



## TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA

### PROCESO 227-IP-2023

Interpretación prejudicial facultativa solicitada por la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas de la Superintendencia de Competencia Económica de la República del Ecuador

Magistrada sustanciadora: Sandra Catalina Charris Rebellón

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en San Francisco de Quito, reunido en sesión judicial celebrada por medios telemáticos<sup>1</sup> el 23 de febrero de 2024, adopta por unanimidad el presente auto.

#### VISTO:

El Oficio SCE-IGT-INICAPMAPR-2023-024 de fecha 17 de octubre de 2023, recibido vía correo electrónico en la misma fecha, mediante el cual la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas (en adelante, la **Inicapmapr**) de la Superintendencia de Competencia Económica (en lo sucesivo, la **SCE**) de la República del Ecuador solicitó al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (en adelante, el **Tribunal** o el **TJCA**) la interpretación prejudicial de los artículos 45 (literal k) y 48 de la Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena – «Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos» (en lo sucesivo, la **Decisión 351**) y del artículo 8 (literal d) de la Decisión 608 de la Comisión de la Comunidad Andina – «Normas para la protección y promoción de la libre competencia en la Comunidad Andina» (en adelante, la **Decisión 608**), a fin de resolver el proceso interno SCPM-IGT-INICAPMAPR-004-2021.

El escrito recibido vía correo electrónico el 2 de enero de 2024, mediante el cual la Sociedad General de Autores y Compositores Ecuatorianos (en lo sucesivo, **Sayce**), parte denunciada en el proceso interno, solicitó que se convoque a informe oral en el proceso 227-IP-2023.

<sup>1</sup> De conformidad con lo establecido en el artículo 17 del Reglamento Interno del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. *isc*



El Auto del 9 de noviembre de 2023, mediante el cual el Tribunal admitió a trámite la solicitud de interpretación prejudicial.

El escrito recibido vía correo electrónico el 22 de enero de 2024, mediante el cual Sayce puso en conocimiento del Tribunal que realizó el pago de la costa procesal correspondiente.

### CONSIDERANDO:

#### 1. Hechos Relevantes

- 1.1. La Asociación de Empresas de Telecomunicaciones del Ecuador (en adelante, **Asetel**) denunció a Sayce por presuntas infracciones de abuso de poder de mercado (abuso de posición de dominio) ante la SCE.
- 1.2. La Inicapmapr viene investigando a Sayce por presunto abuso de poder de mercado en la modalidad de aplicación discriminatoria de las tarifas por la explotación de obras audiovisuales. Esta investigación se canaliza en un procedimiento administrativo sancionador en el que son partes procesales, Asetel, como denunciante, y Sayce, como denunciada.
- 1.3. Las tarifas que cobra Sayce han sido aprobadas por el Servicio Nacional de Derechos Intelectuales del Ecuador (en lo sucesivo, **Senadi**), lo que expresaría una suerte de tarifas tope (techo tarifario).
- 1.4. En ese contexto, lo que se imputa a Sayce como presunto abuso de posición de dominio es que habría establecido un sistema de descuentos que beneficiaría a ciertos cableoperadores (empresas que brindan el servicio de televisión cerrada o por suscripción), quienes pagarían menos por las licencias de Sayce que otros cableoperadores competidores.
- 1.5. Según la Inicapmapr, no existiría una justificación objetiva del porqué Sayce cobra a ciertos cableoperadores un valor mayor frente a otros, pese a que oferta exactamente el mismo servicio.
- 1.6. Mediante Oficio SCE-IGT-INICAPMAPR-2023-024 de fecha 17 de octubre de 2023, la Inicapmapr dirigió una solicitud de interpretación prejudicial facultativa a este Tribunal sobre los artículos 45 (literal k) y 48 de la Decisión 351 y el artículo 8 (literal d) de la Decisión 608. En el marco de esa solicitud, Sayce solicitó que se convoque a una diligencia de informe oral. *ISC*

