienes o servicios;
- c) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o arreglo al uso comercial, no guarden relación con el objeto de tales contratos;
- 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;
- e) La negativa injustificada, a satisfacer demandas de compra o adquisición, o a aceptar ofertas de venta o prestación, de productos o servicios;
- f) La incitación a terceros a no aceptar la entrega de bienes o la prestación de servicios; a impedir su prestación o adquisición; o, a no vender materias primas o insumos, o prestar servicios, a otros; y,
- g) 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.»

(Subrayado agregado)

6.2. Los supuestos de abuso de posición de dominio previstos en el Artículo 8 de la Decisión 608 son *numerus apertus* en aplicación de lo establecido en

³² Hugo Figari...Óp. Cit., p. 174.



el Literal g) de dicho artículo. Conforme a este literal, también 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.

- 6.3. 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. Básicamente se trata de eficiencias productivas e innovativas. Es claro que estas eficiencias permiten a las empresas atraer más clientes y consumidores. En consecuencia, una empresa perderá clientes si otra ofrece mejores condiciones a los consumidores. La rivalidad de las empresas por captar más clientes las incentiva a satisfacer los gustos, preferencias y capacidad de gasto de los consumidores. De esto trata la competencia y está bien que así sea.
- 6.4. Una empresa con posición de dominio puede atraer más clientes si ofrece al mercado productos o servicios en mejores condiciones que sus competidores. Las eficiencias económicas implementadas por una empresa con dicha posición tienen 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, simplemente saldrán del mercado por elección de los consumidores. El esfuerzo empresarial que significa adoptar eficiencias productivas o innovativas constituyen 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.
- 6.5. Lo ilícito, que se encuentra tipificado en el Literal g) del Artículo 8 de la Decisión 608, es la conducta de la empresa dominante de levantar una barrera, generar un sobrecosto o provocar una dificultad a los competidores actuales o potenciales que no se refleja en menores precios, mejor calidad, mayor variedad, acceso más fácil y/o rápido de los productos o servicios, o en mejores servicios de pre o post venta.

Los derechos de acción y de petición

- 6.6. Los ordenamientos jurídicos reconocen a las personas naturales y jurídicas el derecho de solicitar la tutela de sus derechos subjetivos e intereses legítimos ante instancias administrativas y jurisdiccionales. Para efectivizar ello, se les dota de diversas vías procedimentales o procesales a través de las cuales pueden ejercer sus derechos de acción y de petición, las que canalizan sus pretensiones ante tales instancias. Los derechos de acción y de petición, sin embargo, no son absolutos ni ilimitados. Los ordenamientos también reprochan el ejercicio abusivo o irregular de tales derechos.
- 6.7. La utilización de procedimientos gubernamentales (procesos administrativos, judiciales y regulatorios) con propósitos anticompetitivos



no se encuentra cubierta con la inmunidad que se deriva del ejercicio regular de los derechos constitucionales de acceso a la justicia y de petición. Sostener lo contrario significaría no solo desnaturalizar los derechos de acción y de petición, sino otorgar una protección indebida a conductas cuyo desarrollo debería ser desincentivado.³³

La litigación predatoria como acto de abuso de posición de dominio previsto en la Decisión 608.

- 6.8. En materia de defensa de la libre competencia, el ejercicio abusivo de litigios administrativos³⁴ o jurisdiccionales³⁵ nos conduce a la figura del abuso de posición de dominio en la modalidad de la litigación predatoria, un mecanismo eficaz utilizado para lograr la exclusión de los competidores del mercado, o para retardar su entrada a él, a través del uso indebido de procedimientos administrativos, judiciales o regulatorios³⁶.
- 6.9. Es reconocido por las autoridades de competencia y los tribunales que, bajo determinadas circunstancias, la utilización indebida de procedimientos administrativos y judiciales por una empresa con posición de dominio puede constituir un abuso. Obviamente las empresas que gozan de dicha posición no pueden ser hurtadas de sus derechos de petición (para iniciar procedimientos administrativos) y de acción (para iniciar procesos jurisdiccionales), pero estos derechos no son ilimitados.³⁷
- 6.10. Para entender mejor la figura de la litigación predatoria, resulta pertinente abordar la noción de práctica predatoria. Esta es la conducta realizada por una empresa con posición de dominio que utiliza herramientas que, en principio, podrían resultar regulares, lícitas o incluso competitivas; sin embargo, el uso abusivo, sobredimensionado o irregular de tales herramientas y su consecuente efecto restrictivo de la competencia convierte a dichas prácticas en predatorias. La predación es un tipo de

³³ Alfredo Bullard González, *Derecho y Economía. El análisis económico de las instituciones legales* (prólogo de Fernando de Trazegnies), 2.^a edición, Palestra Editores, Lima, 2006, pp. 1272 y 1273.

³⁴ Por litigios administrativos podemos abarcar, de manera enunciativa, el inicio de procedimientos administrativos, denuncias por infracciones administrativas, la interposición de recursos administrativos, la oposición al registro de derechos, etc.

³⁵ Por litigios jurisdiccionales podemos abarcar, de manera enunciativa, demandas civiles, laborales, contencioso administrativas, constitucionales; denuncias penales; demandas arbitrales, etc.

³⁶ Alfredo Bullard, *Óp. Cit.*, p. 1268.

