

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina establece criterios sobre la litigación predatoria como acto de abuso de posición de dominio

15 de diciembre de 2020

El 14 de diciembre de 2020, se publicó en la Gaceta del Acuerdo de Cartagena la Interpretación Prejudicial emitida por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (el "Tribunal") en el marco del Proceso N° 02-IP-2019. A través de esta interpretación se establecen pautas relevantes en materia de libre competencia, en particular, criterios vinculados a la figura del abuso de posición de dominio en la modalidad de litigación predatoria.

A continuación, se presenta un resumen de los principales criterios desarrollados por el Tribunal en su interpretación:

- **Ámbito de aplicación objetivo de la Decisión 608 (la "Decisión")**

La Decisión es aplicable a conductas anticompetitivas transfronterizas, conforme lo establece en su artículo 5, para lo cual se considera el lugar de realización de la conducta, así como donde se perciben sus efectos reales. Según resalta el Tribunal, la Decisión debe atender aquellos casos que no pueden ser enfrentados por las autoridades nacionales, debido al ámbito geográfico de la conducta o sus efectos.

- **Aplicación de la Decisión como norma nacional de defensa de la libre competencia en Ecuador**

Ante la falta de normativa nacional en materia de libre competencia en Ecuador, por medio de la Decisión 616 se dispuso que la Decisión 608 se constituya precisamente en dicha ley nacional, a partir de lo cual la autoridad ecuatoriana podría investigar y sancionar conductas anticompetitivas con origen y efectos reales en su territorio. Ello, hasta que la autoridad competente de dicho país miembro aprobara una ley en esta materia.

Dicha disposición fue particular para Ecuador, más no resulta aplicable para otros países miembros (como Perú) que ya contaban con una ley nacional en la materia que, junto a la Decisión, protegen a los consumidores frente a las conductas anticompetitivas no transfronterizas y transfronterizas.

- **Determinación del mercado relevante**

El Tribunal propone una metodología referencial para definir el mercado relevante, la cual parte de la evaluación del "monopolista hipotético" para analizar los siguientes elementos:

- El mercado de producto o servicio relevante: al respecto, propone que, al análisis de sustituibilidad de la demanda puede incorporarse el análisis de sustituibilidad de la oferta. Esta última nos indicaría la capacidad de los proveedores de cambiar el número de productos fabricados, sin incurrir en costos significativos.
- El mercado geográfico relevante: 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 para abastecerse de distintos proveedores. Asimismo, considera que en aquellos casos en los que el Gobierno asigna territorio en exclusividad, o en aquellos en los que sea una práctica común en determinada industria la segmentación de territorios exclusivos, el mercado geográfico relevante se limitaría a aquella área en la que se superponen territorios otorgados en exclusividad.

También propone considerar en la definición de mercado relevante una dimensión temporal, correspondiente a aquel periodo de tiempo en el que las condiciones del mercado referidas a las características de la oferta y demanda permanecen invariables.

- **La litigación predatoria como acto de abuso de posición de dominio**

La litigación predatoria es una modalidad de abuso de posición de dominio que tiene el propósito o efecto de restringir la competencia, ya sea mediante la obstaculización de la permanencia de competidores en

el mercado o el impedimento o retraso de la entrada de nuevos competidores. El Tribunal explica que esta conducta es sancionada por el artículo 8 de la Decisión, y consiste en el ejercicio abusivo del derecho de acción y/o petición, y se expresa en una pluralidad de procesos administrativos, jurisdiccionales (en el ámbito judicial, constitucional o arbitral) y/o regulatorios.¹ De manera muy excepcional se podrá tener un solo proceso legal como prueba del abuso.²

Tratándose de una pluralidad de acciones legales, la autoridad nacional de competencia debe averiguar cuál es la finalidad, motivación o intencionalidad de tales acciones, a fin de determinar si han sido concebidas (en conjunto) en el marco de un plan (o patrón) que tiene el propósito de restringir la competencia; este análisis es de carácter prospectivo, por lo que no se requiere que los procesos cuestionados hayan concluido. A efectos de evaluar dicho aspecto, la autoridad de competencia podrá tener en cuenta los siguientes criterios (no acumulativos ni concurrentes):

- (i) Si el beneficio económico que la empresa dominante obtendría de un pronunciamiento favorable es significativamente menor al costo de la litigación.
- (ii) Si se está ante la interposición de una multiplicidad de acciones legales reiterativas, es decir, solicitando prácticamente lo mismo y posiblemente bajo los mismos argumentos.
- (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.
- (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 al mercado.

Asimismo, la autoridad nacional de competencia no sustituye a las autoridades competentes que van a resolver o ya resolvieron los procesos iniciados por la empresa con posición de dominio; esto es, 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.

Por ejemplo, puede presentarse esta infracción mediante el uso abusivo de derechos de propiedad industrial (tales como, el registro de patentes, registro de marcas, adquisición o acumulación de derechos de propiedad intelectual, entre otros). En dichos casos la autoridad de propiedad industrial es la competente para estimar o desestimar las solicitudes o acciones correspondientes; sin embargo, a partir de la metodología expuesta, la autoridad de libre competencia analizará si dichas acciones fueron empleadas de forma abusiva y reiterada con el propósito o efecto de restringir la competencia.

• **Medidas correctivas y sancionadoras previstas en la Decisión**

Del primer párrafo del Artículo 34 de la Decisión 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.

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.

Asimismo, respecto 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 realizar la conducta infractora) y la probabilidad de detección de la infracción.

¹ Por procedimientos "regulatorios", el Tribunal se refiere a procedimientos reglamentarios que le generen al competidor barreras que limiten su acceso al mercado o dificulten su permanencia en él. Por ejemplo, cuando una empresa con posición de dominio acude ante una autoridad administrativa para que esta adopte una normativa regulatoria que restringe la competencia.

² En estos casos el Tribunal propone emplear la metodología aplicada en la sentencia del 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. Esta contempla evaluar si la demanda carece objetivamente de fundamento; y, de no existir méritos, examinar la motivación subjetiva del litigante.

Finalmente, cabe indicar que en el Perú el Decreto Legislativo N° 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, a través de su artículo 10.2, literal f, sanciona expresamente el abuso de la posición de dominio en la modalidad de abuso de procesos legales, siendo que por medio de la Resolución N° 1351-2011/SC1-INDECOPI, la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del INDECOPI estableció los criterios para la interpretación del referido artículo.

**Carlos
Patrón**

Socio
cap@prcp.com.pe

**Ana Lucía
Figueroa**

Asociada
afd@prcp.com.pe

ESCUCHA NUESTROS
PODCASTS



VISITA NUESTRO
BLOG