1



## 2. Sobre el concepto de juez nacional y el carácter facultativo de la consulta

- 2.1. De conformidad con el artículo 32 de su Tratado de Creación, corresponde al Tribunal interpretar por vía prejudicial las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, con el fin de asegurar su aplicación uniforme en el territorio de los Países Miembros.
- 2.2. El mecanismo de cooperación judicial de la interpretación prejudicial está previsto en los artículos 32 y siguientes del Tratado de Creación y en los artículos 121 a 128 del Estatuto del Tribunal<sup>2</sup>. Mediante esas disposiciones se indica los casos en los que un juez nacional puede solicitar la interpretación prejudicial, sea de manera facultativa u obligatoria. Si bien, tanto el Tratado de Creación como el Estatuto del Tribunal, se refieren al «juez nacional» como la autoridad nacional facultada para dirigir consultas prejudiciales al Tribunal, la jurisprudencia de este ha extendido la interpretación de tal término a algunas autoridades administrativas<sup>3</sup>, como ha sido señalado en el punto 1.3. del escrito de solicitud de interpretación prejudicial formulado por la señora Intendente Nacional de investigación y control de abuso del poder de mercado, acuerdos y prácticas restrictiva<sup>4</sup>.
- 2.3. En vista de lo anterior, la autoridad requirente deja en claro que no es una autoridad de última instancia en la vía gubernativa, ni tampoco goza de facultades jurisdiccionales conforme al ordenamiento nacional y por ello su solicitud es de carácter facultativo, siguiendo la jurisprudencia de este Tribunal.

## 3. Sobre el informe oral de carácter técnico y/o normativo

- 3.1. El numeral 9.2 del artículo 9 del «Reglamento que regula aspectos vinculados con la solicitud y emisión de Interpretaciones Prejudiciales» del Tribunal<sup>5</sup> establece lo siguiente:

### «Artículo 9.- Informes escritos u orales de carácter técnico y/o normativo.-

(...)

- 9.2 Las partes intervinientes en el procedimiento administrativo o proceso judicial o arbitral respectivo podrán solicitar, de manera directa al Tribunal,

<sup>2</sup> Aprobado mediante Decisión 500 del 22 de junio de 2001, publicado en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena (en lo sucesivo, **GOAC**) 680 del 28 de junio de 2001.

<sup>3</sup> Ver las sentencias de interpretación prejudicial emitidas en los procesos 737-IP-2018 del 29 de marzo de 2019, publicada en la GOAC 3645 del 20 de mayo de 2019, y 426-IP-2019 del 6 de mayo de 2022, publicada en la GOAC 4487 del 2 de junio de 2022.

<sup>4</sup> En la reciente sentencia de interpretación prejudicial 139-IP-2022 del 6 de septiembre de 2023, publicada en la GOAC 5303 del 7 de septiembre de 2023, la magistrada Sandra Charris presentó voto disidente con relación a este criterio al considerar que no corresponde al Tribunal decidir las autoridades que se deben considerar «jueces nacionales», sino a los Países Miembros a través de sus órganos legislativos.

<sup>5</sup> Modificado mediante Acuerdo 03/2022 del TJCA, publicado en la GOAC 4495 del 7 de julio de 2022. *ISC*



que convoque a los informes orales a los que se refiere el Numeral 9.1. precedente, especialmente en aquellos casos en los que la consulta prejudicial verse sobre un asunto jurídico controvertido, de alta complejidad, novedoso o sobre el cual no exista jurisprudencia uniforme, previo el pago de las costas procesales por su realización, las cuales serán definidas por el Tribunal al inicio de cada gestión judicial.

(...))»