³⁷ Daniel Escoda Villacorta y Beatriz Sanz Fernández-Vega, *Capítulo 11, Prohibición del abuso de posición dominante (II): Tipos de abuso*, en AA.VV. (José María Beneyto y Jerónimo Maillo, Directores), *Tratado de Derecho de la Competencia. Unión Europea y España*, 2.^a edición, Wolters Kluwer, S.A., Barcelona, 2017, Tomo I, p. 498.



conducta exclusoria desplegada por un agente con posición de dominio que se caracteriza por su agresividad³⁸.

6.11. Ciertamente, las conductas predatorias se caracterizan porque en ellas el agente que ostenta posición de dominio asume determinados costos para perjudicar a sus competidores —quienes asumen costos asimétricos, en tanto estos resultan mayores en comparación a los costos asumidos por el agente que realiza la conducta—, obteniendo así un beneficio consistente en que los afectados son excluidos del mercado: en el caso de los competidores actuales, dificultando su permanencia; en el caso de los competidores potenciales, complicando o imposibilitando su ingreso. Una característica importante de la conducta predatoria es que los costos son relativamente menores para el que origina la estrategia y relativamente mayores para quien la recibe.³⁹

6.12. Las conductas predatorias no solo pueden involucrar precios, sino que pueden realizarse por medio de otros elementos y estrategias que conlleven el efecto exclusorio descrito previamente. De esta manera, el elemento definitorio de las prácticas predatorias es la generación de un efecto exclusorio motivado por una acción distinta a la eficiencia económica. Estas prácticas no basadas en precio resultan menos costosas (pues en ellas el agente económico no sacrifica precios, sino que despliega otro tipo de conductas) y generan beneficios en un plazo menor (frente a aquellas prácticas de precios). En este tipo de prácticas no se requiere que el predator sacrifique beneficios en el corto plazo para obtener beneficios futuros⁴⁰.

El ejercicio predatorio del derecho a litigar

6.13. Todo litigio conlleva costos: el pago de tasas por derecho de trámite, los honorarios de los abogados, el tiempo invertido en cada proceso y la incertidumbre sobre el resultado. Ello es comprendido por los agentes económicos con posición de dominio, quienes pueden ver en el derecho de acción (en sede judicial) o de petición (en sede administrativa) un instrumento (de bajo costo para ellos) que puede incrementar los costos asumidos por el competidor (el agente económico afectado), consiguiendo así un efecto exclusorio en el mercado.

³⁸ David Fernández Flores, *Litigación Predatoria: ¿Anticompetitiva o desleal?*, en *Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual*, Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual, año 11, núm. 20, Lima, otoño 2015, p. 37.

³⁹ *Ibídem*, pp. 38-39.

⁴⁰ Andrés Calderón López y Humberto Ortiz Ruiz, *Nacimiento y muerte del abuso de procesos legales anticompetitivos en el Perú: análisis del caso Apofer versus Fetrans, Perurail y otros*, en *Revista de Economía y Derecho*, Sociedad de Economía y Derecho de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, vol. 10, núm. 38, Lima, otoño de 2013, p. 9.



- 6.14. A través del ejercicio predatorio (o abusivo) del derecho a litigar (“litigación predatoria”), el agente con posición de dominio busca desplazar al competidor real o potencial a través de los costos y consecuencias que supone llevar un litigio (o ejercer el derecho de petición con el propósito de modificar, o evitar modificar, el marco regulatorio existente), impidiendo o retrasando su ingreso al mercado. Al no poder entrar al mercado, el competidor potencial no puede implementar una estrategia de reducción de precios que le permita desafiar al “incumbente”, quien mantendrá su precio explotativo o monopolístico.
- 6.15. Para la empresa dominante, el beneficio esperado no depende necesariamente del resultado del proceso judicial o administrativo. Teniendo en cuenta que se trata de una conducta predatoria distinta al empleo de precios (caracterizada por la obtención de beneficios en un corto plazo), la ventaja a obtener deriva de los costos asumidos por el competidor afectado y no por la decisión misma del litigio. Para la “incumbente”, el beneficio no es tanto el litigio en sí mismo, sino lo que este genera en el competidor: forzar su salida del mercado o impedir que entre a él. Se trata de un beneficio colateral del ejercicio de los derechos de acción y petición.
- 6.16. A manera de ejemplo, una empresa con posición de dominio en el mercado que, ante los planes de expansión de una competidora de menor tamaño, le inicia diversos procesos de manera sistemática. Los referidos procesos supondrán un costo menor para la empresa dominante, frente a aquellos que supondrían una competencia por eficiencias económicas (competencia por méritos); sin embargo, para la empresa más pequeña, los costos y la incertidumbre del resultado del litigio le generan un desincentivo importante para continuar con su operación. Esto supone también un mensaje para aquellas empresas que desean ingresar al mercado donde la dominante participa, pues tendrán que considerar, dentro de los costos a asumir, aquellos montos derivados de los litigios que esta podría iniciarles, incrementándose así las barreras de entrada al mercado.
- 6.17. Bajo los alcances de la litigación predatoria no solo se comprenden aquellos procesos administrativos y judiciales en los que el competidor de la empresa dominante interviene como parte, sino también aquellos procedimientos reglamentarios (o regulatorios) que le generen al competidor barreras que limitan su acceso al mercado o dificulten su permanencia en él. Un ejemplo sería si la empresa con posición de dominio acude ante una entidad de la administración pública para que esta, en ejercicio de su derecho de imperio, adopte una normativa regulatoria que restringe la competencia, como sería el caso de la aprobación de un reglamento administrativo que establece requisitos adicionales (v.g., la exigencia de una póliza de seguro, una carta fianza o un capital social mínimo, etc.) o agrava los ya existentes (v.g., incrementar el monto de la póliza de seguro, la carta fianza o el capital social mínimo) para el desarrollo de una determinada actividad económica, incrementando las barreras de entrada al mercado.



- 6.18. A través del ejercicio abusivo de los derechos de acción y de petición puede generarse un efecto exclusorio de los competidores reales (que están en el mercado) o potenciales (que pretenden ingresar al mercado), traducido en la imposición de barreras o sobrecostos, lo cual justifica que dicha conducta sea sancionada por las normas que defienden la libre competencia.
- 6.19. Cuando una empresa dominante utiliza de manera abusiva y reiterada procesos administrativos o jurisdiccionales contra uno o más de sus competidores reales o potenciales, les impone un sobrecosto, que los fuerza a salir del mercado, o les provoca una dificultad que les impide acceder al mercado; y en ambos casos el efecto exclusorio no deviene de alguna eficiencia económica (un menor precio, una mejor calidad), sino del costo de defenderse del proceso administrativo o judicial, y del costo económico que significa, por ejemplo, asumir medidas cautelares que, mientras el litigio se discute, suspenden o paralizan el ingreso del competidor al mercado. Así, la dificultad del competidor potencial de entrar al mercado, no deriva de la dificultad de vencer el menor precio o la mejor calidad del producto o servicio de la empresa dominante, sino del bombardeo de medidas cautelares que esta articula con el único propósito de restringir la competencia.
- 6.20. Si bien la litigación predatoria puede ser utilizada para expulsar al competidor del mercado, es utilizada preferentemente para impedir el acceso de competidores (potenciales) al mercado. Y claro, para una empresa dominante podría resultar más fácil recurrir a una serie de procedimientos administrativos y judiciales destinados a impedir o retrasar la entrada del competidor, que enfrentarlo con menores precios, mejor calidad, mayor variedad, etc.
- 6.21. La reducción del precio o la mejora de la calidad del producto o servicio, o la introducción de un nuevo producto o servicio (mayor variedad), podría significar una inversión o costo de millones o decenas de millones de dólares para la empresa dominante, mientras que contratar a uno o más abogados que diseñen una estrategia anticompetitiva conducente a bloquear el ingreso de los competidores a través de una serie de denuncias, demandas y medidas cautelares simplemente podría implicar el gasto de miles o decenas de miles de dólares. La diferencia está en que esos miles de dólares utilizados por la empresa dominante para que sus abogados retrasen la entrada del competidor, pueden significar millones de dólares de pérdidas para el potencial competidor entrante.
- 6.22. En efecto, cada día que una medida cautelar retrasa injustificadamente el ingreso del competidor, este podría estar sufriendo pérdidas considerables, como el pagar los intereses de los préstamos bancarios obtenidos para comprar un terreno e instalar una fábrica; y cada uno de esos días, la empresa dominante mantiene su cuota de mercado, no sobre la base del esfuerzo empresarial, no sobre la base de eficiencias económicas, sino simplemente pagando los honorarios de abogados y los derechos de tramitación que significan atosigar al competidor con una serie de



denuncias, demandas y medidas cautelares que, en conjunto, tienen el único propósito de restringir la competencia.

6.23. Mientras que la empresa que desea entrar al mercado se defiende en el litigio para obtener ganancias competitivas, derivadas del precio resultante de su entrada, el monopolista inició el litigio para defender su ganancia monopólica, lo que evidentemente es superior a la que obtendrá el entrante de tener éxito en su objetivo. Mientras el primero pelea (se defiende) por competir, el segundo pelea (ataca) para mantener su monopolio. El “premio” para el éxito de esta batalla legal no es el mismo, no es simétrico. El monopolista está dispuesto a gastar más recursos en su objetivo de impedir o retrasar la competencia. Incluso no importa el nivel de recursos disponibles para cada una de las partes. Lo que alguien está dispuesto a invertir en un negocio está en relación al cálculo de los flujos futuros de dicho negocio. La empresa entrante tendrá flujos derivados de un margen competitivo (un mercado con la presencia del entrante), mientras que el monopolista invierte por flujos derivados de un margen monopólico (un mercado sin la presencia del entrante).⁴¹

6.24. Queda claro, pues, que el abuso de procesos administrativos, jurisdiccionales y/o regulatorios (acciones legales), denominado “litigación predatoria” (“*sham litigation*”), se encuentra dentro de los supuestos previstos en el Literal g) del Artículo 8 de la Decisión 608.

La litigación predatoria a través del abuso de derechos de propiedad industrial

6.25. En términos generales, la doctrina especializada reconoce el abuso de posición de dominio en el ejercicio de derechos de propiedad industrial.⁴²

6.26. En lo relativo a la modalidad de la litigación predatoria, el abuso de derechos de propiedad industrial puede revestir formas muy diversas, tales como el uso abusivo de procedimientos de registro de patentes, el uso

⁴¹ Alfredo Bullard, Óp. Cit., p. 1270.

⁴² Herbert Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice*, 3ª edición, Thomson West, 2005, pp. 327-335.

Pedro Callol García, *El posible abuso de los derechos de propiedad intelectual e industrial. Captura de estándares y abuso de acuerdos para el establecimiento de estándares*, en AA.VV. (Santiago Martínez Lage y Amadeo Petitbò Juan, Directores), *El abuso de la posición de dominio*, Fundación Rafael del Pino- Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Barcelona, 2006, pp. 391-413.