- 3.2. El Acuerdo 01/2023 del TJCA<sup>6</sup> fija la costa procesal que financia el gasto adicional que representa atender las solicitudes de informe oral en el marco de la tramitación de interpretaciones prejudiciales ante este Tribunal.
- 3.3. En la presente causa, Sayce ha solicitado informe oral y ha realizado el pago correspondiente de la costa procesal prevista en el Acuerdo 01/2023, por lo que corresponde convocar a un informe oral, que se celebrará por medios telemáticos, de conformidad con las consideraciones que se exponen en los siguientes acápite.
- 3.4. Resulta pertinente precisar que en el presente proceso de interpretación prejudicial no se resolverá la controversia existente entre las partes del proceso interno, asunto que es de competencia de la autoridad nacional consultante. Asimismo, la diligencia de presentación de informes orales que será convocada por este Tribunal no es una audiencia de pruebas ni en ella se discutirán los hechos relacionados con la controversia.
- 3.5. En atención a lo establecido en el párrafo precedente, no causa indefensión el hecho de que este Tribunal delimite la participación de los intervinientes en la diligencia de presentación de informes orales, pues esta tiene por objeto únicamente escuchar aspectos de carácter técnico y/o normativo, y en términos abstractos.

#### 4. La cuestión controvertida en el procedimiento interno

De la revisión del informe sucinto de hechos presentado por la la Inicapmapr se puede apreciar —de manera preliminar— que la cuestión controvertida en el procedimiento interno consiste en determinar si Sayce tendría un poder de mercado y, de ser así, si habría abusado o no de tal poder (posición de dominio) derivado de una supuesta práctica discriminatoria al cobrar a unos cableoperadores una tarifa menor de la que cobra a otros, pese a que ofertaría exactamente el mismo servicio.

#### 5. Sobre la naturaleza de la interpretación prejudicial solicitada

- 5.1. La Inicapmapr solicita interpretación prejudicial facultativa de:

Publicado en la GOAC 5125 del 9 de febrero del 2023. *ISC*



- a) Los artículos 45 (literal k) y 48 de la Decisión 351<sup>7</sup>.
  - b) El literal d) del artículo 8 de la Decisión 608<sup>8</sup>.
- 5.2. Dado que la SCE no va a aplicar de manera directa la Decisión 608 para resolver la controversia, la interpretación prejudicial que emita el TJCA sobre esta ley andina es vinculante para analizar una conducta anticompetitiva transfronteriza, pero tiene carácter orientador tratándose del análisis de una conducta anticompetitiva nacional.
- 5.3. Por el contrario, en el supuesto de la que SCE, al resolver la controversia, deba aplicar disposiciones de la Decisión 351, lo que se interprete al respecto por parte del Tribunal tendrá carácter vinculante.

## 6. Preguntas para la diligencia de informe oral

- 6.1. Para la comprensión de las preguntas que se formulan se deberá tener en consideración por «tarifas» las que cobran las sociedades de gestión colectiva a los usuarios por el uso de los derechos que representan.
- 6.2. A la luz de la cuestión controvertida y el informe sucinto de hechos presentado por la Inicapmapr, en la diligencia de informe oral se preguntará a los intervinientes las siguientes interrogantes:

*Pregunta relacionada con el literal k) del artículo 45 de la Decisión 351 y el artículo 9 de la Decisión 608, a su vez relacionada con el literal d) del artículo 8 de la Decisión 608*

<sup>7</sup> **Decisión 351.-**  
«Artículo 45.- La autorización a que se refiere el artículo anterior, se concederá en cumplimiento de los siguientes requisitos:

(...)

k) Que se obliguen a no aceptar miembros de otras sociedades de gestión colectiva del mismo género, del país o del extranjero, que no hubieran renunciado previa y expresamente a ellas;

(...))»

«Artículo 48.- Las tarifas a cobrar por parte de las entidades de gestión colectiva deberán ser proporcionales a los ingresos que se obtengan con la utilización de las obras, interpretaciones o ejecuciones artísticas o producciones fonográficas, según sea el caso, salvo que las legislaciones internas de los Países Miembros expresamente dispongan algo distinto.»

<sup>8</sup> **Decisión 608.-**

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

(...)