Julio Costas Comesaña y Ainhoa Veiga Torregrosa, *Capítulo 13, Derecho de la Competencia y propiedad industrial comercial o intelectual*, en AA.VV. (José María Beneyto y Jerónimo Mailló, Directores), *Tratado de Derecho de la Competencia. Unión Europea y España*, 2.ª edición, Wolters Kluwer, S.A., Barcelona, 2017, Tomo I, pp. 614-628.



abusivo de procedimientos de registro de marcas, la adquisición o acumulación abusiva de derechos de propiedad industrial⁴³, entre otros.

- 6.27. La empresa con posición dominante interpone diversas acciones como el registro de signos distintivos o patentes; la oposición al registro de derechos de propiedad industrial; solicitudes de cancelación o nulidad de tales registros; denuncias o demandas por infracción de tales derechos, con la única intención de afectar el acceso o permanencia de sus competidores en el mercado. De esta manera, se instrumentaliza el sistema de protección de la propiedad industrial con la finalidad de generar un efecto anticompetitivo.
- 6.28. Lo descrito previamente permite concluir que la figura del abuso de posición de dominio en la modalidad de litigación predatoria (sancionable de conformidad con lo establecido en el Literal g) del Artículo 8 de la Decisión 608), también comprende el ejercicio abusivo de los derechos de acción y de petición articulados en el marco de la protección de derechos de propiedad industrial.
- 6.29. Visto de manera individual el procedimiento de registro de una marca o de solicitud de una patente, de oposición al registro o concesión de cualquiera de estos derechos de propiedad industrial, de cancelación o nulidad del registro correspondiente, o de la acción por infracción de dichos derechos, es claro que se encuentra bajo la competencia de la autoridad nacional de propiedad industrial y conforme a la normativa aplicable de propiedad industrial. En estos casos, es la autoridad nacional de propiedad industrial la competente para estimar o desestimar la solicitud de registro, la oposición al registro, la solicitud de cancelación o de nulidad, o la acción por infracción, y en todos estos supuestos aplicando las normas de propiedad industrial al caso concreto.
- 6.30. El abuso de posición de dominio en la modalidad de litigación predatoria sobre la base de acciones legales vinculadas a derechos de propiedad industrial es un asunto de competencia de la autoridad de defensa de la libre competencia (nacional o supranacional), no de la autoridad de propiedad industrial. Es la autoridad de defensa de la libre competencia, conforme a las metodologías que se explican en el acápite siguiente, la que debe analizar si se ha utilizado o no de manera abusiva y reiterada procesos administrativos, jurisdiccionales o regulatorios con el propósito o el efecto de restringir la competencia.
- 6.31. Es importante precisar que la autoridad nacional de defensa de la libre competencia que conoce una denuncia de abuso de posición de dominio en la modalidad de litigación predatoria sobre la base de acciones legales vinculadas a derechos de propiedad industrial, no sustituye a la autoridad nacional de propiedad industrial ni es superior jerárquico de esta, como tampoco es una autoridad que revoca, anula o de alguna manera deja sin

⁴³ Daniel Escoda Villacorta...Óp. Cit., pp. 500-501.



efecto las decisiones adoptadas por la autoridad nacional de propiedad industrial.

6.32. La autoridad nacional de competencia no revisa, revoca, anula o deja sin efectos jurídicos los pronunciamientos de la autoridad nacional de propiedad industrial. La autoridad nacional de competencia no aplica la legislación de propiedad industrial. Esta es la razón por la cual no corresponde en la presente interpretación prejudicial abocarse a interpretar las disposiciones de la Decisión 486 – Régimen Común de Propiedad Industrial de la Comunidad Andina.

6.33. La metodología pertinente que aplique la autoridad nacional de defensa de la libre competencia para verificar si una empresa ha abusado o no de su posición de dominio en la modalidad de litigación predatoria —mediante la interposición abusiva de una serie de procesos administrativos, jurisdiccionales y/o regulatorios con el objeto de restringir la competencia— es propia del derecho de la competencia, no del derecho de propiedad industrial, y es lo que se procede a explicar a continuación.

7. Metodología de análisis de la litigación predatoria

7.1. Habiendo concluido que la litigación predatoria es un supuesto de abuso de posición de dominio pasible de ser sancionado bajo los alcances de la Decisión 608, corresponde que se delimite la metodología de análisis de dicha conducta para poder dilucidar cuándo un agente ha incurrido en este tipo infractor.

7.2. La litigación predatoria consiste en utilizar de manera abusiva y reiterada acciones legales (procesos administrativos, jurisdiccionales⁴⁴ y/o regulatorios) con el propósito o efecto de restringir la competencia⁴⁵. Al decir “reiterada” se da a entender que se está ante una “pluralidad” de procesos legales.

7.3. Dado que se refiere a una pluralidad de procesos legales, la posibilidad de que un solo proceso sea constitutivo de litigación predatoria es bastante difícil y, por tanto, muy excepcional. En tal caso, puede servir como metodología de referencia para la autoridad nacional de competencia la Sentencia de fecha 3 de mayo de 1993 emitida por la Corte Suprema de Estados Unidos de América en la controversia Professional Real Estate Investors, Inc. versus Columbia Pictures Industries, Inc. (en adelante, el **Caso PRE**).

⁴⁴ Procesos judiciales (civiles, penales, laborales o contencioso administrativos), constitucionales o arbitrales.

⁴⁵ Ver de modo referencial el supuesto infractor tipificado en el literal f) del núm. 10.2 del artículo 10 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas del Perú, aprobado por Decreto Legislativo 1034, publicado en el Diario Oficial El Peruano el 25 de junio de 2008, cuyo Texto Único Ordenado ha sido aprobado por Decreto Supremo 030-2019-PCM, publicado en el en el Diario Oficial El Peruano el 19 de febrero de 2019.



En el Caso PRE se estableció una metodología de dos pasos a efectos de verificar si existía o no litigación predatoria⁴⁶:

- a) La demanda debe carecer objetivamente de fundamento en el sentido de que ningún litigante razonable podría esperar, de manera realista, obtener un triunfo en los méritos.
- b) Solo si la litigación cuestionada, objetivamente, carece de méritos, corresponde examinar la motivación subjetiva del litigante; es decir, si la demanda sin fundamento oculta un intento de interferir directamente con las relaciones de negocios de un competidor, que es la utilización de un proceso legal como un arma anticompetitiva.

7.4. La metodología del Caso PRE, resulta pertinente reiterarlo, sería aplicable cuando el proceso legal cuestionado es uno solo, y la autoridad de competencia tiene como único medio probatorio dicho proceso, y es a partir de este único proceso que debe averiguar si la empresa con posición de dominio efectuó o no una práctica de litigación predatoria.

7.5. Cuando se trate una pluralidad de procesos legales, una metodología más apropiada es la utilizada en la Sentencia de fecha 26 de julio de 1994 emitida por la Corte del Noveno Circuito de Estados Unidos de América en la controversia USS-POSCO Industries versus Contra Costa County Building (en lo sucesivo, el **Caso USS-POSCO**).

En el Caso USS-POSCO se estableció como metodología para una pluralidad de procesos legales el análisis prospectivo de la intención (o motivación) subyacente de dichos procesos, tal como se aprecia a continuación:

«Cuando se trata de una serie de demandas, la pregunta no es si es que alguna de ellas tiene mérito —algunas pueden tenerlo, sólo por suerte—, sino si es que son presentadas persiguiendo una política de iniciar procesos legales con prescindencia de los méritos y con el propósito de dañar a un rival del mercado. La interrogante en tales casos es prospectiva: ¿Las acciones legales fueron interpuestas, no por un interés genuino de reparación de sus agravios, sino como parte

⁴⁶ «First, the lawsuit must be objectively baseless in the sense that no reasonable litigant could realistically expect success on the merits. If an objective litigant could conclude that the suit is reasonably calculated to elicit a favorable outcome, the suit is immunized under *Noerr*, and an antitrust claim premised on the sham exception must fail. Only if challenged litigation is objectively meritless may a court examine the litigant's subjective motivation. Under this second part of our definition of sham, the court should focus on whether the baseless lawsuit conceals "an attempt to interfere *directly* with the business relationships of a competitor," *Noerr, supra*, at 144 (emphasis added), through the "use [of] the governmental *process* —as opposed to the *outcome* of that process— as an anticompetitive weapon," *Omni*, 499 U. S., at 380 (emphasis in original).» Professional Real Estate Investors, Inc. v. Columbia Pictures Industries, Inc., 508 U.S. 49 (1993).



de un patrón o práctica de sucesivas demandas presentadas esencialmente con el propósito de acoso?»⁴⁷

- 7.6. El TJCA considera que el análisis prospectivo de la intención o motivación de iniciar una pluralidad de procesos legales contra uno o más competidores es una metodología apropiada para considerar si una empresa con posición de dominio ha abusado o no de su posición de dominio en la modalidad de litigación predatoria.
- 7.7. Otra metodología que podría ser utilizada por la autoridad nacional de competencia es la contenida en la Sentencia de fecha 17 de julio de 1998 emitida por el Tribunal de Primera Instancia de la Unión Europea en la controversia ITT Promedia versus Belgacom (en adelante, el **Caso Promedia**).

En el Caso Promedia, el referido Tribunal validó el criterio previamente expuesto por la Comisión de las Comunidades Europeas, en los siguientes términos:

«...la Comisión explica que, para poder determinar los casos en que tal acción judicial es abusiva, estableció dos criterios acumulativos en la decisión impugnada: es preciso, en primer lugar, que no pueda considerarse razonablemente que la acción judicial tiene por objeto hacer valer los derechos de la empresa de que se trate y que, por tanto, dicha acción sólo pueda servir para hostigar a la parte contraria y, en segundo lugar, que esté concebida en el marco de un plan que tenga como fin suprimir la competencia...

El primero de los dos criterios significa, según la Comisión, que la acción judicial debe carecer manifiestamente de todo fundamento desde un punto de vista objetivo. El segundo indica, por su parte, que la acción judicial debe tener por objeto la eliminación de la competencia. Ambos criterios deben reunirse para que se demuestre la existencia de un abuso. El hecho de ejercitar una acción judicial improcedente no puede por sí mismo constituir una infracción del artículo 86 del Tratado, a menos que dicha acción persiga una finalidad contraria a la competencia. Análogamente, si se puede considerar razonablemente que una acción judicial representa un intento de hacer valer derechos frente a competidores, no podrá constituir un abuso, independientemente de que pueda inscribirse en un plan destinado a eliminar la competencia.
(...)

⁴⁷ «When dealing with a series of lawsuits, the question is not whether any one of them has merit —some may turn out to, just as a matter of chance— but whether they are brought pursuant to a policy of starting legal proceedings without regard to the merits and for the purpose of injuring a market rival. The inquiry in such cases is prospective: Were the legal filings made, not out of a genuine interest in redressing grievances, but as part of a pattern or practice of successive filings undertaken essentially for purposes of harassment?» 31 F.3d 800 (9th Cir. 1994).