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

(...))» *KSL*



- a) ¿Lo establecido en el literal k) del artículo 45 de la Decisión 351 —la asociación exclusiva de los miembros a una sociedad de gestión colectiva— podría ser considerado como una barrera legal para entrada al mercado de los servicios prestados por las sociedades de gestión colectiva?
- b) ¿Es dicha barrera un elemento que debe ser considerado por la autoridad de competencia para determinar la posición de dominio de una sociedad de gestión colectiva?

*Pregunta relacionada con el artículo 48 de la Decisión 351 y el artículo 8 de la Decisión 608*

- c) Si la autoridad nacional competente aprueba el monto de las tarifas de una sociedad de gestión colectiva, ¿esta sociedad puede abusar de su (eventual) posición de dominio al cobrar a los usuarios dichas tarifas?

*Pregunta relacionada con el artículo 48 de la Decisión 351*

- d) De conformidad con lo establecido en el artículo 48 de la Decisión 351, y en el supuesto de que la autoridad nacional competente apruebe el monto de las tarifas de una sociedad de gestión colectiva, ¿esta puede cobrar a determinados usuarios un monto menor a la tarifa aprobada?
- e) ¿La tarifa aprobada por la autoridad nacional competente es susceptible de negociación? En otros términos, ¿la sociedad de gestión colectiva puede cobrar un monto mayor o menor al de la tarifa aprobada administrativamente si cuenta con el consentimiento del usuario, sobre la base de la libertad contractual de ambas partes?

*Preguntas relacionadas con el literal d) del artículo 8 de la Decisión 608*

- f) Para que se configure el abuso de posición de dominio tipificado en el literal d) del artículo 8 de la Decisión 608 (práctica discriminatoria), ¿es requisito que el agente económico dominante obtenga beneficios y perjudique a competidores reales o potenciales? En otros términos, para que se configure el abuso, ¿el agente económico dominante debe restringir de manera indebida la competencia, obteniendo beneficios y perjudicando a competidores reales o potenciales?

Las preguntas mencionadas en el párrafo anterior se refieren a los competidores reales o potenciales del operador económico dominante, o de operadores económicos vinculados a este.

Si la sociedad de gestión colectiva cobra a unos usuarios la tarifa aprobada por la autoridad nacional competente y a otros un monto menor a dicha



tarifa, ¿dicha diferenciación podría encajar en el tipo infractor previsto en el literal d) del artículo 8 de la Decisión 608 (práctica discriminatoria)?

- h) A la luz de lo prescrito en el literal d) del artículo 8 de la Decisión 608, un operador económico que ostenta posición de dominio, en el marco de una negociación, ¿puede establecer condiciones desiguales para prestaciones equivalentes?
- i) ¿Para la configuración de la conducta prescrita en el literal d) del artículo 8 de la Decisión 608 se requiere una determinación específica de la “desventaja competitiva” entre cableoperadores?

## 7. De las personas y autoridades invitadas a la diligencia de informe oral

7.1. A la luz de todo lo mencionado, corresponde invitar a un representante de cada una de las partes del proceso interno para que presenten sus posiciones sobre las preguntas formuladas en la sección anterior, tal como se detalla a continuación:

- a) Un representante de la Asociación de Empresas de Telecomunicaciones del Ecuador – Asetel.
- b) Un representante de la Sociedad General de Autores y Compositores Ecuatorianos – Sayce.

7.2. Asimismo, resulta pertinente invitar al informe oral a un representante de las autoridades nacionales de defensa de la libre competencia de los Países Miembros que no están involucradas en el proceso interno para que, de considerarlo pertinente, presenten sus posiciones sobre las preguntas de su elección. En ese sentido, corresponde invitar a:

- a) la Autoridad de Fiscalización de Empresas – AEMP del Estado Plurinacional de Bolivia;
- b) la Superintendencia de Industria y Comercio – SIC de la República de Colombia; y,
- c) el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual – Indecopi de la República del Perú.

7.3. De igual manera, resulta pertinente invitar al informe oral a un representante de las autoridades nacionales en materia de derecho de autor de los Países Miembros para que, de considerarlo pertinente, presenten sus posiciones sobre las preguntas de su elección. En ese sentido, corresponde invitar a: *ISC*



- a) el Servicio Nacional de Propiedad Intelectual – Senapi del Estado Plurinacional de Bolivia;
- b) la Dirección Nacional de Derecho de Autor – DNDA de la República de Colombia;
- c) el Servicio Nacional de Derechos Intelectuales – Senadi de la República del Ecuador; y,
- d) el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual – Indecopi de la República del Perú.

7.4. Por otro lado, corresponde poner en conocimiento de la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas de la Superintendencia de Competencia Económica de la República del Ecuador – Inicapmapr, en calidad de autoridad consultante, la realización de la mencionada diligencia de presentación de informes orales para que, si lo considera pertinente, asista a la misma por medio de la delegación que mejor vea conveniente y se pronuncie sobre las preguntas de su elección.

De conformidad con lo anterior, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina:

**DECIDE:**

**PRIMERO:** Convocar a la realización de la audiencia de informe oral para el día **jueves 14 de marzo de 2024** a las 10:00 a.m. hora de Bogotá, Lima, Quito y 11:00 de La Paz, misma que se realizará por medios telemáticos. Por secretaría de este Tribunal se coordinarán los detalles logísticos necesarios para la efectiva realización de esta diligencia.

**SEGUNDO:** Invitar a Asociación de Empresas de Telecomunicaciones del Ecuador (Asetel) y a la Sociedad General de Autores y Compositores Ecuatorianos (Sayce) a una diligencia de presentación de informes orales a realizarse por medios telemáticos en el marco de la tramitación del Proceso 227-IP-2023, para que respondan, si lo consideran pertinente, las preguntas mencionadas en la parte considerativa de la presente providencia judicial.

**TERCERO:** Invitar a la Autoridad de Fiscalización de Empresas (AEMP) del Estado Plurinacional de Bolivia, a la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) de la República de Colombia y al Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi) de la República del Perú a la mencionada diligencia para que participen en ella, de considerarlo pertinente, y se pronuncien sobre las preguntas de su elección. *ISC*





**CUARTO:** Invitar al Servicio Nacional de Propiedad Intelectual (Senapi) del Estado Plurinacional de Bolivia, a la Dirección Nacional de Derecho de Autor (DNDA) de la República de Colombia, al Servicio Nacional de Derechos Intelectuales (Senadi) de la República del Ecuador y al Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi) de la República del Perú a la mencionada diligencia para que participen en ella, de considerarlo pertinente, y se pronuncien sobre las preguntas de su elección.

**QUINTO:** Poner en conocimiento de la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas (Inicapmapr) de la Superintendencia de Competencia Económica (SCE) de la República del Ecuador la realización de la mencionada diligencia de presentación de informes orales para que asista si lo considera pertinente y se pronuncie sobre las preguntas de su elección.

**NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE.**

El presente auto ha sido aprobado por los siguientes magistrados en la sesión judicial de fecha 23 de febrero de 2024, conforme consta en el Acta 4-J-TJCA-2024-Extraordinaria:

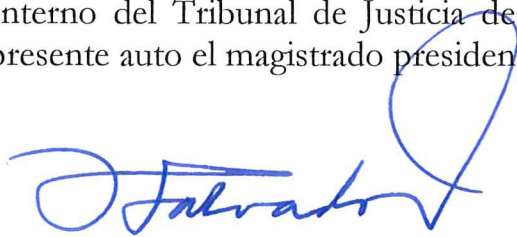
  
Sandra Catalina Charris Rebellón  
**Magistrada**

  
Hugo R. Gómez Apac  
**Magistrado**

  
Rogelio Mayta Mayta  
**Magistrado**

  
Íñigo Salvador Crespo  
**Magistrado**

De conformidad con lo establecido en el literal n) del artículo 7 del Reglamento Interno del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, firman igualmente el presente auto el magistrado presidente y la secretaria general.

  
Íñigo Salvador Crespo  
**Magistrado presidente**

  
Karla Margot Rodríguez Noblejas  
**Secretaria general**