...En efecto, según el primero de los dos criterios acumulativos mencionados por la Comisión en la decisión impugnada, una acción judicial sólo puede calificarse de abusiva en el sentido del artículo 86 del Tratado cuando no pueda considerarse razonablemente que tiene por objeto hacer valer los derechos de la empresa de que se trate y, por tanto, sólo pueda servir para hostigar a la parte contraria. Así pues, para determinar si este criterio se cumple, debe tomarse en consideración la situación existente en el momento en que se ejercita la acción.

...Además, al aplicar dicho criterio, **no se trata de determinar si los derechos que la empresa hacía valer en el momento en el que ejercitó su acción judicial existían efectivamente, o si ésta era procedente, sino que debe determinarse si tal acción tenía por finalidad hacer valer derechos que la empresa, en aquel momento, podía razonablemente considerar suyos. De la última parte del tenor de este criterio se deduce que éste sólo se cumple cuando la acción judicial **no tenía dicha finalidad**, siendo éste el único caso en que se puede llegar a la conclusión de que **la acción judicial sólo servía para hostigar a la parte contraria.****»⁴⁸

(Énfasis agregado)

- 7.8. Como puede observarse de la cita del Caso Promedia, para analizar el primer requisito, una acción legal podría tener una causa probable, pero lo relevante no es esto, sino su finalidad, pues si su finalidad no es la de hacer valer los derechos del accionante, se cumpliría el primer requisito. En efecto, atendiendo a la literalidad de la Sentencia de Tribunal de Primera Instancia de la Unión Europea, y con relación al primer requisito concurrente, la autoridad nacional de competencia no tiene que determinar si el accionante tenía o no un derecho al momento de ejercer su acción judicial, o si esta acción era procedente o fundada, sino cuál era la finalidad de dicha acción; y si la finalidad de la acción no era genuinamente la protección de un derecho de la accionante, sino hostigar a la parte contraria, entonces se cumpliría el primer requisito. Queda claro, en consecuencia, que bajo la doctrina subyacente al Caso Promedia, lo relevante en el análisis de un caso de litigación predatoria (“*sham litigation*”) es el móvil o finalidad del proceso legal. Dicho en otros términos, la «...sentencia europea se preocupa por la intención detrás de las acciones legales...»⁴⁹
- 7.9. El Caso Promedia evidencia el acierto de no interpretar las disposiciones de la Decisión 486. En un caso de abuso de posición de dominio en la modalidad de litigación predatoria mediante el uso abusivo y reiterado de procesos legales vinculados a la propiedad industrial, cuyo propósito o efecto es restringir la competencia, la agencia o autoridad nacional de

⁴⁸ Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Cuarta ampliada) de la Unión Europea del 17 de julio de 1998, Asunto T-111/96.

⁴⁹ Andrés Calderón López y Humberto Ortiz Ruiz, Óp. Cit., p. 31.



competencia no tiene que verificar si la empresa dominante tenía o no un derecho de propiedad industrial válidamente concedido, o si la acción ejercida por dicha empresa era procedente o improcedente, fundada o infundada, sino que tiene que indagar cuál era la finalidad (intencionalidad o motivación) real de la interposición de tales acciones legales. Se cumpliría el primer requisito del Caso Promedia si dicha finalidad no era hacer valer los derechos de la empresa dominante, sino hostigar al competidor o competidores.

7.10. En opinión del TJCA, el caso Promedia tiene un fundamento bastante similar al del Caso USS-POSCO: lo relevante es determinar la intención, motivación o finalidad de las acciones o procesos legales. El análisis necesariamente es prospectivo.

7.11. A partir de la jurisprudencia citada, y con el propósito de brindar una orientación clara sobre la metodología que puede utilizar la autoridad nacional de competencia al conocer una denuncia por abuso de posición de dominio en la modalidad de litigación predatoria, resulta pertinente establecer los siguientes criterios jurídicos:

- a) La litigación predatoria es una modalidad de abuso de posición de dominio que tiene el propósito o el efecto de obstaculizar la permanencia de competidores en el mercado, o de impedir o retrasar la entrada de competidores al mercado.
- b) La litigación predatoria constituye el ejercicio abusivo del derecho de acción y/o de petición, y se expresa en una pluralidad de procesos administrativos, jurisdiccionales (en el ámbito judicial, constitucional o arbitral) y/o regulatorios.

De manera muy excepcional se podrá tomar en consideración un solo proceso legal como prueba del abuso, caso en el cual la metodología del Caso PRE resultaría pertinente.

- c) Tratándose de una pluralidad de acciones legales (procesos administrativos, jurisdiccionales y/o regulatorios), la autoridad nacional de competencia debe averiguar cuál es la finalidad, motivación o intencionalidad de tales acciones.

Si la finalidad, motivación o intencionalidad no es proteger genuinamente los derechos o intereses de la empresa con posición de dominio, sino de hostigar o acosar al competidor o competidores, es decir, que han sido concebidas (en conjunto) en el marco de un plan (o patrón) que tiene el propósito de restringir la competencia, **habrá abuso**.

- d) El análisis sobre la finalidad, motivación o intencionalidad de las acciones legales emprendidas por la empresa con posición de dominio tiene carácter prospectivo. En consecuencia, no se requiere



que los procesos administrativos, jurisdiccionales y/o regulatorios cuestionados hayan concluido.

- e) Para evaluar la finalidad, motivación o intencionalidad de las acciones legales emprendidas por la empresa con posición de dominio, la agencia o autoridad nacional de competencia podrá tener en consideración, entre otros, los siguientes criterios meramente enunciativos:
- (i) Si el beneficio económico que la empresa dominante obtendría de un pronunciamiento favorable es significativamente menor al costo de la litigación. Esto se explicaría por la existencia de un beneficio colateral: forzar la salida del competidor del mercado, o impedir o retrasar su ingreso a él.⁵⁰
 - (ii) Si se está ante la interposición de una multiplicidad de acciones legales reiterativas, es decir, solicitando prácticamente lo mismo⁵¹ y posiblemente bajo los mismos argumentos. Más que lograr un único pronunciamiento favorable, lo que sería razonable, la empresa con posición de dominio busca incrementar los costos de permanencia en el (o los costos de acceder al) mercado, de su competidor o competidores.
 - (iii) El número de acciones legales interpuestas por la empresa con posición de dominio, el lugar y fecha (la oportunidad) de la interposición de tales acciones, los competidores denunciados o demandados y los efectos que pueden tener dichas acciones sobre los referidos competidores.
 - (iv) La existencia de pronunciamientos previos desfavorables, y que a pesar de esto la empresa con posición de dominio emprende acciones legales conducentes a solicitar o denunciar aquello que antes le fue negado, con el único propósito de que los procesos administrativos o jurisdiccionales retrasen, en lo que fuere posible, la entrada del competidor al mercado.
 - (v) El uso de una pluralidad de medidas cautelares con el único propósito de, mientras no haya un pronunciamiento firme, retrasar en cuanto sea posible la entrada del competidor o competidores al mercado.

Los criterios antes mencionados no son acumulativos ni concurrentes. Podrán ser utilizados por la agencia o autoridad nacional de

⁵⁰ Asumamos que el costo de la litigación asciende a 1000, pero el beneficio económico que se obtendría de una sentencia favorable es solo 10. En este ejemplo, tendría sentido gastar 1000 para ganar 10 si es que hay un beneficio colateral: retrasar la entrada al mercado del competidor.

⁵¹ Identidad o similitud de las peticiones o pretensiones.



competencia en función de las pruebas que obren en el expediente, de las circunstancias del caso en concreto materia de investigación y del número de acciones legales emprendidas por la empresa con posición de dominio.

- f) En ningún caso la agencia o autoridad nacional de competencia sustituye a las autoridades competentes que van a resolver o ya resolvieron los procesos administrativos, jurisdiccionales y/o regulatorios emprendidos por la empresa con posición de dominio. Por tanto, la agencia o autoridad nacional de competencia no se inmiscuye en las competencias propias de las autoridades a cargo de tales acciones legales, ni revoca, anula o deja sin efectos jurídicos los pronunciamientos de dichas autoridades.
- g) La agencia o autoridad nacional de competencia no necesita evaluar el fundamento de cada acción legal (que probablemente lo tenga), sino que debe indagar sobre la intención detrás del conjunto de todas las acciones legales emprendidas por la empresa con posición de dominio.

7.12. Un principio aplicable al derecho de la competencia es el de primacía de la realidad, según el cual lo que importa es la verdadera naturaleza de las conductas investigadas, las reales intenciones de estas, y no tanto las formas jurídicas utilizadas, que a veces simplemente sirven de fachada para tales intenciones.

7.13. El principio de primacía de la realidad resulta gravitante en una investigación de abuso de posición de dominio en la modalidad de litigación predatoria. La autoridad nacional de competencia no debe quedar cautiva en el análisis formal de cada acción legal y determinar si esta tiene o no fundamento, lo que es de competencia de otras instancias administrativas o jurisdiccionales, sino que debe evaluar, desde una perspectiva de defensa de la libre competencia, cuál es la verdadera intención o motivación de la empresa dominante al emprender una pluralidad de acciones legales contra uno o más competidores. Si la finalidad real que subyace al conjunto de acciones legales es restringir la competencia, el abuso habrá sido acreditado.

8. Las medidas correctivas y sancionadoras previstas en la Decisión 608

8.1. Finalmente, de acuerdo con lo solicitado por la autoridad consultante, corresponde al TJCA interpretar el alcance del Artículo 34 de la Decisión 608, específicamente lo relacionado con la aplicación de medidas correctivas y sancionadoras. Dicho artículo establece lo siguiente:

«**Artículo 34.-** Si el resultado de la investigación constatará una infracción a los artículos 7 u 8, la Secretaría General podrá disponer el cese inmediato de la conducta restrictiva y, de ameritarse, la aplicación de medidas correctivas y/o sancionatorias.



Las medidas correctivas podrán consistir, entre otras, en el cese de la práctica en un plazo determinado, la imposición de condiciones u obligaciones determinadas o multas, al infractor.

Para la graduación de las medidas sancionatorias deberá considerarse la gravedad de los hechos, el beneficio obtenido, la conducta procesal de las partes y el nivel de los daños causados a la libre competencia en el ámbito de la Comunidad Andina en función de la modalidad y el alcance de la competencia; la dimensión del mercado afectado; la cuota del mercado de la empresa correspondiente; el efecto de la restricción de la competencia sobre los competidores efectivos o potenciales, las otras partes del proceso económico y los consumidores o usuarios; la duración de la restricción de la competencia; y, la reiteración de la realización de las conductas prohibidas.

La Resolución de la Secretaría General, en los casos en que establezca multas, deberá indicar el monto, la forma, oportunidad y lugar de pago. La multa será hasta un máximo del 10 por ciento del valor de los ingresos totales brutos del infractor, correspondiente al año anterior a la fecha del pronunciamiento definitivo.»

- 8.2. Considerando que la finalidad de la Decisión 608 es proteger y promover la libre competencia, como mecanismo para conseguir el bienestar de los consumidores, la actuación de la autoridad nacional de competencia no puede estar orientada únicamente a identificar y sancionar las conductas anticompetitivas, sino también a corregir las distorsiones que producen o pueden producir dichas prácticas en el mercado.

Las medidas correctivas

- 8.3. Las medidas correctivas son mandatos emitidos por la autoridad administrativa, en este caso la agencia nacional de competencia, que tienen por objeto proteger de manera eficaz el bien jurídico involucrado, como es el proceso competitivo, corrigiendo los efectos de la infracción administrativa (la conducta anticompetitiva), lo que significa restablecer o reponer, en lo que fuere posible, la situación existente con anterioridad a la comisión de la infracción, así como restaurar o reparar, también en lo que fuere posible, las consecuencias de la conducta infractora.
- 8.4. En el caso particular de un procedimiento administrativo de investigación y sanción de conductas anticompetitivas, las medidas correctivas no solo consisten en ordenar el cese de la conducta infractora, sino también en cualquier tipo de mandato que tenga por objeto restablecer o reponer las condiciones de competencia en el mercado, así como restaurar o reparar los efectos anticompetitivos sentidos en el mercado, especialmente en cabeza de los consumidores.



8.5. Así, en los casos de abuso de posición de dominio, la autoridad nacional de competencia puede dictar como medida correctiva, a modo de ejemplo, las siguientes acciones:

- a) Frente a la fijación, imposición o establecimiento injustificado de la distribución exclusiva de bienes o servicios, el mandato ordenando la inoponibilidad del contrato o la cláusula anticompetitiva.
- b) Frente a la subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o arreglo al uso comercial, no guarden relación con el objeto de tales contratos, el mandato ordenando la eliminación de la subordinación o de la venta atada, o la ineficacia de la cláusula de atadura.
- c) Frente a 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, el mandato ordenando que el infractor conceda a la empresa discriminada las mismas condiciones comerciales ofrecidas a otras empresas.
- d) Frente a la negativa injustificada de satisfacer demandas de compra o adquisición, o de aceptar ofertas de venta o prestación, de productos o servicios, el mandato ordenando la obligación de contratar, inclusive bajo determinadas condiciones.
- e) Frente a la incitación a terceros a no aceptar la entrega de bienes o la prestación de servicios; a impedir su prestación o adquisición; o, a no vender materias primas o insumos, o prestar servicios, a otros, el mandato ordenando el cese del boicot, la obligación de contratar (inclusive bajo determinadas condiciones), el acceso a una asociación u organización de intermediación, etc.

8.6. Una medida correctiva es una regla de conducta orientada a corregir las distorsiones generadas en el mercado como consecuencia de una conducta infractora. En atención a esto, el primer párrafo del Artículo 34 de la Decisión 608 no contiene una fórmula disyuntiva entre la imposición de una sanción o el dictado de una medida correctiva. Por el contrario, se entiende que la autoridad nacional de competencia se encuentra facultada para sancionar y, adicionalmente, ordenar una medida correctiva, en caso lo estime pertinente para proteger el proceso competitivo.

Las medidas sancionadoras: las multas

8.7. De acuerdo con lo dispuesto en el Artículo 34 de la Decisión 608, la autoridad nacional de competencia puede imponer al infractor una sanción de multa de hasta un máximo del 10% del valor de sus ingresos totales brutos correspondientes al año anterior a la fecha del pronunciamiento definitivo.

- 8.8. Para graduar la multa se deberá tener en consideración la gravedad de los hechos, el beneficio obtenido, la conducta procesal de las partes y el nivel de los daños causados al mercado. Para esto último se tendrá en cuenta la dimensión del mercado afectado, la cuota del mercado de la empresa infractora, el efecto de la restricción de la competencia sobre los competidores (efectivos o potenciales) y los consumidores (o usuarios), la duración de la restricción de la competencia, y la reiteración de la realización de las conductas prohibidas.
- 8.9. La autoridad nacional de competencia, al momento de graduar la sanción, debe evitar que para el infractor sea rentable cometer la infracción; es decir, que el beneficio esperado de cometer la infracción sea superior al costo de pagar la multa. Por tal razón, en lo relativo al beneficio obtenido, la autoridad deberá tener en consideración el beneficio esperado (lo que el infractor esperaba ganar, o dejar de perder, o ahorrar, al cometer la infracción) y la probabilidad de detección de la infracción.

En los términos expuestos, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina deja consignada la presente interpretación prejudicial para ser aplicada por el Tribunal consultante al resolver el proceso interno **17811-2013-1498**, la que deberá adoptarla al emitir el correspondiente fallo de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 35 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en concordancia con el Artículo 128 párrafo tercero de su Estatuto.

El suscrito Secretario del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en ejercicio de la competencia prevista en el Literal c) del Artículo 19 del Estatuto del Tribunal y en el Literal f) del Artículo Primero de la Resolución 05/2020 de 10 de abril de 2020, certifica que la presente interpretación prejudicial ha sido aprobada por los Magistrados Hernán Rodrigo Romero Zambrano, Luis Rafael Vergara Quintero, Hugo R. Gómez Apac y Gustavo García Brito, en la sesión judicial de fecha 11 de diciembre de 2020, conforme consta en el Acta 21-J-TJCA-2020.



Firmado electrónicamente por:
**LUIS FELIPE
AGUILAR**

Luis Felipe Aguilar Feijoó
SECRETARIO

Notifíquese al Tribunal consultante y remítase copia de la presente interpretación prejudicial a la Secretaría General de la Comunidad Andina para su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena.