

Quito, a 27 de agosto de 2018

Doctor  
Gonzalo Vaca Dueñas  
**SECRETARIO ABOGADO DE LA FACULTAD DE JURISPRUDENCIA  
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR.-**  
Presente.-

De mi consideración:

Con relación a su atento oficio No. 630-SJG-2018 de 4 de julio de 2018, mediante el que se me comunica que he sido designado como profesor informante de la Disertación de Abogacía titulada "**LA ESCISIÓN DE SOCIEDADES MERCANTILES COMO UNA MEDIDA SANCIONATORIA AL ABUSO DE PODER DE MERCADO EN ECUADOR**", elaborada por la señorita **Verónica Siboney Cevallos Fuentes**, previo a la obtención del título de Abogada, me permito poner a su consideración el siguiente informe:

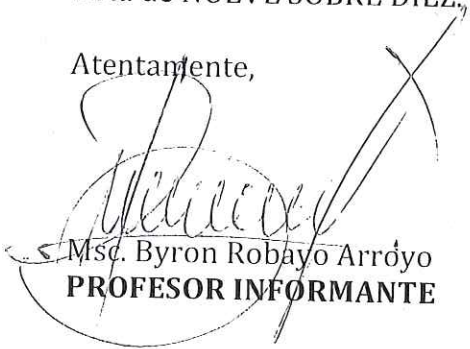
La tesis remitida cumple con los requisitos metodológicos y formales necesarios en este tipo de investigaciones académicas.

La investigación en particular analiza la normativa nacional respecto a la escisión de sociedades mercantiles y las distorsiones causadas en el mercado por el abuso de poder de mercado. El planteamiento de la disertante analiza de forma detallada la aplicabilidad de la escisión de sociedades como consecuencia del abuso de poder de mercado, de conformidad con la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.

A pesar de ser una tesis muy valiosa por su análisis doctrinario, hubiese sido deseable que la tesis desarrolle una propuesta de reforma legislativa que evite la arbitrariedad de las autoridades estatales que determinen la escisión de sociedades dentro de los procesos sancionatorios por abuso de poder de mercado.

Por los argumentos expuestos, considero que la tesis merece ser aprobada con la nota de NUEVE SOBRE DIEZ.

Atentamente,



Msc. Byron Robayo Arróyo  
**PROFESOR INFORMANTE**



Quito, 16 de julio de 2017

Señor Doctor  
Gonzalo Vaca Dueñas  
Secretario Abogado – Facultad de Jurisprudencia  
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR, QUITO  
Presente.-

Estimado Dr. Vaca:

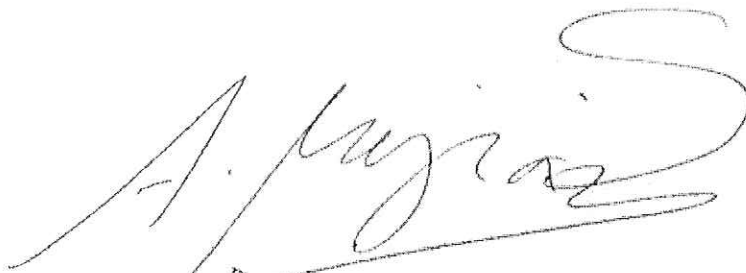
Dando respuesta su oficio número 630-SJ-2018, pongo a su consideración mi Informe respecto de la disertación de abogacía titulada "La escisión de sociedades mercantiles como medida sancionatoria al abuso del poder del mercado", presentada por la señorita Verónica Siboney Cevallos Fuentes, bajo la dirección del Ab. Guillermo Lascano Báez.

Al respecto debo manifestar que la calidad monográfica del trabajo es sobresaliente, sobre todo en lo que refiere al primer y al segundo capítulo. No obstante, la temática anunciada en el título de la investigación es abordada de manera directa únicamente en 4 páginas (65-68) y de manera superficial, de tal forma que no se puede considerar que la tesis propuesta haya sido demostrada.

Adicionalmente, el trabajo presenta algunas falencias en cuanto a redacción y normas de citación.

En cualquier caso, ponderando la buena calidad de la mayor parte del trabajo y que varias de las circunstancias antes descritas rebasan de la responsabilidad propia del estudiante, considero que el trabajo merece una calificación de 9/10.

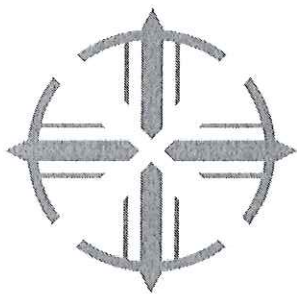
Cordiales saludos,



ALVARO R. MEJÍA SALAZAR, Ph.D.

*Seccional*  
16 JUL 2018





**PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR**

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA**

**ESCUELA DE DERECHO**

**DISERTACIÓN PREVIA A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE ABOGADA**

**“LA ESCISIÓN DE SOCIEDADES MERCANTILES COMO UNA MEDIDA  
SANCIONATORIA AL ABUSO DE PODER DE MERCADO EN ECUADOR”**

**VERÓNICA SIBONEY CEVALLOS FUENTES**

**DIRECTOR: DR. GONZALO GUILLERMO LASCANO BÁEZ**

**QUITO, 2018**







## AGRADECIMIENTOS

*A mis padres, Martha y Edwin, por hacer ser mi guía, mi apoyo y hacer suyos mis logros.*

*A mi hermano, Edwin Alejandro, por ayudarme a trazar mi camino, tomar mi mano y ser mi cómplice.*



## DEDICATORIA

*A mi madre, Martha Fuentes, por ser el pilar fundamental de mi vida.*



## RESUMEN

La presente disertación, analizará la aplicabilidad de la escisión de sociedades mercantiles como una medida sancionatoria al abuso de poder de mercado en el marco del ordenamiento jurídico ecuatoriano, estudiando, como primer punto, la institución jurídica de la escisión de sociedades, su alcance, tipos y efectos.

En el segundo capítulo, versará sobre el campo de acción del Derecho de Competencia, esencialmente en el abuso de poder de mercado y como esta conducta actualmente es sancionada con el establecimiento de sanciones de acuerdo con la magnitud de daño causado, no obstante, cuando este daño sobrepasa los límites de las sanciones previstas en el artículo 79 de la Ley Orgánica de Control y Poder de Mercado, se prevé la posibilidad de que la Superintendencia de Control de Poder de Mercado sancione con la escisión de sociedades mercantiles al operador económico causante del daño en cuestión.

Sobre la base de lo estudiado en el primer y segundo capítulo; el tercer capítulo consiste en la concatenación de lo estudiado a fin de analizar la aplicabilidad de dicha sanción, frente a conductas que decanten en un abuso de posición dominante y cuya magnitud sea exorbitante, por lo que sea ésta, la única vía para restablecer la competencia.

Finalmente, se concluye, principalmente, que la falta de desarrollo normativo al respecto podría desembocar en la aplicación de la escisión de sociedades como sanción, de forma arbitraria, desproporcionada o subjetiva.



## ABSTRACT

This dissertation will analyze the applicability of the split of mercantile companies as a sanctioning measure to the abuse of market power within the framework of the Ecuadorian legal system, studying, as a first point, the legal institution of the split of companies, their scope, types, and effects.

In the second chapter, it will deal with the field of action of the Competition Law, essentially on the abuse of market power and how this behavior is currently sanctioned with the establishment of sanctions according to the magnitude of damage caused, nevertheless, when this damage exceeds the limits of the penalties provided for in Article 79 of the Organic Law of Control and Power of Market, there is the possibility that the Superintendence of Market Power Control sanctions with the split of commercial companies to the economic operator who causes the damage in question.

On the basis of what was studied in the first and second chapters; the third chapter consists of the concatenation of what has been studied in order to analyze the applicability of this sanction, in the face of behavior that leads to an abuse of a dominant position and whose magnitude is exorbitant, so that this is the only way to restore competition.

Finally, it is concluded, mainly, that the lack of regulatory development in this regard could lead to the application of the split of companies as sanctions, in an arbitrary, disproportionate or subjective manner.



## ÍNDICE

AGRADECIMIENTOS.....	i
DEDICATORIA.....	ii
RESUMEN.....	iii
ABSTRACT.....	iv
ÍNDICE DE GRÁFICOS.....	viii
INTRODUCCIÓN.....	1
CAPÍTULO I.....	3
1. ESCISIÓN DE SOCIEDADES MERCANTILES.....	3
1.1. Concepto de escisión de sociedades mercantiles.....	3
1.2. Tipos de escisión.....	8
1.2.1. Clasificación por los efectos en la sociedad escidente.....	8
1.2.1.1. Escisión total.....	8
1.2.1.2. Escisión parcial.....	11
1.2.1.3. Otros criterios de clasificación.....	13
1.2.2. Clasificación por los efectos en las sociedades beneficiarias.....	15
1.2.2.1. Escisión pura y simple.....	16
1.2.2.2. Escisión compleja.....	16
1.3. Finalidades de la escisión.....	17
1.5. Procedimiento.....	18
1.6. Efectos.....	24
CAPÍTULO II.....	26
2. NATURALEZA JURÍDICA DEL ABUSO DE PODER DE MERCADO.....	26
2.1. Antecedentes.....	26
2.2. Aproximación conceptual al abuso de poder de mercado.....	28



2.3.	Determinación de poder de mercado.....	31
2.3.1.	El mercado relevante .....	31
2.3.2.	Criterios de determinación del poder de mercado .....	32
2.3.2.1.	Regla de la razón y regla <i>Per Se</i> .....	34
2.4.	El derecho de libre competencia y la prohibición de prácticas monopólicas.....	36
2.5.	Acciones derivadas de las prácticas restrictivas de la competencia sujetas a escisión	39
2.5.1.	Dificultar permanencia o expansión de competidores .....	39
2.5.2.	Fijación de precios predatorios .....	41
2.5.3.	Barreras de entrada .....	42
2.5.4.	Discriminación de precios .....	43
2.5.4.1.	Discriminación de Primer Grado.....	45
2.5.4.2.	Discriminación de Segundo Grado .....	45
2.5.4.3.	Discriminación de Tercer Grado .....	45
2.5.5.	Incitación a terceros a no comprar .....	46
2.5.6.	Imposición de cláusulas de no competencia .....	47
2.6.	Análisis de pertinencia de la escisión como una medida sancionatoria al abuso de poder de mercado .....	48
CAPÍTULO III .....		50
3.	ANÁLISIS DE LA APLICABILIDAD DE LA ESCISIÓN DE SOCIEDADES AL ABUSO DE PODER DE MERCADO .....	50
3.1.	Competencias de la Superintendencia de Control de Poder de Mercado.....	50
3.1.1.	Alcance de la potestad sancionadora de la Superintendencia de Control de Poder de Mercado .....	52
3.1.2.	Procedimiento administrativo sancionatorio .....	53



3.1.3. Legalidad de la aplicación de sanciones por parte de la Superintendencia de Control de Poder de Mercado.....	58
3.1.3.1. El Bien jurídico protegido por el Derecho de Competencia .....	58
3.1.3.2. El establecimiento de sanciones.....	60
3.1.3.2.1. Compromisos de cese .....	60
3.1.3.2.2. Fijación de multas .....	61
3.2. El desarrollo de la potestad sancionadora de un órgano administrativo dentro del Derecho Comparado.....	63
3.3. Aplicación de la escisión de sociedades mercantiles como una medida sancionatoria al abuso de poder de mercado .....	65
4. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES .....	69
4.1. Conclusiones .....	69
4.2. Recomendaciones.....	71
BIBLIOGRAFÍA .....	73



## ÍNDICE DE GRÁFICOS

GRÁFICO 1: EJEMPLO DE ESCISIÓN TOTAL .....	9
GRÁFICO 2: EJEMPLO DE ESCISIÓN PARCIAL .....	12
GRÁFICO 3: EJEMPLO DE ESCISIÓN POR DIVISIÓN .....	13
GRÁFICO 4: EJEMPLO DE ESCISIÓN POR ABSORCIÓN.....	14
GRÁFICO 5: EJEMPLO DE ESCISIÓN POR CONSTITUCIÓN DE NUEVAS SOCIEDADES .....	14
GRÁFICO 6: CUADRO COMPARATIVO ENTRE LA ESCISIÓN TOTAL Y PARCIAL..	15
GRÁFICO 7: EJEMPLO POR LOS EFECTOS EN LA SOCIEDAD BENEFICIARIA.....	16
GRÁFICO 8: PROCESO DE ESCISIÓN .....	24
GRÁFICO 9: EL PROCESO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO .....	55



## INTRODUCCIÓN

El Derecho de Competencia en Ecuador, es relativamente nuevo. Se cuenta con una norma especializada en la materia solo después del 2011 con la publicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado y su reglamento. Conforme a lo que dicta la mencionada ley, se creó la Superintendencia de Control de Poder de Mercado, a fin de que ejerza el control y sancione a los operadores económicos que atenten contra la competencia.

Al respecto de aquella potestad sancionatoria, la LORCPM en su artículo 79 delimita las sanciones en orden progresivo con su respectiva sanción, no obstante, al finalizar dicho artículo, la SCPM, se reserva el derecho a escindir a las sociedades mercantiles, siempre que considere que aquél, es el único camino para restablecer la competencia, sin desarrollar al respecto.

De acuerdo con lo expuesto y con la finalidad de analizar la aplicabilidad de la escisión de sociedades como una medida sancionatoria al abuso de poder de mercado, la presente disertación está compuesta por tres capítulos:

El primero de ellos analiza la institución societaria de la escisión de sociedades mercantiles: su conceptualización, los tipos de escisión que existen, su procedimiento y finalmente sus efectos, esto, en el marco del abuso de poder de mercado.

El segundo capítulo versa sobre naturaleza jurídica del abuso de poder de mercado, en el contexto del Derecho de Competencia, con sus debidos antecedentes para posteriormente llegar a una aproximación conceptual al abuso de poder de mercado, la forma en que se determina la existencia de éste, la posible contraposición del derecho de libre competencia y la prohibición de prácticas monopólicas y termina con la descripción de las conductas susceptibles de constituir en abuso de poder de mercado.

Posteriormente, el tercer capítulo, analiza la aplicabilidad de la escisión de sociedades frente al abuso de poder de mercado. En este capítulo, se intenta delinear la relación entre los órganos estatales que intervienen en las operaciones tanto de escisión a través de la

Superintendencia de Compañías, como de aplicación de sanciones al abuso de poder de mercado a cargo de la Superintendencia de Control y Poder de Mercado, posterior al análisis del bien jurídico protegido por el Derecho de Competencia y el establecimiento de medidas correctivas.

Finalmente, se concluye, entre otras cosas, que la escisión de sociedades mercantiles, si bien es una medida, cuya aplicabilidad será en casos excepcionales, requiere de un desarrollo normativo exhaustivo, dado que las sanciones deben guardar estrecha relación con los principios constitucionales de legalidad y proporcionalidad a fin de que la sanción impuesta sea tendente a eliminar el abuso de poder de mercado y no cometer arbitrariedades por parte de la autoridad administrativa.

## **CAPÍTULO I**

### **1. ESCISIÓN DE SOCIEDADES MERCANTILES**

La escisión de sociedades mercantiles es una institución que nació a la vida jurídica con la intención de desconcentrar las compañías que, por su magnitud, su gobierno se haya dificultado. En la actualidad, este acto societario debe nacer de la voluntad del máximo órgano de gobierno de la compañía; sin embargo, en el presente estudio se analizará el marco normativo de esta institución y la factibilidad de aplicarla oficiosamente como una medida preventiva, correctiva y hasta sancionatoria en los casos en los que se advierta un posible abuso de poder de mercado.

En lo que respecta a la escisión de sociedades mercantiles, en este primer capítulo, se abordarán los elementos básicos de este acto societario: su definición, los tipos que la componen, su finalidad, su procedimiento y los efectos que ésta acarrea.

#### **1.1. Concepto de escisión de sociedades mercantiles**

La institución jurídica de la escisión de sociedades, etimológicamente parte del verbo “escindir”, entendido como la acción de cortar, dividir, separar; e implica una cortadura, desmembramiento o fraccionamiento de una compañía. (González Márquez, 2017)

En cuanto al concepto de “escisión”, en un contexto jurídico, es preciso abordarlo desde diferentes ópticas: en el derecho colombiano, la escisión consiste en una desintegración o fraccionamiento del patrimonio que no conlleva desmejora en la estructura de mercado, ni la formación de monopolios, ni actos que constituyan de cualquier manera prácticas comerciales restrictivas. El fenómeno de la escisión es útil para la reorganización de empresas que necesitan desconectarse o fraccionarse, por requerir, en su manejo, una especialización de sus elementos integrantes para el perfeccionamiento de la respectiva gestión. (Ramírez Torres, Moreno Aroca, Martínez, & Naranjo Bogotá, 2014)

Kenelma Ayala Ruela, sostiene que, para el derecho mexicano, la escisión de sociedades supone la división de una sociedad (misma que podría o no extinguirse) cuyo

patrimonio se aportará para formar parte de una o más sociedades de nueva creación que surjan como resultado de la escisión. (Ayala Ruela, 2003)

Por otra parte, los autores españoles Gregorio Fraile y Vicente Clemente (citados por Ayala Ruela 2003), sostienen que:

*La escisión consiste en el acuerdo social de dividir total o parcialmente, el patrimonio (derechos y obligaciones) de una sociedad, sin proceder a su liquidación, para transmitir la parte o las partes en que se divide o se segregan a otra u otras sociedades ya existentes o que se creen con este objetivo, con la integración de los accionistas de la sociedad escindida en la sociedad o sociedades beneficiarias en proporción al patrimonio aportado. (Ayala Ruela, 2003)*

Finalmente, el tratadista Gabino Pinzón, define la escisión como “la desintegración de una empresa, para que sus sectores o sus seccionales continúen desarrollándose como empresas separadas por sociedades formadas con tal fin o preexistentes” (Pinzón, 1983). Cuya definición se contrasta con la que proporciona la Ley General de Sociedades Mercantiles de México, que en su Art. 228 bis establece lo siguiente:

*Art. 228.- La escisión es la situación en la que una sociedad denominada escidente decide extinguirse y se divide la totalidad o parte de su activo, pasivo y capital social en dos o más partes, que son aportadas en bloque a otras sociedades de nueva creación denominadas escindidas; o cuando la escidente, sin extinguirse, aporta en bloque parte de su activo, pasivo y capital social a otra u otras sociedades de nueva creación. (Ley General de Sociedades Mercantiles, 1934)*

Es así que, la definición que proporciona el colombiano Francisco Reyes Villamizar abarca estos aspectos fundamentales de la escisión de la siguiente manera: “*La escisión, es un acto societario que consiste en la división del patrimonio social de la sociedad que va a escindirse, también denominada escidente, en dos o más partes, con la finalidad de traspasar en bloque fragmentos o la totalidad de dicha división del patrimonio social, a una o varias sociedades ya sea que estén constituidas con anterioridad o que sean creadas a partir de dicha operación, también denominadas beneficiarias*” (REYES VILLAMIZAR, 2000).

En conclusión, la escisión de sociedades mercantiles está compuesta por varios elementos, cuya confluencia, la dan como resultado. En primer lugar, la escisión es un acto societario, es decir que necesariamente debe nacer del máximo órgano de gobierno de la compañía, con la finalidad de fragmentar el patrimonio de la sociedad (activos y pasivos) en

dos o más partes, que para fines de escisión se lo denominará bloque patrimonial. Una vez fragmentado el patrimonio, cada bloque patrimonial, dependiendo cómo se hayan establecido las condiciones, será transferido a otra compañía.

En lo que respecta al antes mencionado “Bloque Patrimonial”, el Doctor Juan Luis Hernández Gazzo, sostiene que se utiliza dicho término para hacer referencia a las partes del patrimonio que se separan en una escisión de sociedades (Hernández Gazzo, 1997). Considerando que este texto fue escrito previo a la publicación de la Ley General de Sociedades peruana, el autor acoge la definición de Bloque Patrimonial, como un activo o conjunto de activos de la sociedad escindida y como el conjunto de uno o más activos y uno o más pasivos de la sociedad escindida.

En definitiva, el referirse a un bloque patrimonial, necesariamente abarca tanto activos como pasivos. Al respecto de los pasivos, Carlos Iglesias, sostiene que, si bien no es común transferir el elemento pasivo, en el caso de que llegase a ocurrir, el efecto inmediato es el cambio de sujeto pasivo de la obligación y consecuentemente afectaciones inmediatas respecto a los acreedores. (Iglesias Coronel, 2003)

Sobre la base de las consideraciones anteriores, es posible puntualizar los tres elementos constitutivos y propios de esta institución, debido a que en el caso de que no se cumpla alguno de los siguientes supuestos, no sería posible hablar de una escisión en estricto derecho:

- a) Fragmentación o división del patrimonio social en dos o más partes;
- b) Transmisión en bloque, es decir, a título universal de cada fracción patrimonial a las sociedades beneficiarias;
- c) La atribución a los socios de la sociedad escidente de las acciones o participaciones procedentes de las sociedades beneficiarias, adquiriendo la condición de socios de tales sociedades.

Este acto societario, esencialmente es reformativo al contrato social y como tal requiere la aprobación del máximo órgano de gobierno de la compañía tanto de la compañía escidente, como de las compañías beneficiarias en el caso de que hayan sido constituidas

previamente. En este propósito, la legislación ecuatoriana lo recoge de forma expresa en el Art. 345 de la Ley de Compañías de la siguiente manera: “*Art. 345: La junta general de socios podrá acordar la división de la compañía, en una o más sociedades*” (Reglamento de publicación de extractos y de oposición por parte de terceros de la Superintendencia de Compañías, 2015).

Considerando dicho planteamiento, la titularidad de realizar cambios estructurales sobre una compañía, reposa sobre el órgano de gobierno de ésta independientemente de su naturaleza, según lo que manda el Art. 231 de la Ley de Compañías: “*Art. 231: La junta general tiene poderes para resolver todos los asuntos relativos a los negocios sociales y para tomar las decisiones que juzgue convenientes en defensa de la compañía. Num. 7: Resolver acerca de la fusión, transformación, escisión, disolución y liquidación de la compañía; nombrar liquidadores, fijar el procedimiento para la liquidación, la retribución de los liquidadores y considerar las cuentas de liquidación*”.

La naturaleza volitiva de la escisión está dada en virtud de que consiste en un procedimiento que modifica sustancialmente la composición patrimonial de la compañía, por lo tanto, esta reorganización necesariamente debe recaer en el seno del órgano de gobierno. No obstante, la ley prevé la posibilidad de que algún socio no se sienta identificado con la decisión tomada por la Junta General de socios, ante esta situación planteada, en consecuencia, podrán ejercer su derecho a oponerse a la decisión tomada y separarse de la compañía.

En relación con lo planteado, el Art. 333 de la Ley de compañías (1999) dispone lo siguiente:

*Art. 333.- El Acuerdo de transformación sólo obligará a los socios o accionistas que hayan votado a su favor. Los accionistas o socios no concurrentes o disidentes con respecto a la transformación de la compañía, tienen el derecho de separarse de ella, exigiendo el reembolso del valor de sus acciones o de su participación, en conformidad con el balance a que se refiere el artículo anterior. Para la separación, el accionista notificará al gerente o administrador de la empresa, por escrito, dentro de los quince días contados desde la fecha de la junta general en que se tomó el acuerdo.*

En este sentido, por la naturaleza propia de la escisión de sociedades, ésta no puede ser confundida con una mera transferencia de activos y pasivos, ante lo cual el tratadista Gustavo Ortega Trujillo (2013) evidencia los siguientes aspectos:

1. La compañía escidente, es decir la que transfería sus activos o pasivos, no fracciona en bloque sus activos y pasivos, sino que, luego del concluido el proceso, la compañía escidente pasaba a ser parte de la beneficiaria por una configuración contable en su patrimonio.
2. En la transferencia de activos y pasivos, no hay un fraccionamiento del patrimonio en bloque, mismo que permite que el patrimonio que se reduce de la compañía escidente pase a la compañía beneficiaria en la misma medida y proporción.
3. Una gran diferencia que existe entre la escisión propiamente dicha y la mera transferencia de activos y pasivos se encuentra a nivel tributario, toda vez que en el ordenamiento jurídico ecuatoriano se prevé que para los procesos de escisión de sociedades están exentos de todo tipo de imposición fiscal provincial o municipal, incluido el impuesto a la renta y el de utilidad por la venta de inmuebles y para las transferencias de activos, deben pagar el impuesto a la renta.

Al respecto de lo anteriormente expuesto, la escisión se distingue de la escisión de sociedades, no solo en su naturaleza; sino también en su composición tributaria. La escisión, como acto societario, no supone el pago de impuesto alguno, lo que no ocurre con la transferencia de activos y pasivos. Para lo cual, tanto el Reglamento publicación de extractos y de oposición por parte de terceros (2015) en su artículo 352 y el artículo 45 de la ley de Régimen Tributario Interno (2004) establecen lo siguiente:

*Art.352. En aquello que no estuviera regulado en este párrafo, son aplicables las normas de la fusión. Los traspasos de bienes y pasivos, que se realicen en procesos de escisión o fusión no estarán sujetos a ningún impuesto fiscal, provincial o municipal, incluyendo el de la renta y el de utilidad por la venta de inmuebles.*

*Art. 45.- Otras retenciones en la fuente. - Toda persona jurídica, pública o privada, las sociedades y las empresas o personas naturales obligadas a llevar contabilidad que paguen o acrediten en cuenta cualquier otro tipo de ingresos que constituyan rentas gravadas para quien*

los reciba, actuará como agente de retención del impuesto a la renta. (...) (Ley de Régimen Tributario Interno, 2004)

Hecha estas observaciones, es preciso indicar que la escisión de sociedad no implica únicamente un traspaso de activos y pasivos hacia otra sociedad; sino un proceso legalmente establecido, cuyo eje principal gira en torno al fraccionamiento en bloque el patrimonio social y posterior adherencia hacia otra compañía; es decir, un proceso dotado de solemnidades y requisitos legales.

## **1.2. Tipos de escisión**

En la legislación ecuatoriana, vigente a la preparación del presente estudio, no existe una diferenciación acerca de los tipos de escisión existentes. En tal virtud, recurriendo a la doctrina, podemos identificar varios tipos de escisión de sociedades mercantiles, clasificados en base a dos grandes criterios: el primero de ellos atiende al efecto que produce la transmisión total o parcial del patrimonio de la sociedad escidente, bajo este criterio, la escisión se clasifica en escisión total y parcial.

El segundo criterio se sitúa en el otro extremo de la operación de la escisión, para referirse a las sociedades receptoras del patrimonio fragmentado, es decir, si su constitución fue dada gracias a ese traspaso en bloque o si fue constituida anteriormente y se unifica el patrimonio.

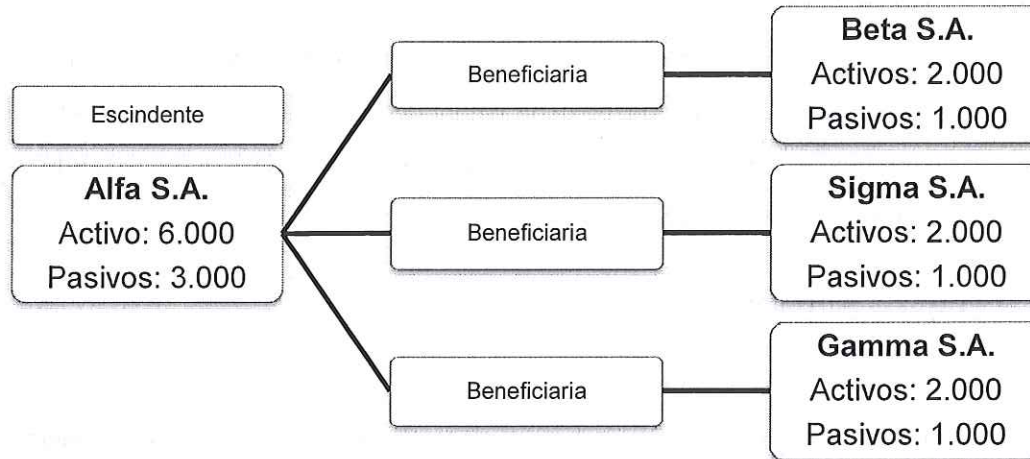
Por motivos didácticos dentro del presente estudio, al primer gran criterio se lo denominará “Por los efectos en la sociedad escidente” debido a que es este el punto de partida de dicha operación societaria y se clasifica en escisión total y parcial.

### **1.2.1. Clasificación por los efectos en la sociedad escidente**

#### **1.2.1.1. Escisión total**

Es una modalidad de escisión que consiste esencialmente en fragmentar la totalidad del patrimonio social, y de esta forma, dar lugar al traspaso en bloque de todos los fragmentos sociales a sociedades nuevas o constituidas previamente. (Vasconcelos Allende, 1995 Núm. 23).

Gráfico 1: Ejemplo de escisión total



**Fuente:** REYES, V.F. Transformación, Fusión & Escisión de sociedades (p.186), Editorial Temis S.A. Santa Fe – Bogotá, 2000.

En el orden del ejemplo dado, es preciso observar que la escisión total implica la disolución *ipso iure* del contrato social de la compañía escidente, como consecuencia de la fragmentación de la totalidad del patrimonio y de quedar la sociedad escidente sin patrimonio ni actividad. (Au Ahumada, 2001)

Las características propias de la escisión total según (Medina Altamirano, 2013) son:

#### a. Extinción de la sociedad escidente

Ésta viene a ser una característica y un efecto de la escisión total; toda vez que, al traspasar la totalidad de la fragmentación del patrimonio social a compañías beneficiarias, inevitablemente ésta se extinguirá *ipso iure* sin que sea necesario realizar el trámite de liquidación.

El tratadista mexicano, en su publicación “Notas para el estudio de la escisión de sociedades” concuerda rotundamente con este criterio planteando lo siguiente:

*La diferencia evidente entre las dos clases de escisión comentada es precisamente la subsistencia de la sociedad escidente u originaria, ya que en el primero de los casos la sociedad escidente queda extinguida sin necesidad de liquidación, y aporta la totalidad del patrimonio a las sociedades escindidas y, en la segunda sociedad continúa existiendo con la*

*porción del patrimonio social que se reserva en el acuerdo correspondiente. (Vasconcelos Allende, 1995 Núm. 23)*

En conclusión, al quedar la escidente sin patrimonio ni actividad, se extingue, como consecuencia de la simple manifestación de la voluntad de los socios de escindir totalmente la sociedad; cumpliendo con las formalidades que sean necesarias de acuerdo con el ordenamiento jurídico que regule su existencia.

**b. Traspaso patrimonial en bloque**

En esta operación, se transfieren los fragmentos de patrimonio social de la compañía escidente a la compañía beneficiaria. Este traspaso puede ser utilizado de manera general para dos fines: el incremento del patrimonio de la sociedad receptora, o ser utilizado para la constitución de nuevas compañías beneficiarias.

Este acto podría implicar que los efectos jurídicos y económicos, respecto de fragmentos patrimoniales específicos, se transfieran desde la sociedad escidente hacia las sociedades beneficiarias, es decir que se entiende sustituido el deudor o el acreedor. Bajo estas circunstancias, no sería necesaria una subrogación de deudas a favor de las sociedades beneficiarias debido a que éstas ostentan la misma situación jurídica de la sociedad escidente, en la medida de porcentaje de patrimonio traspasado.

Las partes patrimoniales transferidas se destinan, bien a la creación de una o varias sociedades nuevas, cuya constitución se produce simultáneamente con el otorgamiento de la escritura de escisión; o bien son absorbidas por compañías beneficiarias preexistentes, cuyo capital o patrimonio se incrementa en cuantía equivalente a las partes patrimoniales respectivas. (Villacís Caizaluisa, 2016)

**c. Adquisición de acciones, cuotas o partes de interés de los socios de la escidente en las sociedades beneficiarias**

Todos los miembros de la sociedad reciben el proporcional de sus participaciones del capital en las sociedades beneficiarias, es decir, los socios de las sociedades escindidas, serán quienes participarán en la misma proporción que tenían en la sociedad escidente por lo

menos en el momento de la constitución de las escindidas; dicha participación se encuentra vigente al surtir efectos el acuerdo de escisión, sin perjuicio de que se puedan cambiar las personas, o sus porcentajes de participación en cualquier momento posterior. (Vasconcelos Allende, 1995 Núm. 23)

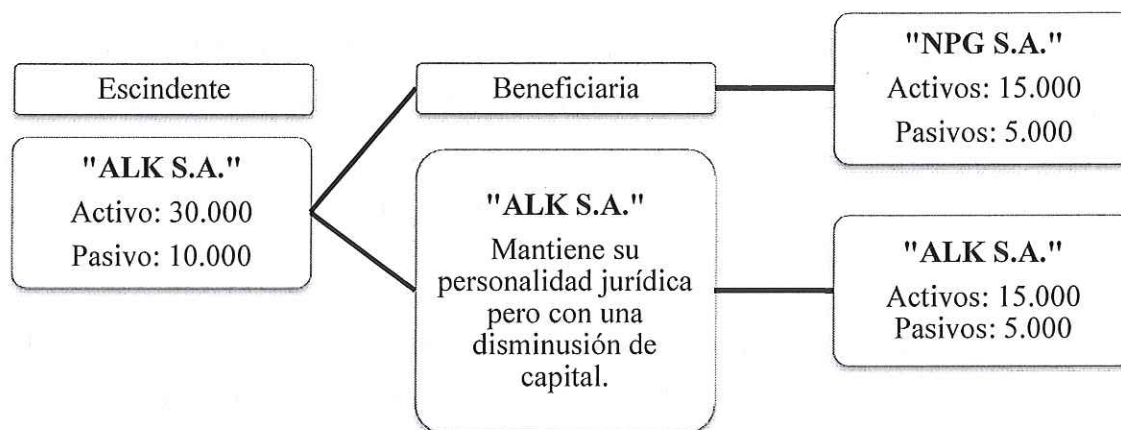
A propósito de esto, el tratadista español (Alonso Espinsa, 1999) sugiere que, este proceso debe ser llevado a cabo según el principio de equivalencia, mismo que establece que cada socio tiene derecho a recibir una participación en el capital de las sociedades beneficiarias del proceso de escisión y éste debe ser equivalente al valor real de su participación en la sociedad escindida.

Finalmente, sobre este punto es importante aclarar que existen dos posibilidades: que las aportaciones de la sociedad escidente se trasladen a una sociedad beneficiaria previamente constituida, en cuyo caso, el proceso de escisión tendrá como efecto inmediato la ampliación del accionariado de la sociedad beneficiaria; o que se vayan a constituir sociedades nuevas, lo cual por definición implica que los socios de la sociedad escidente formarán parte accionaria en dichas compañías. (González-Meneses & Álvarez , 2011)

#### **1.2.1.2. Escisión parcial**

El segundo escenario correspondientes a la clasificación “Por los efectos en la sociedad escidente” corresponde a la escisión parcial. En esta situación, se divide el patrimonio social en una o más partes, siempre subsistiendo la sociedad escidente, es decir, se mantiene la personalidad jurídica de la compañía y segrega una parte de sus activos, pasivos y cuentas patrimoniales en bloque a una o varias sociedades beneficiarias nuevas o ya existentes. Este tipo de escisión ha sido también denominada como una “falsa escisión” o “escisión imperfecta”. (Iglesias Coronel, 2003)

Gráfico 2: Ejemplo de escisión parcial



**Fuente:** Elaboración propia

Las principales características de la escisión parcial según (Vasconcelos Allende, 1995 Núm. 23) son:

**a. No hay disolución de la sociedad escidente**

Una de las ventajas de este tipo de escisión, y por la cual es mucho más frecuente esta modalidad, es precisamente porque se mantiene la sociedad escidente.

**b. Disminución de capital o de otras cuentas patrimoniales**

Es natural que el capital de la compañía escidente se vea mermado en el equivalente a la fracción que ha sido transferida en bloque.

**c. Traspaso patrimonial en bloque**

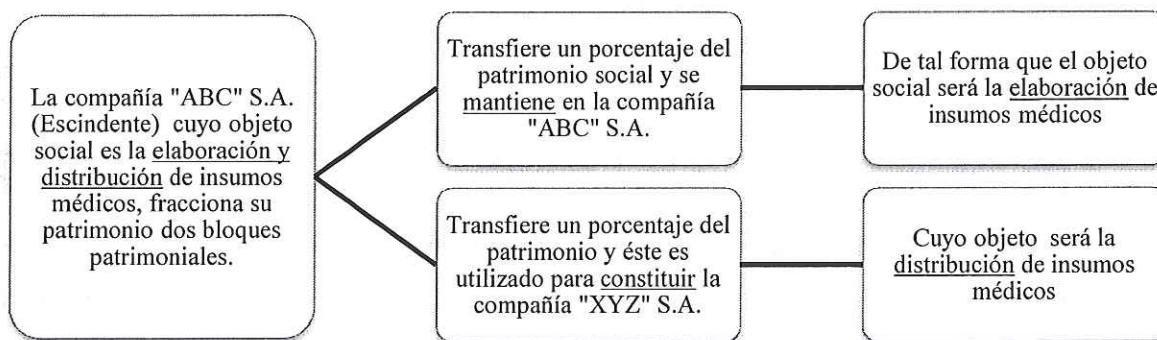
Es propia de toda operación escisoria, las fracciones de patrimonio se traspasan hacia las sociedades beneficiarias con los mismos efectos analizados en el acápite precedente.

### 1.2.1.3. Otros criterios de clasificación

#### a. Escisión división

Es la situación en la cual una sociedad escinde su patrimonio en dos o más partes, dando lugar a la constitución de nuevas sociedades con dichas fracciones patrimoniales.

Gráfico 3: Ejemplo de escisión por división



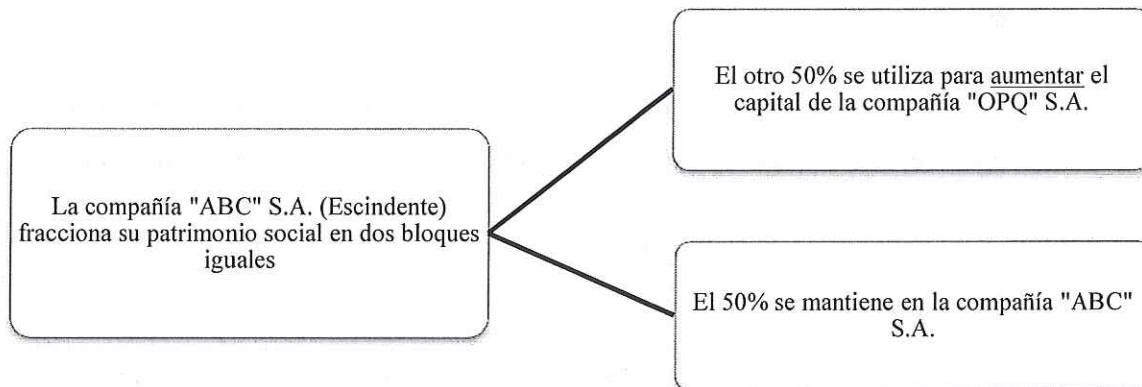
Fuente: elaboración propia

En el ejemplo, la compañía “ABC” S.A., escinde su patrimonio social con la finalidad de ser utilizado para la constitución de la compañía “XYZ” S.A., y de esta forma descentralizar las actividades de la sociedad escidente.

#### a. Escisión por absorción

Este tipo de escisión ocurre cuando las partes escindidas son absorbidas por compañías previamente constituidas.

Gráfico 4: Ejemplo de escisión por absorción



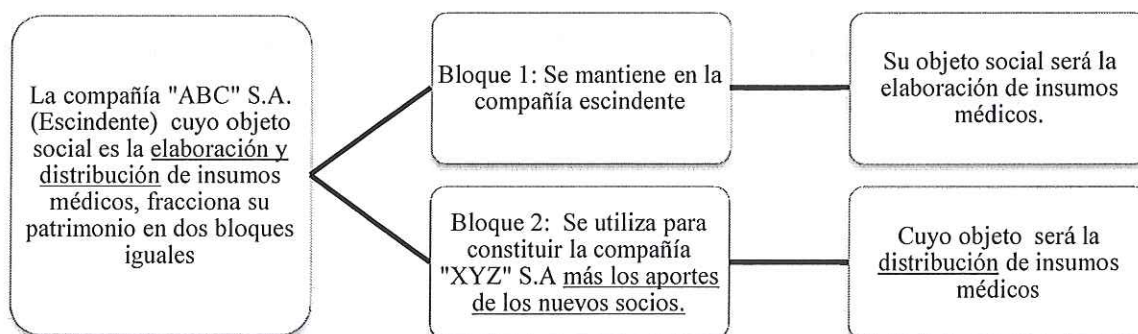
Fuente: elaboración propia

De lo anteriormente expuesto, se desprende que la sociedad escidente "ABC" S.A., sin disolverse, transfiere parte de su patrimonio a una sociedad ya existente. Y esta operación se celebra con la aprobación de las sociedades intervinientes.

#### b. Escisión por constitución de nuevas sociedades

Opera cuando las fracciones patrimoniales producto de la escisión, más otras aportaciones patrimoniales, son utilizadas para la constitución de nuevas compañías.

Gráfico 5: Ejemplo de escisión por constitución de nuevas sociedades



Fuente: elaboración propia

Gráfico 6: Cuadro comparativo entre la escisión total y parcial

	<b>Escisión total</b>	<b>Escisión parcial</b>
<b>Definición</b>	Consiste en la fragmentación de la totalidad del patrimonio social.	Consiste en la fragmentación del patrimonio social, pero subsiste la sociedad escidente.
<b>Características propias</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Extinción de la sociedad escidente</li> <li>• Adquisición de acciones, cuotas o partes de interés de los socios de la sociedad escidente en las sociedades beneficiarias.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• No hay disolución de la sociedad escidente</li> <li>• Disminución del capital o de otras cuentas patrimoniales</li> </ul>
<b>Características comunes</b>	Traspaso patrimonial en bloque	
<b>Alternativas comunes</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Escisión por división</li> <li>• Escisión por absorción</li> <li>• Escisión por constitución de nuevas sociedades</li> </ul>	

Fuente: Elaboración propia

### 1.2.2. Clasificación por los efectos en las sociedades beneficiarias

Una vez concluido el primer criterio de clasificación, se procederá a explicar al segundo, mismo que ha sido denominado como “Por los efectos en las sociedades beneficiarias” ya que esta clasificación está sujeta a los efectos que producen en la o las sociedades beneficiarias como consecuencia de la escisión. De acuerdo con esta premisa, la distinción que corresponde es: escisión simple y escisión compleja.

### 1.2.2.1. Escisión pura y simple

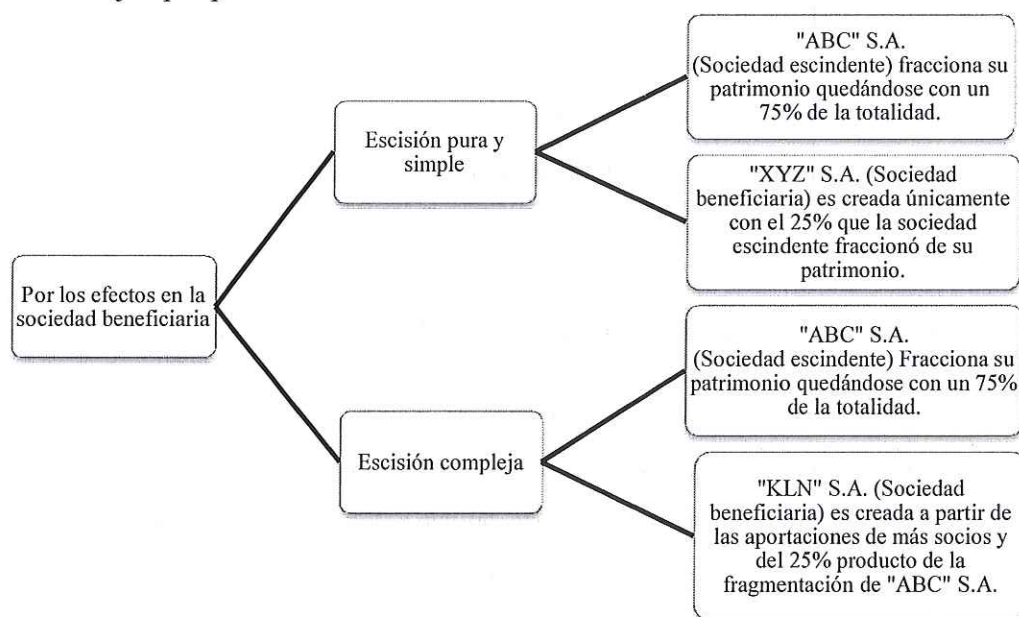
La escisión pura y simple, es la operación a través de la cual la sociedad escidente traspassa a dos o más compañías un fragmento de su patrimonio social, cuya única aportación está dada por dicha división patrimonial social de la sociedad escidente, lo que quiere decir que la sociedad escidente se extingue. (REYES VILLAMIZAR, 2000).

Esta clasificación tiene dos variantes: puede ser perfecta, en la que los socios participan de las nuevas acciones o participaciones en la misma medida de su aporte en la sociedad escindida; o imperfecta, en la que los socios participan en distinta proporción a la originaria. (Hurtado Uriarte, 2012).

### 1.2.2.2. Escisión compleja

Ocurre cuando el patrimonio de la sociedad beneficiaria está conformado no solo por el bloque de participaciones provenientes de la sociedad escidente, sino que se mezcla con otras participaciones ya sea que haya sido escisión por absorción o compleja por constitución de nuevas sociedades.

Gráfico 7: Ejemplo por los efectos en la sociedad beneficiaria



Fuente: Elaboración propia

### 1.3. Finalidades de la escisión

Las finalidades de la escisión de sociedades pueden ser clasificadas en función a tres criterios: por administración y por inversión.

En cuanto a la escisión con fines administrativos, puede darse por, una decisión del órgano de gobierno de la compañía como consecuencia de posibles problemas internos, de dificultad en el gobierno, económicos, que han alcanzado una dimensión tan grande que dificulta la dirección de la compañía hacia la consecución de sus fines sociales. Si bien se trata de una posición utilitarista, el tratadista español Oleo Banet sostiene que esta finalidad está íntimamente relacionada con la tesis de los rendimientos marginales decrecientes:

*Después de que una empresa alcanza cierta dimensión, una unidad adicional de recursos productivos, no genera el mismo incremento en las utilidades adicionales obtenidas. Este rendimiento marginal puede, incluso, llegar a ser negativos, de manera que, en lugar de aumentar sus beneficios económicos, la sociedad llegue a ser ineficiente y vea reducidas sus utilidades (Oleo Banet, 1995)*

Las consideraciones derivadas de la inversión guardan una estrecha relación con la expansión que haya alcance la compañía. Las compañías buscan desconcentrar las líneas de producción y de esta forma abarcar mayor competencia y productividad de la mano con la obtención de nuevos desarrollos y tecnología de punta.

La escisión de sociedades ha sido utilizada como una vía hacia la solución de conflictos, ya sean de orden interno o externo, que puedan suscitarse entorno a: elementos constitutivos de la compañía (empleados, directivos, gerentes, entre otros), a la estructura (la convergencia de relaciones endógenas y exógenas) o el medio en el cual se desenvuelve la compañía ha variado y a su vez ha provocado mayor competencia externa. Ante esto, los autores argentinos Botteri y Coste, en su artículo denominado “un enfoque sistémico sobre modos de afrontar crisis societarias” sugieren lo siguiente:

Un cambio superficial dentro de la compañía jamás ayuda a solucionar problemas estructurales, el camino correcto hacia detectar y afrontar la crisis dentro de una empresa necesariamente está atados a la realización de cambios en los componentes del sistema, sus

relaciones con el entorno o en los mecanismos de toma de decisiones o de producción. (Botteri & Coste, 2012)

### 1.5. Procedimiento

En cuanto al procedimiento para la escisión, el ordenamiento jurídico ecuatoriano se remite a la normativa aplicable al procedimiento de fusión: “Art. 352.- *En aquello que no estuviere regulado en este párrafo, son aplicables las normas de la fusión (...)*” (Ley de Compañías, 1999)

Asimismo, la Ley de Compañías (1999), en su artículo 33 determina cuáles son los actos societarios, que por su naturaleza requieren el cumplimiento de ciertas solemnidades establecidas para la constitución de una compañía y consecuentemente, la aprobación del órgano de control, es decir, la Superintendencia de Compañías Valores y Seguros, en adelante Superintendencia de Compañías, estos son:

*Art. 33.- El establecimiento de sucursales, el aumento o disminución de capital, la prórroga del contrato social, la transformación, fusión, escisión, cambio de nombre, cambio de domicilio, convalidación, reactivación de la compañía en proceso de liquidación y disolución anticipada, así como todos los convenios y resoluciones que alteren las cláusulas que deban registrarse y publicarse, que reduzcan la duración de la compañía, o excluyan a alguno de sus miembros, se sujetarán a las solemnidades establecidas por la Ley para la fundación de la compañía según su especie.*

Previo al proceso de escisión, se debe cumplir un conjunto de actos y negocios por parte de los órganos de administración de la sociedad escidente, mismos que se agrupan dentro de una fase denominada preparatoria o preliminar. En esta fase, el principal protagonismo lo tienen los administradores de la sociedad, debido a que éstos son quienes acuerdan las condiciones en las cuales pretenden que se lleve a cabo el proceso de reforma estructural de la compañía. (Alonso Espinsa, 1999)

El proceso de escisión tiene en común con los actos societarios antes mencionados, que está sujeta a determinados requisitos comunes, estos son:

**a) Escritura pública**

El proceso de escisión empieza con una petición, hecha por el representante legal o apoderado debidamente constituido, al amparo de lo determinado en el Art. 345 de la Ley de Compañías, solicitando que se eleve a escritura pública la voluntad del órgano de gobierno de la compañía que pretende escindirse.

En dicha solicitud se debe adjuntar una copia autorizada o auténtica del acta del máximo órgano social, donde conste de manera expresa su voluntad la de escindirse; en el caso de que las compañías beneficiarias hayan sido constituidas previamente, el trámite será el mismo. Ante lo cual la Ley de Compañías (1999) establece lo siguiente:

*Art. 348. La junta general que acordare la escisión deberá aprobar:*

*1. La división del patrimonio de la compañía entre ésta y la nueva o nuevas sociedades que se crearen, y la adjudicación de los correspondientes activos, para cuyo efecto podrán adjudicarse los mismos a valor presente o de mercado, y cualquier exceso en activos sobre el valor del patrimonio adjudicado, ¿podrá compensarse con la asunción de pasivos de la sociedad escindida; y,*

*2. El estatuto de la nueva o nuevas sociedades a formarse, el que podrá ser diferente al de la compañía escindida.*

En sentido estricto, este documento, recoge el acuerdo al que han llegado los administradores de la compañía y según los términos en él contenidos. Entre estos acuerdos deben constar; la denominación, forma, domicilio, y datos registrales de las sociedades participantes y el tipo de canje de las acciones o participaciones. (Alonso Espinsa, 1999). Siendo la Junta General de Socios el órgano competente para resolver sobre la escisión, de acuerdo con lo que establece el Art. 231 de la Ley de Compañías (1999):

*Art. 231.- La junta general tiene poderes para resolver todos los asuntos relativos a los negocios sociales y para tomar las decisiones que juzgue convenientes en defensa de la compañía.*

*Es de competencia de la junta general:*

*8. Resolver acerca de la fusión, transformación, escisión, disolución y liquidación de la compañía; nombrar liquidadores, fijar el procedimiento para la liquidación, la retribución de los liquidadores y considerar las cuentas de liquidación.*

Asimismo, se debe adjuntar los siguientes documentos habilitantes a la escritura de escisión:

- La reserva de nombre debidamente aprobada por la Superintendencia de Compañías, en cuyo contenido se contemplen los nombres de las compañías producto del fraccionamiento de la compañía escidente.

- Cuadro de integración del capital donde conste la composición social de la o las compañías resultantes o beneficiarias.

- En el caso de ser una escisión parcial, se deberá adjuntar el cuadro de disminución de capital en el cual consten los nombres de los socios, el capital actual, el valor correspondiente a la disminución del capital, el nuevo capital y el porcentaje de acciones o participaciones finales de cada uno de los socios de la compañía escindida.

- Balance final de la compañía que se escinde, cerrado al día anterior a la fecha del otorgamiento de la escritura, con la que se fracciona su patrimonio y el balance con el cual la compañía resultante va a iniciar sus actividades.

- El nombramiento del representante legal de la compañía que acredite su intervención en la suscripción del instrumento público.

- El certificado de cumplimiento de las obligaciones patronales, emitido por el IESS, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 87 de la Ley de Seguridad Social (2012). Cabe destacar que este documento se lo puede adjuntar como habilitante a la escritura o presentarlo al momento de solicitar la aprobación a la Superintendencia de Compañías.

La escritura pública de escisión deberá indicar el tipo de escisión que se va a aplicar, indicando si la sociedad escidente va a dejar de existir como consecuencia de la escisión y si las sociedades beneficiarias son de nueva creación o preexistentes al procedimiento escisorio.

La celebración mediante escritura pública es el medio idóneo y en virtud de que es un requisito que establece la Ley de Compañías cuando se trate de actos societarios, ya que este acto societario debe estar a que este instrumento está dotado de fe pública, servir de garantía y brindar seguridad a terceros. Siempre y cuando converjan los elementos esenciales para que éste instrumento surta efectos y sean válidos, estos son: los elementos subjetivos, objetivos y formales.

Los elementos subjetivos hacen referencia al titular del derecho, en el caso de la escisión de sociedades, quiere decir que la escritura debe ser promovida por quien ostenta la representación legal de la compañía escidente. Por otro lado, los elementos objetivos son todos los hechos, actos y negocios jurídicos que intervienen en la realización de este instrumento. Y finalmente, los elementos formales son aquellas solemnidades que se deben cumplir como son: la comparecencia física ante el notario, lectura del documento en voz alta, etc. (Gattari, 2004)

#### **b) Aprobación de la Superintendencia de Compañías**

La Superintendencia de Compañías, al amparo de lo establecido en la Constitución de la República del Ecuador, es el organismo público llamado a realizar el control sobre todo lo concerniente a compañías, es así como, el representante legal de la compañía escidente, juntamente con su abogado patrocinador solicita la aprobación de la escritura pública celebrada. Para este efecto, la Superintendencia de Compañías tiene la potestad de aprobar o negar la escritura, resolución que debe hacerla por escrito y debidamente motivada, según lo previsto en el Art. 340 de la Ley de Compañías que establece lo siguiente:

*Art. 340.- La compañía absorbente deberá aprobar las bases de la operación y el proyecto de reforma al contrato social en junta extraordinaria convocada especialmente al efecto.*

*Las compañías que hayan de ser absorbidas o que se fusionen para formar una nueva compañía deberán aprobar el proyecto de fusión en la misma forma.*

*La escritura pública de fusión será aprobada por el juez o por la Superintendencia de Compañías y Valores, en su caso, inscrita y publicada y surtirá efecto desde el momento de su inscripción.* (Ley de Compañías, 1999)

En el caso de que la Superintendencia de Compañías apruebe el proceso de escisión, se aprueban los actos societarios necesarios para que la compañía escidente continúe con el desarrollo de la actividad y si la escisión es total, la Superintendencia de Compañías ordenará que se cancele la inscripción en el Registro Mercantil.

#### **c) Publicidad**

Una vez que se ha cumplido con todo lo antes mencionado, el órgano de control ordenará que se publique por tres días consecutivos en los diarios de mayor circulación del

domicilio de la compañía un extracto del contenido de la escritura, a fin de que quienes se sientan con el derecho de oponerse a la realización de ese acto puedan hacerlo en el término de seis días contados a partir de la última publicación.

Según lo prescrito por el literal b del artículo 3 del Reglamento de Oposición de la Superintendencia de Compañías, la publicación deberá contener lo siguiente:

*b) Extracto de la escritura de constitución definitiva. - El extracto de la escritura pública de constitución definitiva de las compañías referidas en el literal anterior, contendrá:*

*1. El nombre de la compañía, lugar y fecha de celebración de la escritura, el Notario ante quien se la otorgó y número y fecha de la inscripción en el Registro Mercantil.*

*2. El domicilio principal de la compañía y el lugar o los lugares donde estableciere sucursales, especificando, en cada caso, la ciudad, el cantón y la provincia.*

*3. El plazo de la compañía.*

*4. El capital suscrito, el número de acciones en que se divide y el valor nominal de éstas.*

*5. La actividad empresarial claramente determinada en su objeto social y el resumen de las etapas y fases vinculadas o complementarias a ella.*

*6. La administración y representación legal de la compañía. (Reglamento de publicación de extractos y de oposición por parte de terceros de la Superintendencia de Compañías, 2015)*

Aquellos ejemplares donde circuló por tres ocasiones la escritura pública de escisión deberán ser entregados a la Superintendencia de Compañías con la finalidad de que se sienta razón de la inexistencia de oposición a la realización de dicho trámite.

#### **d) Marginación de la escritura pública**

Conforme a lo que establece el Reglamento de publicación de extractos y de oposición por parte de terceros de la Superintendencia de Compañías, valores y seguros en su Art. 9, una vez que se haya aprobado el acto escisorio, el Superintendente de Compañías, Valores y Seguros, o su delegado, dispondrá que previo a su marginación e inscripción se publique un extracto de la escritura contentiva del acto o actos sometidos a su consideración, por tres días seguidos en la página web institucional. Esto con la finalidad de precautelar el derecho de terceros a oponerse.

En el caso de que exista oposición de terceros, la misma deberá presentarse, dentro del término de seis días desde la última publicación del extracto; exponiendo sus fundamentos de hecho y de derecho ante el juez de lo civil del domicilio de la compañía y en el término de dos días a la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros; lo cual produce que el proceso de escisión, sea suspendido hasta que el Superintendente de Compañías o su delegado, sean notificados con la providencia ejecutoriada que resuelva la oposición, según lo dispuesto en la Sección III del (Reglamento de publicación de extractos y de oposición por parte de terceros de la Superintendencia de Compañías, 2015).

De no haber oposición de terceros, se ordenará que se realicen las correspondientes marginaciones en las matrices de las escrituras tanto de constitución como en la escritura en cuestión.

**e) Inscripción en el Registro Mercantil**

Una vez que se ha emitido la resolución por parte de la Superintendencia de Compañías en donde se acepta el proceso de escisión, se dispone que los ejemplares de la escritura pública de la compañía escidente sean inscritos en el Registro Mercantil y en el caso existir una inscripción anterior de la compañía escindida, el Registrador Mercantil deberá tomar nota al margen del registro de la constitución de dicha compañía.

**f) Inscripción en el Registro de Sociedades**

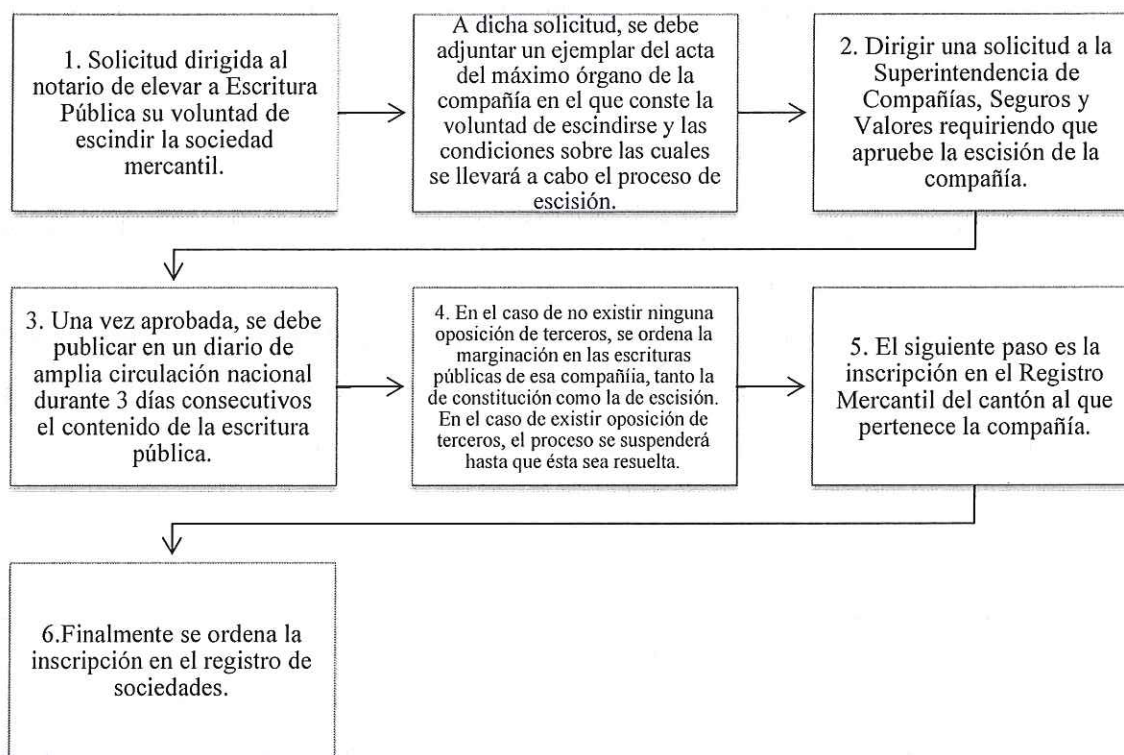
Documentos que deben acompañar a la solicitud:

- El acta donde consten las razones por las que esa compañía ha decidido escindirse y la forma en la que lo hará con el nombre de las sociedades que participarán en este proceso, si fuere procedente y en caso de que se vayan a constituir nuevas sociedades, se debe adjuntar los estatutos de estas.
- Estados Financieros extraordinarios que hayan servido de base para la escisión con sus correspondientes bloques de patrimonio que se van a transferir hacia la o las sociedades beneficiarias.

- Estatutos Sociales aprobados por el máximo órgano social, los cuales han de regir al nuevo ente societario, tratándose de la escisión por creación.
- Certificado de existencia y representación legal expedido en fecha reciente por la Superintendencia de Compañías de la escidente y las beneficiarias, si a ello hubiere lugar.
- Copia de la convocatoria a la reunión del máximo órgano social, de la escidente y de la beneficiaria (si hubiere lugar) en la cual conste que se tomó la decisión de escindir la sociedad.

### Flujograma del proceso de escisión

Gráfico 8: Proceso de escisión



Fuente: Elaboración propia

#### 1.6. Efectos

La escisión de sociedades, según el tratadista mexicano (Gómez Cotero, 2014) tiene, esencialmente dos efectos: por un lado, el efecto extintivo o reducción del capital, y por otro lado el efecto traslativo del patrimonio y efecto traslativo del “*status socii*”.

El efecto extintivo o de reducción de capital, va muy de la mano con el tipo de escisión que se realice; es decir, si se trata de una escisión total, donde la sociedad escidente es disuelta, el efecto es extintivo. No así en la escisión parcial, en donde la sociedad escidente subsiste, pero con una reducción de capital, debido a que producto de la escisión, la nueva sociedad tiene como capital inicial una parte del patrimonio de la sociedad escidente. (Iglesias Coronel, 2003)

Por otro lado, está el efecto divisorio y traslativo de patrimonio, el cual implica que para realizar el proceso de escisión el patrimonio debe ser fraccionado con anterioridad y consecuentemente trasladarlo a una compañía beneficiaria.

Los accionistas de la sociedad que se escinde reciben acciones de la sociedad beneficiaria en la misma proporción que aquella con la que contaban en la sociedad escindida, salvo pacto unánime de los socios. Así, por ejemplo, los socios que tengan una participación del 30% en la sociedad "X", deberán tener también el 30% en todas las sociedades beneficiarias.

Contrario a lo que el opuesto a la escisión (fusión) supone como un efecto inmediato la posibilidad de competir con mayor fuerza con otras compañías y afianzarse en el mercado, la escisión tiene el objetivo de descentralizar las actividades de una sociedad, apuntando a una mayor eficiencia y especialización en determinadas actividades y permitiendo una reestructuración en la participación de los socios en las sociedades involucradas. (Hernández Gazzo, 1997)

## **CAPÍTULO II**

### **2. NATURALEZA JURÍDICA DEL ABUSO DE PODER DE MERCADO**

En este capítulo, se realizará un desarrollo teórico acerca de lo que constituye el abuso de poder de mercado; su conceptualización, su cuantificación y las acciones correspondientes a esta institución. Esto, con la finalidad de tener un acercamiento hacia la aplicación de la escisión de sociedades mercantiles, como una posible medida ante el problema del abuso de poder de mercado.

Como se analizará más adelante, el abuso de poder de mercado es contrarrestado por la legislación ecuatoriana a través de la imposición de multas, según sea la magnitud del daño que se haya ocasionado. Sin embargo, con la sola imposición de una multa no se erradica el problema de forma definitiva; si bien lo enmienda en cierta medida, la posibilidad de que dicho abuso vuelva a ocurrir no es eliminada.

Sin perjuicio de la determinación de multas mencionada, el ordenamiento jurídico ecuatoriano prevé la escisión como una vía de sanción, no obstante, no existe un desarrollo normativo al respecto.

#### **2.1. Antecedentes**

El Derecho de Competencia tiene una primera aparición en la Edad Media con la creación de los gremios y corporaciones. No obstante, el Derecho de Competencia como se lo conoce en la actualidad, tuvo su origen en Estados Unidos con la proliferación de los monopolios y carteles (Miranda Londoño & Gutiérrez Rodríguez, 2007).

El Derecho de Competencia, nace a la vida jurídica a finales del siglo XIX con la denominada Ley Sherman. Dicha ley, fue creada como respuesta a los actos de monopolización que restringían la libre competencia en el mercado americano, a través de acuerdos económicos y carteles de precios que permitían a los empresarios acordar los precios y dividirse el mercado. La ley Sherman surgió como un limitante al tan abusado derecho de libertad de empresa que estaba siendo mancillado por el nivel de poder que habían adquirido los conglomerados empresariales. (Flores Orellana, 2014)

Por otra parte, con la finalización de la Segunda Guerra Mundial, se abre paso a la implementación del Derecho de Competencia en Europa, a partir de la creación de la Comunidad Económica Europea y la consolidación de un mercado común que impulse el libre mercado; y, sobre todo, que no esté contaminado de prácticas anticompetitivas y monopólicas.

Específicamente el origen del Derecho de Competencia en Europa está consolidado en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, el Tratado de Roma y el Tratado de Ámsterdam. Es de esta forma como los estados europeos adquieren la ideología de legislación antitrust inspirada en el Derecho Americano. (Álvarez Lodroño, 2008)

Finalmente, el Derecho de Competencia aparece en América Latina a inicios del siglo XX, en países como Argentina, Chile y Colombia. Sin embargo, su promulgación en su respectivo ordenamiento jurídico no significó la aplicación de dicha norma; por ejemplo, en el caso de Colombia se promulgó la Ley 155 en 1959, cuyo eje principal fue la sanción de prácticas restrictivas de la libre competencia, mas no tuvo ningún tipo de aplicación sino hasta tres décadas después. (Miranda Londoño & Guitiérrez Rodríguez, 2007)

La promulgación y aplicación formal del Derecho de Competencia en América Latina, se dio a partir de la década de los noventa, como resultado de procesos políticos y económicos. Específicamente el cambio de modelo de gobierno de las dictaduras militares, que se mantuvieron a lo largo de América Latina por un periodo extenso durante la segunda mitad del siglo XX. Así, se dio paso a regímenes democráticos, que a su vez condujeron a la aplicación de un modelo proteccionista; cuyo efecto inmediato fue el establecimiento de un nuevo modelo económico y, finalmente, la apertura del comercio. (Miranda Londoño & Guitiérrez Rodríguez, 2007)

En Ecuador, previo a obtener una ley especializada, se manejó a través del Decreto Ejecutivo 1614 de 14 de marzo del 2019, con el que permitió la aplicación de la decisión 608 de la Comunidad Andina de Naciones y es desde el 2011, con la publicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado, que finalmente Ecuador regula a través de la Superintendencia de Control de Poder de Mercado que las relaciones económicas, se las realice al tenor de los principios y normas del ordenamiento jurídico ecuatoriano.

En definitiva, la creación de una ley de defensa de la competencia surge como una medida que busca asegurar un equilibrio en el mercado, es decir, proteger el interés general de los ciudadanos y el llamado a velar por dicho interés es el Estado, el titular de la prevención y eventual sanción de prácticas restrictivas. (Díez Estrella, 2016)

## 2.2. Aproximación conceptual al abuso de poder de mercado

Previo a establecer lo que constituye el abuso de poder de mercado, o también conocido como poder de dominio, es menester determinar lo que es el poder de mercado. El economista Paul Samuelson, define el poder de mercado como *“el grado de control que ejerce una empresa o un grupo de empresas sobre las decisiones de una industria relacionadas con los precios y con la concentración”*. (Samuelson & Nordhaus, 2002)

En el mismo sentido, Eduardo Quintana delimita al poder del mercado como *“la capacidad de una empresa de aumentar sus precios por encima del precio que se daría en competencia (libre), sin correr el riesgo de que parte considerable de sus clientes trasladen su demanda a otras empresas que ofrezcan menores precios o mejores condiciones.”* (Quintana, 2013)

El autor peruano, Alfredo Bullard, acerca del poder de mercado, sostiene lo siguiente:

*“La posición de dominio en el mercado se da cuando no existen suficientes oferentes y/o demandantes como para evitar que alguno o algunos puedan determinar o influir de manera sustantiva en el precio y las condiciones ofrecidas en el mercado. En un mercado competitivo, todos (oferentes y demandantes) son “tomadores” de precios y de condiciones: esto quiere decir que asumen el precio y las condiciones como dadas, y quien los dicta es el mercado a través de un conjunto indeterminado de decisiones atomizadas. Sin, embargo, cuando el número de oferentes o demandantes no es suficiente para que esto se cumpla, uno o unos pocos tienen la facultad de fijar un precio y las condiciones de manera distinta de aquellos que el mercado arrojaría en libre competencia”* (Bullard González, 1998)

Partiendo de estas definiciones doctrinarias, queda claro que toda compañía existente tiene un nivel de poder en el mercado. Por lo que depende de cada modelo económico, o forma de gobierno, determinar la influencia que puede alcanzar una compañía o grupo de compañías sin desestabilizar el mercado; o sin afectar la competencia por prácticas que podrían considerarse injustas o ilegítimas.

Finalmente, la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado lo define como *“la capacidad de los operadores económicos para influir significativamente en el mercado. Dicha capacidad se puede alcanzar de manera individual o colectiva. Tienen poder de mercado u ostentan posición de dominio los operadores económicos que, por cualquier medio, sean capaces de actuar de modo independiente con prescindencia de sus competidores, compradores, clientes, proveedores, consumidores, usuarios, distribuidores u otros sujetos que participen en el mercado.”* (LORCPM, 2011).

En definitiva, se colige que la o las empresas que ostente el poder de mercado, deben influir significativamente en éste en lo que respecta a los bienes y servicios; es así como, al respecto del abuso de poder de mercado, se lo puede establecer como una práctica comercial contraria a la competencia, realizada por una o más compañías actuando individual o conjuntamente, cuya posición en el mercado es dominante, con la intención de mantener o ampliar su posición en el mercado. (Flores Orellana, 2014)

En términos generales, el posicionamiento dominante en el mercado no está prohibido en sí mismo, caso contrario se estaría sancionando el progreso de una compañía dentro del mercado; lo que sí sanciona la ley, es que esa posición privilegiada sea utilizada con la finalidad de menoscabar a sus competidores y de alterar los precios unilateralmente, o mediante acuerdos colusorios.

Frente a ello, el Doctor Juan Francisco Rojas, refiriéndose al ordenamiento jurídico peruano, establece lo siguiente:

*Nuestro marco constitucional no prohíbe ni sanciona obtener la posición de dominio, hacerlo sería una contradicción con el sistema de libre competencia, en tanto, precisamente, en un sistema competitivo, la eficiencia económica determina que triunfen los agentes que desarrollen mejor sus procesos productivos. La sanción es únicamente al ejercicio abusivo de una condición de mercado obtenida válidamente.* (Rojas Leo, 2008)

Para que se configure una situación de abuso de poder de mercado, deben converger simultáneamente dos elementos: la posición de dominio y la posibilidad de ejercer poder en el mercado. La posición de dominio a su vez ocurre cuando una compañía, o grupo de compañías, ejerce una posición preponderante en el mercado y su cuota en éste es significativamente superior a la que ostenta su competencia.

Por otro lado, la capacidad de ejercer poder en el mercado, es la situación en la que, debido a la posición que ostenta en el mercado, puede alterar unilateralmente los precios por encima del nivel de competencia durante un periodo prolongado. (Díez Estrella, 2016)

Acerca del abuso de poder de mercado, la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado establece al respecto en su art. 9 que: *“Constituye infracción a la presente Ley y está prohibido el abuso de poder de mercado. Se entenderá que se produce abuso de poder de mercado cuando uno o varios operadores económicos, sobre la base de su poder de mercado, por cualquier medio, impidan, restrinjan, falseen o distorsionen la competencia, o afecten negativamente a la eficiencia económica o al bienestar general”* (LORCPM, 2011). Además, si bien la LORCPM prevé el “Abuso de poder de mercado en situación de dependencia económica”, la presente disertación se centrará en el análisis de las conductas previstas en el artículo 9 de la mencionada ley.

El tribunal de Justicia de la Unión Europea, a propósito del caso 85/76 Hoffmann-La Roche & Co. AG Vs. Comisión de las Comunidades Europeas en la sentencia de 13 de febrero de 1979, define al abuso de poder de mercado de la siguiente manera:

*Párrafo 91. Que el concepto de explotación abusiva es un concepto objetivo que se refiere a las actividades de una empresa en posición dominante que pueden influir en la estructura de un mercado en el que, debido justamente a la presencia de la empresa de que se trate, la intensidad de la competencia se encuentra ya debilitada, y que producen el efecto de obstaculizar, por medios diferentes de los que rigen una competencia normal de productos o servicios con arreglo a las prestaciones de los agentes económicos, el mantenimiento del nivel de competencia que aún exista en el mercado o el desarrollo de esa competencia.* (Hoffmann-La Roche & Co. AG Vs. Comisión de las Comunidades Europeas, 1979)

Al respecto, Fernando Díez Estrella (2016) establece que *“se encuentra en posición de dominio cuando puede actuar de manera independiente en determinado mercado, sin tener en cuenta a sus competidores, proveedores o clientes”*.

En conclusión, el poder de mercado es tan solo un elemento constitutivo de un modelo económico en el que existe la competencia; sin embargo, el abuso de poder de mercado tiene una connotación negativa en sí misma, debido a que supone un aprovechamiento indebido, prácticas restrictivas de la competencia, la exclusión de competidores de forma arbitraria y unilateral con la finalidad de influir directamente sobre los precios en el mercado.

Por lo tanto, esta práctica es limitadora de derechos en la medida que perjudica directamente y a corto plazo a los competidores y a mediano o largo plazo a los consumidores. Por esta razón, es indispensable regularla, sancionarla y eliminarla dependiendo de la magnitud del abuso de posición de dominio que una compañía llegase a ocasionar. Es precisamente por esta razón que es indispensable establecer una vía a través de la cual no solo se sancione, sino que se elimine el abuso de poder de mercado a través de una situación extraordinaria como es la escisión.

### **2.3. Determinación de poder de mercado**

Luego de determinar lo que implica el poder de mercado, corresponde analizar cuándo, esta situación se convierte en un hecho contrario a la ley, en virtud de que, como se dijo, el poseer poder de mercado, no es ilegal siempre y cuando éste no sea utilizado como una herramienta para eliminar a la competencia. Por lo cual, el Estado está en la obligación de regular, sancionar y eliminar las prácticas que supongan un abuso de poder de mercado y así promover condiciones justas para que exista dinamismo en el mercado.

En el presente acápite, se estudiarán los criterios que pueden aplicarse para poder determinar el poder de mercado de una compañía y su posible efecto en el sistema comercial.

#### **2.3.1. El mercado relevante**

Previo a establecer la manera en la que se determina la posición de dominio, es preciso analizar lo que constituye el mercado relevante, toda vez que éste es la piedra angular en el campo de la competencia. El mercado relevante es el punto de partida de la determinación del poder de mercado, éste es quien marca el espectro sobre el cual se analizará.

El mercado relevante es definido como *“el conjunto de productos o servicios que son sustituibles entre sí, que se intercambian en un espacio geográfico donde las condiciones de competencia son homogéneas pero distinguibles de otras regiones”* por (Navarro Zermeño, 2014). Es decir, el mercado relevante es el panorama en el cual se desarrollará el estudio de posición de dominio, que está determinado sobre la base de los siguientes aspectos: los bienes ofertados, los agentes económicos que están en la posibilidad de ponerlos a disposición de los

consumidores y el espacio geográfico; también conocidos como mercado de productos y mercado geográfico.

Con referencia a lo anterior, a fin de determinar el mercado relevante en Ecuador, la LORCPM (2011) establece que es potestad de la Superintendencia de Control del poder de Mercado, determinar para cada caso el mercado relevante con sus determinadas aristas. El artículo 5 de la mencionada ley, define lo que es el mercado relevante y consecuentemente, su forma de aplicación de la siguiente manera:

*Art. 5 (...) La determinación del mercado relevante considerará las características particulares de los vendedores y compradores que participan en dicho mercado. Los competidores de un mercado relevante deberán ser equiparables, para lo cual se considerará las características de la superficie de venta, el conjunto de bienes que se oferta, el tipo de intermediación y la diferenciación con otros canales de distribución o venta del mismo producto.*

La definición dada por la LORCPM, en relación con el mercado relevante, responsabiliza a la SCPM de determinarlo conforme a cuatro parámetros: mercado de producto o servicio, mercado geográfico del producto, características de los operadores económicos del mercado y delimitación temporal del mercado objeto del análisis.

Significa entonces que el papel que juega el mercado relevante, es de vital importancia a fin de determinar posiciones de dominio y en Ecuador es establecido a partir de la singularización del mercado geográfico, en el que las condiciones de comercialización sean homogéneas y producto del análisis de los bienes ofertados y la capacidad que tengan de ser sustituibles de acuerdo con sus características.

### **2.3.2. Criterios de determinación del poder de mercado**

La determinación del mercado relevante, de acuerdo con lo que sugiere Flores Orellana (2014), es una primera aproximación hacia el cálculo del poder de mercado de determinada empresa o grupo de empresas, sin embargo, éste no puede actuar de manera individual, necesita poder ser contrastado con otro parámetro, como es la cuota del mercado.

La cuota del mercado es el porcentaje de influencia o participación que posee una empresa dentro de un mercado relevante. Dicho de otra manera, es el nivel de acogida que

posee una empresa en función de la cantidad de potenciales clientes y, por lo tanto, el resultado que se obtenga de relacionar los clientes que efectivamente tiene una empresa con los clientes que podría alcanzar a tener se conocer como cuota de mercado o índice de penetración. (Vidal Díez, 2004)

Si bien la determinación de la cuota del mercado es una herramienta muy útil para cuantificar el poder de mercado de una compañía en un mercado relevante, no es el único método, ni el más eficaz. Una competencia equilibrada supone la concurrencia de varias empresas a competir entre sí, ya sea mejorando los precios o la calidad de los productos, para acaparar la mayor parte de la cuota del mercado, lo cual se refleja en que los consumidores elijan un proveedor sobre otro.

En países como Estados Unidos se ha relacionado la cuota de mercado que una empresa tenga con la posición de dominio que ha alcanzado; y sobre esto se ha limitado su actuación, estableciendo que la cuota de mercado no podrá ser superior al 70 por ciento. Este tipo de medidas también han sido adoptadas en la Unión Europea; sin embargo, en Ecuador no se ha proporcionado un límite, sino que el Órgano Administrativo competente analiza sobre la base de cada caso concreto (Flores Orellana, 2014).

Ahora bien, la delimitación de la cuota en el mercado, está también supeditada a realizar un análisis exhaustivo en función de las condiciones con las cuales participa una determinada compañía; su volumen de negocios, su situación patrimonial, el tamaño de su nómina, la capacidad que tienen para influir unilateralmente en los precios ya sea por encima o por debajo de la competencia; esto contrastado con la realidad global con la que trabaja dicho mercado: su estructura, su dinamismo, las barreras de entrada que restringen su dinamismo, las concentraciones de mercado, etc. (Díez Estrella, 2016).

Sobre la base de lo anteriormente expuesto, cabe indicar que la LORCPM en su artículo 8, determina los pasos a seguir a fin de determinar el abuso de poder de mercado, mismo que puede resumirse en tres pasos (Pozo Neira, 2013):

1. *En primer lugar, definir el mercado relevante, tanto de producto o servicio como el mercado geográfico donde el poder de mercado de la empresa supuestamente dominante debe ser evaluado;*
2. *En segundo lugar, se procede a calcular la participación de mercado del supuesto operador dominante en el mercado relevante previamente establecido;*
3. *En tercer lugar, contrastar esta cuota con indicadores varios para extraer conclusiones acerca de la tenencia de posición de dominio por parte de la empresa investigada, conforme los indicadores enumerados en el artículo 8 de la Ley.*

Por otro lado, el profesor Eduardo Quintana, en su publicación “Análisis de las funciones del INDECOPI a la luz de las decisiones de sus órganos resolutorios” (2013), sostiene que la determinación del poder de mercado versa sobre dos ejes: la evaluación de las participaciones de mercado y la medición del índice de concentración del mercado.

La evaluación de las participaciones de mercado supone un análisis de participación en un determinado mercado relevante, versus los demás proveedores alternativos en función a diferentes factores, como son: su volumen de ventas, su capacidad de producir, etc. Sin embargo, Quintana (2013) aclara que este criterio es únicamente referencial, mas no determinante. Si bien la evaluación de participaciones en el mercado puede denotar la posibilidad de posición de dominio, ésta no constituye un factor decisivo.

Por otro lado, la medición del índice de concentración del mercado busca medir las condiciones de competencia en el mercado. Ello significa que esta herramienta pretende determinar el grado de concentración que existe en un mercado en particular: entre más desconcentrado es un mercado, menores son las probabilidades de que exista una posición de dominio y un consecuente abuso dentro de dicho mercado. (Quintana, 2013)

### **2.3.2.1. Regla de la razón y regla *Per Se***

En el marco de la libre competencia, existen dos reglas a fin de analizar la legalidad de la infracción anticompetitiva, incluida por la jurisprudencia norteamericana y actualmente aceptada por muchos países incluido el ecuatoriano, a través de las cuales es posible determinar el alcance de la norma como son: la regla *per se* y la regla de la razón.

La regla Per Se (*Per Se Rule*), como su nombre indica, consiste en castigar una conducta anticompetitiva sin evaluar el entorno en el que se desarrolló. Es decir, basta la materialidad de la conducta para ésta sea condenada.

La regla de la razón es un criterio aceptado en el derecho ecuatoriano, para determinar la ilegalidad de las conductas sobre la base de los hechos, partiendo del análisis de cuál va a ser el resultado de aquella conducta. Para explicar esta regla, el Dr. Pinkas Flint sugiere que *“la regla de la razón se aplica normalmente en situaciones en las que una conducta determinada podría tener efectos opuestos, los mismos que podrían favorecer la eficacia y por ende al consumidor, pero por otro lado podría estar perjudicándolo”* (Flint Blanck, 2002)

La regla de la razón, es considerada como más flexible, porque permite evaluar cada caso en concreto y a partir de dicho análisis determinar cuán ilegal resulta el acto y precisamente por esta razón es que los doctores Marcelo Celani y Leonardo Stanley advierten que si bien la regla de la razón exige un análisis más exhaustivo y particular a cada caso, dicho análisis podrá ser sujeto de un juzgamiento subjetivo (Celani & Stanley, 2003) y definen a la regla de la razón de la siguiente manera:

*Indica que el análisis es necesariamente retrospectivo o ex post e implica una actuación caso por caso. La ventaja de este modo de intervención es que resulta menos probable la intervención regulatoria en casos donde esta no amerita, pero, como contrapartida, encierra un sistema de evaluación costoso dada la variedad de hechos posibles en un mercado.*

A fin de determinar y castigar abuso de poder de mercado, resulta peligroso determinar en la norma sustantiva cuáles son las conductas *per se* ilegales y cuáles sí están sujetas a análisis. Es decir, significa que si determinada conducta, está catalogada en la ley como ilegal, no tendría sentido alguno presentar pruebas de descargo, ni permite prueba en contrato. Por lo tanto, es importante considerar a ambas reglas como herramientas de tipo procedimental.

La regla *per se* y de la razón, existen para determinar la ilegalidad de una conducta sobre la base de los efectos que tenga en el mercado, por lo tanto, si existe una práctica evidentemente anticompetitiva cuyo efecto no es otro que el de desestabilizar la competencia, será aplicable la regla de la razón, debido a que no aplica la búsqueda de justificaciones y

pruebas de que dicha conducta no altere la libre competencia, razón por la cual no cabe la apertura de una investigación. En este sentido, la regla *per se*, se la utilizará como una herramienta de economía procesal. (Gherzi Rassi & Arosemena Burbano, 2017)

Al respecto, la Corte Nacional de Justicia de Ecuador, en la sentencia dictada a causa de la impugnación planteada por la compañía *Recuperación de Capital Contact Center RECAPT S.A.* en contra de un acto administrativo por parte de la Superintendencia de Control de Poder de Mercado, sancionando por colusión a dicha compañía dentro de un proceso de Subasta Inversa Electrónica, en el que se aplicó el criterio de la regla de la razón, resuelve lo siguiente:

*NOVENO. - Resulta pertinente precisar que la regla per se históricamente se ha aplicado en casos de gran incidencia para todo un país o significativas regiones del mismo, o incluso bloques económicos estatales, donde los operadores económicos involucrados han tenido un ingente poder de mercado o han ostentado una incuestionable posición de dominio, lo cual no se desprende de manera alguna que tenga que ver con el tema, y las compañías involucradas, que generaron la multa impugnada. (IESS - RECAPT, 2017)*

La Corte Nacional de Justicia se ratifica en que la regla de la razón deberá ser aplicada, cuando el daño causado sea inminente y resulte infructuoso investigar sobre ello, al contrario de la regla de la razón, que es lo que ordena en este caso la Corte, “(...)cuando la Superintendencia sanciona a un operador económico por este numeral mencionado, por falsear o distorsionar la competencia, entonces debe aplicar la regla de la razón que exige que se compruebe que los operadores económicos han perjudicado a la competencia o al consumidor o al mercado (...)”

En conclusión, tanto la regla de la razón como la regla *per se*, son usadas para determinar la ilegalidad de la conducta siendo la regla de la razón esencialmente más flexible, permitiendo realizar un análisis a cada caso, pudiendo sin embargo caer en una eventual subjetividad, mientras que, la regla *per se* no da lugar a un análisis, sino que reprime la conducta desde el momento de la verificación.

#### **2.4. El derecho de libre competencia y la prohibición de prácticas monopólicas**

El Derecho de Competencia, nace a la vida jurídica con el afán de corregir los defectos que pudiesen existir en el mercado, de proveer condiciones justas para que exista una

interacción entre la oferta y la demanda y esto en concordancia con lo que establece la Constitución del Ecuador en su artículo 66 numeral 15, consagrando como una libertad, como eje principal sobre el cual gira un Estado Democrático capaz de desarrollar actividades económicas. (Constitución de la República del Ecuador, 2008)

En tal virtud, se debe considerar al Derecho de Competencia como una herramienta para igualar las oportunidades de acceso al mercado, que a su vez hace posible el desarrollo de la libertad económica bajo condiciones justas. La Norma Suprema ecuatoriana al respecto de los “Intercambios económicos y comercio justo”, lo enmarca de la siguiente manera:

*Art. 335.- El Estado regulará, controlará e intervendrá, cuando sea necesario, en los intercambios y transacciones económicas; y sancionará la explotación, usura, acaparamiento, simulación, intermediación especulativa de los bienes y servicios, así como toda forma de perjuicio a los derechos económicos y a los bienes públicos y colectivos. (Constitución de la República del Ecuador, 2008)*

Sobre la base de lo expuesto, el Estado es el llamado a introducir y hacer cumplir las reglas a través de las cuales se manejará la competencia. Sin embargo, éstas no constituyen un fin en sí mismas, sino un medio para alcanzar una economía de mercado equilibrada, cuya importancia está dada en virtud de la posibilidad que tienen las empresas para actuar de forma libre y conseguir su desarrollo.

La libre competencia como derecho individual subjetivo, deberá ser entendido como la facultad que tienen los ciudadanos a competir en un mercado de forma libre y con condiciones equitativas, en sujeción a la igualdad ante la ley reconocida en la Constitución Ecuatoriana (2008) en su artículo 11 numeral 2, dotando a todos los ciudadanos de igualdad ante la ley, y entre ellos la posibilidad de ingresar y desarrollarse de forma libre en el mercado, traduciéndose en una igualdad de acceso.

Ahora bien, el derecho de libre competencia, como un derecho colectivo, permite que este derecho sea tutelado a fin de proteger a un grupo: los consumidores como una dimensión colectiva.

Por lo tanto, la libertad de competencia constituye un derecho investido de rango constitucional, por esa razón prevalece sobre cualquier otra norma que se contraponga a ésta,

cuyas limitaciones están dadas conforme a las regulaciones estatales que, como advierte Morán Montero (2014), se constituyen de la siguiente manera:

- *Libertad de creación de empresas y libertad de acceso al mercado, es decir, una libertad de emprendimiento. Para asegurar esta libertad se requiere promover un ambiente de competencia en el cual se castigue la generación de barreras de acceso a los mercados. Esta faceta de la libertad de empresa está limitada por la reserva a favor del Estado de áreas que se consideran estratégicas, o la imposición de condiciones subjetivas de admisión para ciertas actividades, justificable en la medida que generen seguridad para los consumidores;*
- *La libertad de organización de la empresa: que comprende la facultad de elegir formas jurídicas, identidad, definición de estructuras internas;*
- *La libertad de dirección o de ejercicio: que incluye la libertad de toma de decisiones – por ejemplo, a nivel de volúmenes de producción, publicidad - siempre que no se induzca a engaño o confusión a los consumidores respecto a precios y calidades. (Morán Montero, 2014)*

No obstante, existe otra norma que asimismo tiene rango constitucional y en principio se creería que se contraponen al derecho de libre empresa. Esta es la prohibición de realizar prácticas monopólicas, misma que se encuentra prevista de igual manera, en la Constitución:

*Art. 304.- La política comercial tendrá los siguientes objetivos:*

*6. Evitar las prácticas monopólicas y oligopólicas, particularmente en el sector privado, y otras que afecten el funcionamiento de los mercados.*

A propósito de la prohibición de prácticas monopólicas, es preciso establecer qué es el monopolio dentro del mercado. Es así como Krugman, Wells y Olney (2008), establecen que *el monopolio es una fuente de ineficiencia*; y aseveran esto porque sostienen que el monopolio provoca un desequilibrio en el mercado y consecuentemente una desventaja para los consumidores. (Krugman, Wells, & Olney, 2008)

El monopolio es la respuesta negativa a todo lo que se ha establecido en líneas anteriores acerca de la libertad de empresa y es la contrapartida de un mercado de competencia perfecta, toda vez que constituye una situación en la cual existe un único productor de bienes sin sustitutos cercanos; las compañías adquieren gran poder de mercado, fundamentando la toma de decisiones acerca de los precios y cantidades en dicho; conduciendo finalmente a la constitución de un bloqueo en las barreras de entrada al mercado.

Contrario a lo que se pueda llegar a creer acerca del derecho de libre empresa y la prohibición de prácticas monopólicas, éstos no son excluyentes entre sí, al contrario, son dos conceptos que van muy ligados y comparten un mismo objetivo.

El derecho de libre empresa existe para garantizar la libertad que tienen los ciudadanos para agruparse y ejercer actividades económicas con fines de lucro, siempre y cuando dichas actividades sean lícitas; este derecho, nació para que el Estado intervenga a fin garantizar las condiciones sobre las cuales se llevará a cabo el mercado y, la prohibición de prácticas monopólicas es una forma en la que el Estado limita el accionar de las empresas con la finalidad de garantizar el derecho de libre empresa y el acceso al mercado.

## **2.5. Acciones derivadas de las prácticas restrictivas de la competencia susceptibles de escisión**

A continuación, se realizará un estudio acerca de las conductas que, en particular, constituyen abuso de poder de mercado en el contexto del artículo 9 de la LRCPM (2011) y que por sus efectos y magnitud eventualmente podrían ser causa para que la compañía que las practique sea sancionada a través de la escisión.

### **2.5.1. Dificultar permanencia o expansión de competidores**

Generar obstáculos para limitar la permanencia o expansión de los competidores, es considerada una conducta que, por ser tendiente a limitar el derecho de los demás agentes económicos, se encuentra prohibida por la legislación ecuatoriana. Dicha conducta supone que, si un agente económico ha llegado a tener una posición predominante en el mercado, se abuse de ella para dificultar o impedir que su competencia se mantenga o mejore. Y es por esa razón, que esta conducta ha sido considerada como un posible acto cuya sanción equivalente sería la sanción.

La LORCPM (2011), en su artículo 9 numeral 1, establece que el dificultar la permanencia o expansión de la competencia, es una conducta que constituye un abuso de poder de mercado: *“Las conductas de uno o varios operadores económicos que les permitan afectar, efectiva o potencialmente, la participación de otros competidores y la capacidad de*

*entrada o expansión de estos últimos en un mercado relevante, a través de cualquier medio ajeno a su propia competitividad o eficiencia”.*

Específicamente, esta conducta se refiere a la utilización de la posición dominante, para limitar la posibilidad de permanecer o entrar al mercado, sin que ello esté ligado a la eficiencia económica, tal como lo establece el numeral 22 del artículo antes mencionado: *“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.”*

Dentro de esta conducta, es posible precisar dos actuaciones: la negativa concertada a tratar o negociar, y la denegación colectiva de admisión en una asociación (Grijalva Jiménez & Troya Jaramillo, 2003).

*La negativa concertada a tratar o negociar*, o también conocida como *boicot*: ocurre cuando varias empresas, utilizando su poder en el mercado, acuerdan no mantener relaciones comerciales con una determinada empresa dentro de un mismo segmento del mercado, esta conducta precisa una limitación a su permanencia, un aislamiento y una eventual salida del mercado. Al respecto Grijalva Jiménez & Troya Jaramillo (2003) ofrecen el siguiente ejemplo:

*Un ejemplo de esta restricción es el acuerdo de distribuidores para no negociar con un determinado productor que provee además a otro distribuidor, es decir a la competencia; de esta manera el grupo que organiza el boicot o la empresa dominante utiliza su poder de mercado para eliminar la competencia.*

*Denegación colectiva de admisión en una asociación*, es la negativa injustificada o discriminatorio de un colectivo comercial, a la integración de un determinado ente económico valiéndose de su posición de dominio, cuya consecuencia es perjudicar la competencia. (Grijalva Jiménez & Troya Jaramillo, 2003)

Como se mencionó en páginas anteriores, actualmente, el tipo de sanción más utilizado a fin de limitar actuaciones de abuso de poder de mercado es la sanción, sin embargo, debido a la magnitud de lo que representar que una compañía intervenga y desestabilice la competencia, no siempre puede ser contrarrestado con sanciones pecuniarias, menos aún elimina el problema de forma definitiva.

### 2.5.2. Fijación de precios predatorios

El fundamento lógico y teórico acerca de la prohibición de fijación de precios predatorios, se encuentra en que, esta práctica es llevada a cabo por empresas que ostentan una posición dominante en el mercado, para establecer precios tan bajos que provoque la eliminación de su competencia y consecuentemente obtener ganancias más altas que lo habitual. (Ghiani, 2016).

Asimismo, el fundamento normativo de esta prohibición se encuentra en el artículo 9, numeral 4 de la LORCPM (2011), estableciéndolo de forma expresa de la siguiente manera: *“En particular, las conductas que constituyen abuso de poder de mercado son: La fijación de precios predatorios o explotativos.”*

En un mercado competitivo, es común que se dé una disminución en los precios, pero esto ocurre cuando convergen situaciones que no están relacionadas con el poder de mercado, al contrario, una de ellas es el excesivo ingreso de competidores y aumento de competencia; otra causa puede ser que se reduce el precio hasta conseguir el punto de equilibrio en determinado bien o servicio. (Nicholson, 2006)

La justicia chilena, a través de su Tribunal de la Libre Competencia, plantea cuáles son los elementos que deben presentarse para que se constituya en una fijación de precios predatorios, estos son: que la empresa en cuestión tenga el poder de mercado, que la motivación que lo lleve a fijar precios predatorios sea la de restituir las pérdidas a su compañía, que el precio al que se ofrecieron los bienes sean mucho más bajos que su costo y finalmente, que su motivación sea la de eliminar la competencia y desplazarlos de ese mercado. (Ghiani, 2016)

Esta conducta, es también conocida como una forma de *dumping*, específicamente *dumping predatorio*; de acuerdo con lo que establecen Alvarez Avendaño y Lizana Anguita (1995), en su obra titulada “Dumping y competencia desleal”. *Este tipo de dumping constituye dañina que consiste en vender a precios bajos (eventualmente aún bajo el costo marginal) en forma temporal para desplazar a sus competidores en el mercado y logre compensar sus*

*pérdidas una vez que eliminada su competencia.* (Álvarez Avendaño & Lizana Anguita, 1995)

Al ser esta conducta una vía para desestabilizar la competencia, por la magnitud que abarca debido a los efectos que trae consigo, la escisión de sociedades mercantiles constituye una alternativa aplicable, a fin de restablecerla.

### **2.5.3. Barreras de entrada**

Las barreras de entrada son aquellas limitaciones o condiciones que tiene un agente económico al momento de tratar de ingresar a un determinado mercado. Estas barreras existen en todos los mercados y son de diferentes naturalezas, sin embargo, son consideradas anticompetitivas siempre y cuando sea a través de la utilización de poder de mercado que se imponen barreras para restringir en su totalidad el ingreso a un mercado.

De acuerdo con lo establecido por Dávila Herrera (2013), es posible clasificar a las barreras de entrada en 3 criterios:

El primero de ellos hace referencia a las denominadas barreras naturales. Dichas barreras, están dadas en función de las propias características de un determinado mercado, es decir, que ya sea por razones tecnológicas, procesos de producción y distribución, es más eficiente que existan pocos agentes económicos que participen en ella. Este tipo de barrera está vinculada con economía de escala en la producción y distribución, cuya característica principal es que entre mayor sea su capacidad de producción, menor serán sus costos, por ejemplo: un determinado país, por sus condiciones climáticas y geográficas, se ha convertido en el único productor a gran escala de un fruto; constituye una barrera natural porque las condiciones de entrada a ese mercado y en específico a la producción de aquel fruto, está ligada a condiciones naturales (Schettino, 2002)

El segundo criterio, se enmarca en las barreras legales, que existen en virtud de disposiciones administrativas, tributarias, etc., que convierten la entrada a un mercado, en un proceso sino imposible, costoso; por ejemplo: *en el mercado de generación eléctrica en Guatemala y otros países, donde originalmente la generación de energía estaba en manos del*

*Estado y no se permitía la participación de los privados en su suministro. Cuando se abrió la posibilidad de que los privados formaran sus propias empresas de generación eléctrica, se empezaron a instalar diversas generadoras, aumentando la competencia en ese sector económico.* (Tarziján M. & Paredes M., 2006).

Sin embargo, el numeral 18 del artículo 9 de la LORCPM (2011) prohíbe que dichas barreras legales sean impuestas de forma injustificada: *“La implementación injustificada de acciones legales que tenga por resultado la restricción del acceso o de la permanencia en el mercado de competidores actuales o potenciales”*.

Finalmente, el último criterio de clasificación de las barreras de entrada, son las denominadas barreras estratégicas que son aquellas creadas por las propias empresas, cuya finalidad es mantener una economía dinámica en el mercado. (Tarziján M. & Paredes M., 2006).

Dado que la imposición de barreras de entrada constituye una conducta que vulnera el derecho de competencia, en la medida que dichas barreras sean impuestas con la finalidad de desplazar a la competencia, la aplicación de una sanción pecuniaria posiblemente detenga la conducta, sin embargo, significa que se descarte la probabilidad de que ocurra nuevamente, por esta razón se debe contemplar a la escisión como una sanción.

#### **2.5.4. Discriminación de precios y aplicación de condiciones desiguales**

La discriminación de precios y aplicación de condiciones desiguales, se encuentran previstas en el artículo 9, numerales 6 y 7 respectivamente, de la LORCPM (2011), en cuyo contenido prohíbe *“La discriminación injustificada de precios, condiciones o modalidades de fijación de precios”*; *“La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen de manera injustificada a unos competidores en situación de desventaja frente a otros”*.

Gonzáles de Cossío define a la discriminación de precios como: *“la situación que sucede cuando una firma hace dos ventas de un producto similar a dos tasas de retorno distintas. En términos económicos, la discriminación de precios ocurre cuando un vendedor*

*obtiene diferentes tasas de retorno por la venta de un mismo producto a diferentes consumidores o mercados.”* (González de Cossío, Enero - Abril de 2006)

En consecuencia, la discriminación de precios es una práctica realizada por empresas que pretenden mejorar sus ganancias al máximo nivel y vendiendo los mismos productos a un diferente costo en función del grupo de consumidores al que va direccionado. (Milind M., 1992). Sin embargo, esta práctica se encuadra en el tipo de actividades catalogadas como abuso de poder de mercado en la medida que ésta sea utilizada para limitar o impedir que se intensifique la competencia, en relación con los efectos que esta medida provoque. (Gasull Pérez-Llorca, 2006)

La discriminación de precios es una práctica que en principio es aceptada y considerada lícita, esto como consecuencia de la aplicación de estrategias (incluso estrategias agresivas) para desarrollar la competencia en un determinado mercado, no obstante, para que ésta sea considerada como una práctica abusiva, deben confluír situaciones de desigualdad ante situaciones equivalentes, como son: prestaciones que sean equivalentes y la desigualdad de condiciones, misma que se configura siempre y cuando coloque a los clientes de la empresa dominante en situación de desventaja frente a otros consumidores dependiendo de sus posibilidades de pagar (Gasull Pérez-Llorca, 2006). Es entonces, cuando concurren dichas condiciones, que esta conducta se convierte en una causa para que la compañía que la practique sea escindida oficiosamente a causa del abuso de poder de mercado.

El autor Germán Coloma (2009) en su artículo *La discriminación de precios y la defensa de la competencia*, explica cómo se desarrolla la relación de la discriminación de precios con el derecho a la libre competencia y cuándo, la discriminación de precios se convierte en pernicioso para el mercado:

*“(…) Esto se da cuando quienes compran el bien lo revenden o lo utilizan como insumo dentro de un proceso productivo, y se encuentran además en competencia entre sí. En dicha circunstancia, los compradores que pagan precios más elevados pueden verse excluidos del mercado en el que actúan, en virtud de una práctica concertada entre el vendedor y los compradores que pagan precios más bajos. Dicha práctica puede tener por objeto restringir la competencia entre los compradores o extender una posición de dominio desde un mercado de insumos a uno de productos.”*

Finalmente, Andrea Fabiana Mac Donald (2013) establece las tres situaciones que deben coincidir para que una empresa esté en condición de discriminar precios, estos son: *la segmentabilidad de mercado*, lo cual involucra la posibilidad de sub-dividir el mercado en grupos, de acuerdo con el actuar que tiene al momento de adquirir un bien o servicio; *la incapacidad de reventa*, esta situación hace referencia a la imposibilidad que deberían tener los miembros de cada sub-división del mercado para revender los bienes adquiridos a otra sub-división, y de esta manera mediar entre los precios establecidos por el vendedor originario, y; *existencia de poder de mercado*, refiriéndose a la posibilidad de influir en la asignación de precios por su posición en el mercado.

Para fines del presente estudio se clasificará a la discriminación de precios en tres grados:

#### **2.5.4.1. Discriminación de Primer Grado**

La discriminación de primer grado es también conocida como discriminación perfecta; misma que obedece la regla básica de la discriminación de precios: ofrecer precios distintos a diferentes segmentos de los consumidores respecto de bienes o servicios de la misma situación (Coloma, 2009)

#### **2.5.4.2. Discriminación de Segundo Grado**

La discriminación de precios de segundo grado versa sobre la imposibilidad de que una discriminación perfecta sea aplicada, es decir, implica que el vendedor puede discriminar entre las unidades que le vende al mismo comprador, pero no puede discriminar directamente entre compradores. Este tipo de discriminación también es conocida como discriminación voluntaria. (Coloma, 2009)

#### **2.5.4.3. Discriminación de Tercer Grado**

La discriminación de tercer grado es también conocida como discriminación simple. Consiste en la clasificación del mercado en distintas categorías, con la particularidad de que cada segmento del mercado recibe un mismo precio, pero difiere respecto de otros segmentos. Es ahí donde radica la principal diferencia con los otros grados de discriminación, la empresa

dominante, puede aplicar únicamente los precios asignados a cada clasificación. (Mac Donald, 2013)

#### **2.5.5. Incitación a terceros a no comprar o vender**

Conforme queda anotado en líneas anteriores, el abuso de posición dominante busca desplazar a la competencia y mejorar o mantener su situación; por esta razón, dentro de esta conducta, se ha incluido también la de incitar a terceros a no comprar, que, como su nombre lo indica, consiste en la compañía que ostenta el poder de mercado, interfiera en la decisión del consumidor para que no adquiera los bienes o servicios ofertados por su competencia (Santos Dávalos , 2012)

Esta conducta está prevista tanto en el numeral 10 del artículo 9 de la LORCPM (2011) y en el artículo 8 de la Decisión 608 de la Comunidad Andina de Naciones, que en definitiva los dos cuerpos normativos coinciden en prohibir lo mismo: *“La incitación, persuasión o coacción a terceros a no aceptar, limitar o impedir la compra, venta, movilización o entrega de bienes o la prestación de servicios a otros.”*

Al respecto de la incitación a terceros a no comprar, en Ecuador, a finales de la década de los 90s, hubo un caso donde se evidenció, no solo el abuso de poder de mercado, sino también la incitación a terceros a no vender.

La cadena de supermercados Santa Isabel, decidió entrar al mercado ecuatoriano con el establecimiento de varias tiendas en la provincia del Guayas. Sin embargo, la cadena de supermercados ecuatoriana La Favorita, más conocida como “Supermaxi” amenazó a los proveedores de la cadena Santa Isabel con no adquirir sus productos si éstos también mantenían relaciones comerciales con la cadena chilena. (Carrasco Torrontegui, 2011).

El caso anteriormente enunciado, es un claro ejemplo de lo que constituye una coacción frente a terceros para impedir la venta de productos a la competencia para debilitarla y eliminarla y en casos como este, la escisión de sociedades mercantiles conviene a fin de desincentivar actuaciones de esta naturaleza a fin de que la competencia en el mercado se mantenga.

### **2.5.6. Imposición de cláusulas de no competencia, negativa a facilidades esenciales y descuentos condicionados**

La imposición de cláusulas de no competencia, de acuerdo con lo que establece Carrasco Torrontegui (2011), consiste en una práctica desarrollada por las grandes empresas que gozan de una posición dominante en el mercado, quienes, a través de esta medida, obligan a sus distribuidores a no adquirir bienes de la competencia del proveedor.

El principal problema con la imposición de cláusulas de no competencia es que, en teoría, desestabilizan a la competencia dentro de un mercado y en definitiva afectan a los consumidores.

En este sentido el numeral 19 del artículo 9 de la LORCPM (2011) establece lo siguiente: *“19. Establecer, imponer o sugerir contratos de distribución o venta exclusiva, cláusulas de no competencia o similares, que resulten injustificados”*.

La negativa de facilidades, por su parte sugiere una actuación unilateral cuyo eje principal es la negativa de vender o comprar bienes en condiciones comúnmente ofrecidas, o la imposición de condiciones consideradas inaceptables, por ejemplo: precio extremadamente elevado. Al respecto, la LORCPM (2011) prohíbe esta práctica como se detalla a continuación: *“9.- La negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra o adquisición, o a aceptar ofertas de venta o prestación de bienes o servicios”*.

Finalmente, en cuanto a los descuentos condicionados, la LORCPM (2011) prevé lo siguiente: *“16. Los descuentos condicionados, tales como aquellos conferidos a través de la venta de tarjetas de afiliación, fidelización u otro tipo de condicionamientos, que impliquen cualquier pago para acceder a los mencionados descuentos”*, cuya definición doctrinaria establece que, los descuentos condicionados o también conocidos “descuentos por lealtad” no es una práctica anticompetitiva en sí misma, sino que lo es en la medida que afecte a los consumidores o a su competencia. (Flores Orellana, 2014)

En definitiva, estas prácticas están condicionadas a un mismo factor, y es que su actuación afecte significativamente la competencia, es decir, que el daño que ocasionen sea de tal magnitud que se subsuma un efecto económico relevante.

## **2.6. Análisis de pertinencia de la escisión como una medida sancionatoria al abuso de poder de mercado**

Anteriormente se analizó el campo de acción del Derecho de Competencia y en particular, lo que constituye abuso de poder de mercado con sus respectivas actuaciones anticompetitivas. Ahora corresponde concatenar lo estudiado en líneas anteriores, con el tema central de este trabajo investigativo.

De lo expuesto, se colige que el abuso de posición de dominio constituye en una práctica, cuyo eje central, versa sobre el aprovechamiento indebido de una posición preponderante en el mercado, y es indispensable hacer hincapié que es un aprovechamiento indebido, en la medida la ley no sanciona la ostentación de una posición privilegiada en el mercado en tanto que no restrinja la competencia.

Es entonces, cuando dicha conducta se convierte nociva para el mercado, que la ley y las autoridades gubernamentales intervienen para frenar o sancionar el mencionado abuso. Sin embargo, como se ha dicho anteriormente, la forma en que la ley ecuatoriana pretende sancionar aquellas prácticas, predominantemente, es a través de la imposición de multas. Por ejemplo: el agente económico “X” incurrió en la práctica anticompetitiva “Y” a causa de su poder en el mercado y la sanción que se le impuso en función al daño irrogado, fue de “Z” cantidad de dinero. Sin embargo, a través de este ejemplo básico de la mecánica del sistema sancionatorio ecuatoriano, se desprende que efectivamente, la imposición de una multa no desmotiva el abuso de posición de dominio y no evita que esto eventualmente vuelva a ocurrir.

Por esta razón, cabe considerar a la escisión de sociedades mercantiles como una medida cuya finalidad es eliminar el abuso de posición de dominio, como una alternativa definitiva al problema, dado que la escisión modifica estructuralmente la compañía, constituye en una solución permanente.

En conclusión, conviene, para el correcto desenvolvimiento de la competencia en el mercado, realizar un análisis acerca de la aplicabilidad de la escisión de manera oficiosa, en casos de abuso de poder de mercado. Y la determinación del abuso de poder de mercado analizado sobre la base de tres supuestos, estos son: la determinación de mercado relevante, la determinación de la posición de dominio dentro del respectivo mercado relevante, es decir, si el agente económico efectivamente incurrió en una conducta anticompetitiva. En este sentido, el capítulo a continuación tratará acerca aquella posibilidad, en virtud de la facultad que el órgano rector posee.

## **CAPÍTULO III**

### **3. ANÁLISIS DE LA APLICABILIDAD DE LA ESCISIÓN DE SOCIEDADES AL ABUSO DE PODER DE MERCADO**

En este último apartado se analizará la posibilidad de que una sanción como la escisión de sociedades mercantiles, pueda ser aplicada de oficio como sanción por parte de la autoridad competente, cuando se advierta un caso abuso de poder de mercado. Este análisis se lo hará sobre la base del establecimiento de una medida que restrinja el abuso de poder de mercado de forma definitiva.

Para lograr dicho análisis, se requerirá, en primer lugar, partir del estudio de las competencias que posee la Superintendencia de Control de Poder de Mercado; el alcance de su potestad sancionadora y la legalidad de la exigibilidad unilateral para reparar daños; el procedimiento administrativo sancionatorio, la cuantificación de los daños y el bien jurídico protegido por el Derecho de Competencia, los criterios para asignar indemnizaciones y los compromisos de cese. Finalmente, la potestad sancionadora de los órganos administrativos en el Derecho Comparado.

#### **3.1. Competencias de la Superintendencia de Control de Poder de Mercado**

Las competencias de la Superintendencia de Control de Poder de Mercado (en adelante SCPM), son dadas por la ley, en cuyo contenido ordena su creación, como el órgano administrativo de control y con capacidad sancionatoria de los actos que contraríen dicha ley, de acuerdo con los fines que persigue un Estado de Derechos. En este sentido, la SCPM tiene la posibilidad de aplicar las medidas que le otorga la ley, siempre y cuando sea para proveer una competencia justa en el mercado, actuando en nombre del Estado de acuerdo con lo que manda la Norma Suprema, en su artículo 336:

*El Estado impulsará y velará por el comercio justo como medio de acceso a bienes y servicios de calidad, que minimice las distorsiones de la intermediación y promueva la sustentabilidad. El Estado asegurará la transparencia y eficiencia en los mercados y fomentará la competencia en igualdad de condiciones y oportunidades, lo que se definirá mediante ley.*

Previo a determinar cuáles son las competencias legales que tiene la SCPM, cabe hacer referencia al objeto contenido en el artículo 1 de la LORCPM (2011), el cual estará muy de la mano con las distintas atribuciones que le han sido dadas; en definitiva, el objeto de la mencionada ley, es: *evitar, prevenir, corregir, eliminar y sancionar el abuso de operadores económicos con poder de mercado; la prevención, prohibición y sanción de acuerdos colusorios y otras prácticas restrictivas; el control y regulación de las operaciones de concentración económica; y la prevención, prohibición y sanción de las prácticas desleales, buscando la eficiencia en los mercados, el comercio justo y el bienestar general y de los consumidores y usuarios, para el establecimiento de un sistema económico social, solidario y sostenible.*

A fin de evitar y prevenir el abuso de poder de mercado, la ley prevé la aplicación de medidas preventivas a fin de limitar el actuar de los agentes económicos que se encontraren en cualquier etapa del proceso sancionatorio por infracciones. Las medidas correctivas, conforme a lo que determina la LORCPM (2011) en su artículo 62, consisten en: *la imposición de condiciones, la suspensión de los efectos de actos jurídicos relacionados a la conducta prohibida, la adopción de comportamientos positivos, y aquellas que considere pertinentes con la finalidad de preservar las condiciones de competencia afectadas y evitar el daño que pudieran causar las conductas a las que el procedimiento se refiere, o asegurar la eficacia de la resolución definitiva*, sin embargo de esto, las medidas correctivas impuestas, nunca pueden originar daños irreparables o violar derechos fundamentales de los agentes económicos.

Sobre la base de lo expuesto, y en concordancia con las atribuciones que la SCPM posee, las sanciones establecidas en la ley, además de la aplicación de medidas correctivas, sobre las cuales deberán emitir los argumentos de descargo de los que se creyeren asistidos en un término no mayor a setenta y dos (72) horas después de notificados o acoger dichas medidas de conformidad con lo que dispone el artículo 73 de la LORCPM (2011) como son:

- a) *El cese de la práctica anticompetitiva, inclusive bajo determinadas condiciones o plazos;*
- b) *La realización de actividades o la celebración de contratos, tendientes a restablecer el proceso competitivo, inclusive bajo determinadas condiciones o plazos; o,*
- c) *La inoponibilidad de las cláusulas o disposiciones anticompetitivas de actos jurídicos*

### **3.1.1. Alcance de la potestad sancionadora de la Superintendencia de Control de Poder de Mercado**

El término “potestad” denota una facultad de poder o autoridad que posee una persona o un organismo respecto a terceros. En ese sentido, el Estado ejerce su autoridad a través de órganos administrativos a los cuales se le ha otorgado determinadas potestades, atribuidas a través de la ley, que son los parámetros sobre los cuales fijarán su actuación, a la cual se la ha denominado: potestad administrativa. (Rosero Marcillo, 2017)

La potestad administrativa es el poder jurídico que tiene un órgano de la administración, para ejercer determinados actos frente a terceros por mandato de ley, se distingue del Derecho Subjetivo, en que ésta no nace como resultado de negocios jurídicos, hechos o actos singulares, sino que es dada en el ejercicio de las atribuciones de la administración, por esa razón su aplicación se presume válida. (Rosero Marcillo, 2017)

Al respecto y en virtud de lo que establece la LORCPM (2011) en su artículo 36, la SCPM tiene la potestad legal de sancionar los actos que afecten la libre competencia. Esta potestad sancionatoria versa sobre la posibilidad de sancionar pecuniariamente y hasta disponiendo la escisión del ente económico, dependiendo de la naturaleza del daño causado de acuerdo con los principios de legalidad, irretroactividad, y proporcionalidad.

El principio de legalidad, asimismo, está supeditado a tres factores: la existencia de un cuerpo legal que contenga las sanciones; la descripción de las sanciones que produce cada actuación; y, la posibilidad de que el investigado haga uso de su legítimo derecho a la defensa, cuya base legal se encuentra en la Constitución ecuatoriana, en el artículo 76 numeral 3 como un derecho al debido proceso estableciendo que *“Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley (...)”* y al respecto del derecho a la defensa, en el literal a del numeral 7 del mencionado artículo, determina a la legítima defensa como una garantía del derecho al debido proceso, prohibiendo que en cualquier etapa o grado del proceso, este derecho sea restringido.

En definitiva, el principio de legalidad supone que los actos sancionables, se encuentren recogidos en la ley, para este efecto, la LORCPM (2011) recoge expresamente las infracciones y sus respectivas sanciones en los artículos 10, 11, 78 y 79.

El siguiente principio que corresponde analizar, es el principio de irretroactividad, amparado en el artículo 7 Código Civil ecuatoriano (2005), estableciendo expresamente que *“La ley no dispone sino para lo venidero: no tiene efecto retroactivo (...)”*. Este principio, obliga a que la ley posterior, no sea aplicada para actos anteriores, esto por un derecho de Seguridad Jurídica consagrado en la Constitución ecuatoriana (2008) en su artículo 82; derecho que a su vez ampara la obligación de aplicar la ley vigente al cometimiento del ilícito.

Finalmente, el principio de proporcionalidad es el último en este análisis de la aplicación de la potestad sancionatoria como criterio de delimitación de la magnitud de las sanciones, tal y como prevé la Constitución del Ecuador (2008) en su artículo 76 como garantía de la legítima defensa: *“6. La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza.”*

El principio de proporcionalidad establece la aplicación de sanciones que vayan acorde al nivel de vulneración a la ley, es decir, que el correctivo impuesto por el órgano del estado, debe guardar estrecha relación con la dimensión del ilícito cometido.

Para concluir, el alcance de la potestad sancionatoria de la SCPM está dado de acuerdo con la ley, cuyas conductas sancionables deben estar previstas al igual que su correctivo y éste último guardando estrecha relación con lo que se cometió.

### **3.1.2. Procedimiento administrativo sancionatorio**

El procedimiento sancionatorio, está previsto desde el artículo 53 del Reglamento de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (2012), en cuya parte pertinente, establece que el proceso puede iniciar de tres maneras: con denuncia, de oficio o a petición de parte de otro órgano de la Administración Pública.

En caso de que el procedimiento empiece con una denuncia, ésta debe ser propuesta por el agraviado, una persona natural o jurídica, pública o privada que compruebe su relación

con el caso, conteniendo los siguientes requisitos formales previstos en el artículo 54 de la LORCPM (2011):

- a) El nombre y domicilio del denunciante;*
  - b) Identificación de los presuntos responsables;*
  - c) Una descripción detallada de la conducta denunciada, indicando el período aproximado de su duración o inminencia;*
  - d) La relación de los involucrados con la conducta denunciada;*
  - e) Los datos de identificación de los involucrados conocidos por el denunciante, incluyendo entre otros sus domicilios, números de teléfono y direcciones de correo electrónico, si las tuvieran y, de ser el caso, los datos de identificación de sus representantes legales; la falta de uno o más requisitos del presente literal no invalida la denuncia;*
  - f) Las características de los bienes o servicios objeto de la conducta denunciada, así como de los bienes o servicios afectados; y,*
  - g) Los elementos de prueba que razonablemente tenga a su alcance el denunciante.*
- (LORCPM, 2011)

Si la demanda reúne los requisitos formales y es clara y precisa, se correrá traslado a los presuntos responsables para que en el término de quince días presenten su contestación, pero si por otro lado, la demanda no reúne los requisitos establecidos, se ordenará que en el término de tres días la aclare o complete, de no hacerlo se ordenará su archivo.

Cuando el proceso inicie de oficio, a cargo de la SCPM, ésta abrirá el expediente para iniciar la etapa preliminar, cuyo plazo no podrá ser superior a los ciento ochenta días de haber iniciado el proceso de investigación, teniendo un término de tres días para que se les notifique a los presuntos responsables, de la existencia de presunciones de haber incurrido en infracciones.

Después de la notificación con el inicio de la investigación preliminar, los presuntos responsables tendrán un término de quince días para presentar sus justificativos ante el órgano administrativo; una vez concluido este periodo, éste tendrá el término de diez días para pronunciarse sobre el inicio de la investigación, pudiendo iniciar o archivar el proceso. De resolver iniciar la investigación, deberá establecer el plazo en el que se sustanciará, pero si, por otro lado, considera suficientes las justificaciones dadas por los presuntos responsables, ordenará el archivo del proceso. En ambos casos, deberá hacerlo mediante resolución motivada.

Una vez concluida la investigación, si fuere necesario, el órgano administrativo ordenará que se realice la notificación a los presuntos responsables con la formulación de cargos, a fin de que deduzca excepciones en el término no mayor de quince días. De no contestar, se sustanciará el proceso en rebeldía.

Una vez concluida la investigación, se abrirá el termino de prueba de sesenta días, prorrogables hasta treinta días adicionales. Concluido este término, las partes tendrán diez días para presentar sus alegatos.

Finalmente, el proceso concluye con la resolución motivada por parte de la SCPM en un plazo no mayor a noventa días.

A fin de ilustrar de mejor manera el proceso administrativo, a continuación, se lo detalla:

Gráfico 9: El proceso administrativo sancionatorio

Inicio del proceso	El proceso inicia ya sea con denuncia, de oficio o a petición de parte.
	Denuncia: Deberá contener los requisitos formales previstos en el artículo 54 del Reglamentos a la LORCPM.
	De oficio: Inicia de oficio a cargo de la SCPM por motivo de investigaciones llevadas a cabo o por tener conocimiento directo o indirecto del posible cometimiento de infracciones
	A petición de otro órgano de la administración pública: El proceso puede iniciar de esta manera, cuando de forma directa o indirecta tuviere conocimiento de la realización de conductas ilegales, al cual deberá adjuntar toda la información que considere relevante
Calificación de la denuncia	El órgano de investigación de la SCPM tiene el término de diez (10) días pronunciarse acerca de la denuncia:

	Si la denuncia reúne todos los requisitos legales previstos en la ley, se corre traslado a los denunciados para que el término no mayor de quince (15) días para que presenten su contestación.
Investigación previa	En esta etapa, El órgano de investigación de la SCPM se reserva el derecho a reunir los indicios suficientes de cometimiento de ilícitos, antes de emitir el informe de inicio de la investigación.
Archivo de la denuncia	De no encontrar los suficientes elementos de convicción acerca de una infracción, mediante resolución motivada, el órgano de investigación de la SCPM ordenará el archivo de esta, teniendo la obligación de notificar a las partes.
Inicio de investigación	Después de concluido el término para que los presuntos responsables emitan sus justificaciones, en el término de diez (10) días, El órgano de investigación de la SCPM emitirá un informe motivado, debiendo contener los requisitos mínimos previstos en el artículo 62 del Reglamento a la LORCPM, resolviendo el inicio de la investigación, el plazo que durará esta etapa, que no podrá ser mayor a ciento ochenta (180) días prorrogables hasta por ciento ochenta (180) días más.
Investigación	En esta etapa, El órgano de investigación de la SCPM podrá realizar toda diligencia y oficiar a cualquier institución pública o privada los documentos que crea conveniente a fin de determinar responsabilidades de acuerdo con la LORCPM.  En esta etapa, la SCPM podrá solicitar la acumulación de expedientes sin considera que están relacionados.
Informe de resultados de	Una vez concluido el plazo de investigación, el órgano de investigación de la SCPM emitirá un informe con los resultados

investigación	obtenidos de la etapa anterior, en el cual podrá determinar las medidas correctivas o las sanciones procedentes.
Término de excepciones	El órgano de investigación de la SCPM le otorgará el término de quince (15) días al presunto responsable para que emita los alegatos correspondientes de acuerdo con la denuncia y formación de cargos.
Etapa probatoria	Una vez concluido el término de excepciones, se abrirá el término probatorio, en un plazo de sesenta (60) días, prorrogables hasta por treinta (30) días.
Informe final	El órgano de investigación de la SCPM en el término de quince (15) valorará la prueba practicada anteriormente; las sanciones correctivas y de ser procedente la aplicación de la multa correspondiente de acuerdo con la ley.  Dentro de este término, será remitido el expediente y el informe final al órgano de sustanciación y resolución.
Resolución	En esta etapa, que se encuentra a cargo del órgano de sustanciación y resolución, tendrá el término de tres (3) días para correr traslado a las partes quienes podrán presentar alegatos en el término de diez (10) días y podrá convocarlas a audiencia para que se pronuncien al respecto del informe final.  Si lo considera necesario, el órgano de sustanciación y resolución podrá solicitar que el órgano de investigación realice diligencias adicionales, debiendo este último emitir un informe con los resultados obtenidos.  En un plazo máximo de noventa (90) días, el órgano de sustanciación y resolución deberá emitir motivadamente la resolución cuyo contenido debe considerar los elementos determinados en el artículo

Fuente: Reglamento a la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado. Registro Oficial 697 de 07-may.-2012.

### **3.1.3. Aplicación de sanciones por parte de la Superintendencia de Control de Poder de Mercado**

Una vez determinado el proceso sancionatorio, conviene analizar la aplicación de sanciones por parte de la Superintendencia de Control de Poder de Mercado, frente a la existencia de conductas anticompetitivas determinando cuál es el bien jurídico protegido por el Derecho de Competencia y analizando las sanciones aplicables contenidas en el ordenamiento jurídico ecuatoriano para, finalmente evaluar las sanciones aplicables en el derecho comparado.

#### **3.1.3.1. El Bien jurídico protegido por el Derecho de Competencia**

El Derecho de Competencia, nació como respuesta a los actos que restrinjan en diferentes medidas la libre competencia. En este sentido, el Derecho de Competencia trabaja juntamente con los derechos constitucionales como la vida, salud, trabajo y libertad. Frente a los derechos, necesariamente debe existir una garantía, que sea la vía a través de la cual se hagan efectivos los derechos.

La regulación de la competencia en el mercado pretende que las condiciones, para quienes integran el mercado, sean justas y equitativas; que haya apertura para que más agentes económicos puedan entrar y participar en relaciones de intercambio, que los abusos sean sancionados con todo el rigor de la ley y, en definitiva, que los consumidores tengan productos de calidad a precios competitivos. En definitiva, los bienes jurídicos que protege el Derecho de Competencia, es la redistribución equitativa del dinero dentro de la economía y la capacidad adquisitiva de bienes del consumidor.

La redistribución equitativa, dentro de la economía, a su vez implica que el dinero que ingresa a los sectores que la componen, fluya entre sus diferentes sectores. Gracias a este elemento, la economía se mantiene equilibrada y los consumidores adquieren bienes y

servicios de forma libre y a precios competitivos. Si, por el contrario, esta redistribución se altera, eventualmente el resto de los sectores se verán perjudicados en la medida que se produce un desequilibrio.

En este sentido, el Derecho de Competencia busca evitar dicho desequilibrio y proporcionar condiciones equitativas para quienes juegan un rol en el mercado. Así, por ejemplo, si un agente económico, cuya posición dentro del mercado es superior a la del resto, decide abusar de ella a través de las conductas antes mencionadas, el efecto inmediato es que no solo su competencia se verá afectada por la imposibilidad de participar en un mercado, cuyas condiciones no son justas, sino también los consumidores; su capacidad de adquirir bienes y servicios se verá mermada.

Ahora bien, los consumidores, juegan un papel sino principal, muy importante, dentro del mercado. Son quienes hacen posible la redistribución de recursos a causa de su interés en satisfacer sus necesidades. Es por esa razón que, en un mercado equilibrado, los consumidores tienen la capacidad de adquirir bienes y servicios de acuerdo con sus posibilidades y a sus necesidades.

A propósito de aquello, la Constitución del Ecuador (2008) en su artículo 52, garantiza el derecho de las personas de adquirir bienes y servicios de forma libre. Y se reserva el derecho a regular, controlar e intervenir cuando este derecho se vea afectado, es así como, el artículo 335 prevé lo siguiente: *“El Estado regulará, controlará e intervendrá, cuando sea necesario, en los intercambios y transacciones económicas; y sancionará la explotación, usura, acaparamiento, simulación, intermediación especulativa de los bienes y servicios, así como toda forma de perjuicio a los derechos económicos y a los bienes públicos y colectivos.”*

El equilibrio económico, en el Derecho de Competencia, tiene como eje principal la libertad de competencia y de elección. En el mercado, esta libertad constituye una herramienta transversal en tanto que, a partir de ella, los consumidores tienen la posibilidad de elegir entre uno u otro producto, sin que existan limitaciones o distorsiones por parte de los operadores económicos. Es por esta razón que cuando se detecta alguna alteración, la intervención del Estado es esencial, pues solo a partir de aquella intervención, se podrá eliminar dichas

restricciones. Es decir, el Derecho de Competencia busca proteger el derecho de los consumidores, sin embargo, aquello no sería posible si el mercado no está equilibrado.

En conclusión, la libertad de competencia, versa sobre dos ejes: el derecho de los agentes económicos a ingresar al mercado y competir en condiciones equitativas y el deber de no realizar conductas tendientes a distorsionar el mercado.

### **3.1.3.2. El establecimiento de sanciones**

En aplicación a lo que prevé el artículo 37 y 38 de la LORCPM (2011), la SCPM es el organismo encargado de conocer y sancionar las conductas que restrinjan la competencia, en este sentido la mencionada ley prevé las siguientes medidas:

#### **3.1.3.2.1. Compromisos de cese**

La Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado, prevé la posibilidad de que el operador económico que está siendo investigado, emita un compromiso de cese respecto de la conducta objeto de proceso; y de esta forma frenar con los efectos que dicha conducta está afectando al mercado y de esta forma mejorar y simplificar el proceso sancionador, es decir, el operador económico que está siendo procesado, reconoce que está actuando contrario a derecho y sobre eso se compromete de forma libre y bajo su responsabilidad a dejar de ejecutar dicha conducta.

*Art. 89.- Compromisos.- Hasta antes de la resolución de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, el o los operadores económicos investigados, relacionados o denunciados podrán presentar una propuesta de compromiso por medio del cual se comprometen en cesar la conducta objeto de la investigación y a subsanar, de ser el caso, los daños, perjuicios o efectos que hayan producido, que produzcan o que puedan producir en el mercado relevante y en los consumidores sus prácticas anticompetitivas. La Superintendencia de Control del Poder de Mercado tiene la facultad de suspender los términos y plazos del trámite hasta por ciento veinte días término para llegar a un compromiso, suspendiéndose los demás plazos previstos. La propuesta de compromiso será aprobada, modificada o rechazada hasta en el término de cuarenta y cinco días, que decurren desde la fecha de presentación de la propuesta.*

Sin embargo, para la aplicación de esta medida que en esencia es limitadora, debe cumplir con dos requisitos de procedencia: que la conducta sea subsumible a esta alternativa y

que la voluntad de emitir dicho compromiso provenga de operador económico procesado antes de que la causa se resuelva en primera instancia del proceso previsto en la LORCPM.

Para que un compromiso de cese sea admitido como una alternativa a la solución del proceso, debe considerar varios aspectos como es la voluntad de cesar la conducta, detallando, obviamente, la conducta a la que se refiere; la corrección de la medida y de ser posible remediar los daños ocasionados. Si el operador económico prevé estas condiciones en su compromiso, y de ser aceptado, el procedimiento sancionador ha de verse recortado y al operador económico no le serán interpuestas las sanciones previstas en la LORCPM.

#### 3.1.3.2.2. Fijación de multas

En virtud de que la Superintendencia de Regulación y Control de Poder de Mercado, como órgano administrativo llamado para evitar, prevenir, corregir, eliminar y sancionar las prácticas que atenten contra la competencia justa y equitativa; las sanciones que están dentro de la potestad asignada consisten en la imposición de multas sobre la base del daño causado.

Sin embargo, esta medida, lejos de eliminar el problema de raíz y deja la puerta abierta a realizar más actos que afecten la estabilidad del mercado o los derechos de los consumidores.

En este sentido, lo que establece la LORCPM (2011) en su artículo 79 al respecto de las sanciones es lo siguiente:

- a. Las infracciones leves con multa de hasta el 8% del volumen de negocios total de la empresa u operador económico infractor en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa.*
- b. Las infracciones graves con multa de hasta el 10% del volumen de negocios total de la empresa u operador económico infractor en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa.*
- c. Las infracciones muy graves con multa de hasta el 12% del volumen de negocios total de la empresa u operador económico infractor en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa.*

La fijación de multas, como una medida correctiva de los daños que los agentes económicos puedan llegar a ocasionar, está previsto en el artículo 79 de la LORCPM (2011)

que en su parte pertinente establece las situaciones en las cuales se requiere la aplicación de una multa de acuerdo con el daño producido.

En principio, establecer una multa como un mecanismo correctivo podría resultar suficiente y hasta justo, sin embargo, el verdadero problema recae sobre los casos de reincidencia. La SCPM se reserva el derecho a continuar estableciendo multas a quienes hayan abusado del poder de mercado, tomando como agravante el hecho anterior y por lo tanto sancionar con una multa superior a la previa, de acuerdo con el siguiente esquema:

La reincidencia, de acuerdo a lo que prevé el artículo 79 de la LORCPM (2011), se considerará circunstancia agravante, por lo que la sanción aplicable no deberá ser menor que la sanción precedente. La Superintendencia de Control del Poder de Mercado podrá imponer las multas de manera sucesiva e ilimitadamente en caso de reincidencia. En ese caso los umbrales del 8%, 10% y 12% del volumen de negocios total del infractor, relativos a todas sus actividades económicas correspondientes al ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa, establecidos en los literales a, b y c precedentes, no serán aplicables.

Asimismo, el artículo 80 de la LORCPM (2011) prevé los criterios para la determinación del importe de las sanciones entre los cuales figuran:

- a) *La dimensión y características del mercado afectado por la infracción.*
- b) *La cuota de mercado del operador u operadores económicos responsables.*
- c) *El alcance de la infracción.*
- d) *La duración de la infracción.*
- e) *El efecto de la infracción sobre los derechos y legítimos intereses de los consumidores y usuarios o sobre otros operadores económicos.*
- f) *Los beneficios obtenidos como consecuencia de la infracción.*
- g) *Las circunstancias agravantes y atenuantes que concurran en relación con cada una de las empresas u operadores económicos responsables.*

Al respecto de la fijación de multas como una medida correctiva a infracciones de competencia, (Pascual Pons, 2015) advierte el conflicto al que se enfrentan cuando se impone una multa a un operador económico, estableciendo que se contraponen el objetivo de disuasión y el principio de proporcionalidad.

El establecimiento de sanciones pecuniarias es quizá el método más utilizado a fin de prevenir y corregir acciones anticompetitivas. Sin embargo, este tipo de sanción debe ser tratada e impuesta con mucho cuidado para no incurrir en una desproporcionalidad.

Como se dijo en líneas anteriores, el establecimiento de sanciones está sujeto al derecho de legalidad, seguridad jurídica y proporcionalidad; por esta razón Carlos Pascual Pons (2015) concluye que la proporcionalidad exige que la multa impuesta deba ser calculada a cada caso concreto de forma individual y que guarde relación con el ilícito o el daño causado.

### **3.2. El desarrollo de la potestad sancionadora de un órgano administrativo dentro del Derecho Comparado**

Acerca del régimen sancionatorio en el Derecho Comparado, el chileno Eduardo Escalona, en su Informe comparado en Derecho de la libre competencia al respecto de países como Estados Unidos, Reino Unido, Unión Europea, Canadá, Australia y Chile reconoce cuatro tipos de sanciones: civiles, penales, administrativas y dentro de éstas la terminación de contratos, disolución de sociedades, etc.

Al respecto de las sanciones civiles, los países antes mencionados, tienen en común que contemplan la posibilidad de interponer acciones judiciales individuales, tendientes a indemnizar monetariamente el daño causado por actos anticompetitivo, ante las autoridades competentes, a fin de recuperar la pérdida causada. Sin embargo, en lo que respecta a las sanciones penales, en países, cuyo sistema jurídico es el *Common Law* (Estados Unidos, Reino Unido, Canadá y Australia) prevén sanciones penales como privación de libertad, además de una multa; no así en países con un sistema Germánico Romano (Unión Europea y Chile) no se contempla una regulación penal.

Asimismo, las sanciones administrativas previstas al respecto de actos anticompetitivos consisten en sanciones pecuniarias calculadas sobre la base de lo percibido a causa de la aplicación de prácticas anticompetitivas, sin embargo, distingue dos posibilidades: de que dicha sanción sea impuesta a título personal como Estados Unidos y Canadá, o impuesta a nivel de compañía como Reino Unido, Unión Europea, Australia y Chile.

Por otro lado, las sanciones administrativas de índole ajeno a sanciones pecuniarias consisten en terminación de contratos, disolución de sociedades, etc. En países como Estados Unidos contempla en su ordenamiento jurídico sanciones administrativas más drásticas pero estructurales, tendientes a eliminar de raíz la aplicación de conductas anticompetitivas. Así, por ejemplo, el caso de Rockefeller Vs. Estados Unidos a finales del siglo XIX, la justicia norteamericana tuvo que lidiar con los constantes abusos de Standard Oil, cuyo gobierno estaba a cargo de Jhon Rockefeller, poniendo barreras de entradas que hacían imposible el ingreso a nuevos competencia y estableciendo precios ínfimos para eliminar a la que ya tenían. Fue entonces que la justicia estadounidense a través de su Tribunal Superior de Justicia decidió fragmentar en 37 distintas compañías alegando que Standard Oil poseía demasiado poder de mercado y que su magnitud había alcanzado niveles inconmensurables (Standard Oil Co. of New Jersey v. United States, 1911)

Al respecto de los demás países objeto de este estudio: la Unión Europea, Canadá, Australia y Chile, establecen que la autoridad competente tenga la potestad de ordenar las medidas correctivas correspondientes a desincentivar dichos actos anticompetitivos, tales como: orden de cesación de conducta (Unión Europea), desinversión en activos o derechos (Canadá), inhabilidad de dirigir una compañía (Australia) o modificación de contratos o acuerdos contrarios a la libre competencia (Chile) (Escalona Vásquez, 2013) .

En conclusión, extrapolando a la situación en Ecuador los tipos de sanciones analizadas, se desprende que en el ordenamiento jurídico ecuatoriano no está prevista la aplicación de sanciones penales, sin embargo, es posible plantear dos tipos de sanciones, las sanciones civiles, cuya finalidad será la de resarcir los daños a los directamente perjudicados a causa de conductas anticompetitivas y sanciones administrativas, cuya aplicación gira en torno al establecimiento de multas sobre la base del volumen de negocios a cargo de la SCPM, así como disponer la desinversión o escisión de las compañías, aunque no exista un desarrollo normativo al respecto.

### **3.3. Aplicación de la escisión de sociedades mercantiles como una medida sancionatoria al abuso de poder de mercado**

Luego de estudiar la institución de la escisión de sociedades mercantiles y el abuso de poder de mercado respectivamente, corresponde analizar la aplicación de este acto societario de forma oficiosa a fin de sancionar el abuso de poder de mercado.

En primer lugar, conviene determinar la relación entre los órganos estatales que intervienen, tanto en el proceso de escisión de sociedades mercantiles, como en el proceso sancionatorio de abuso de poder mercado, con el propósito de establecer un proceso óptimo, precautelando los principios constitucionales.

Ahora bien, conforme a lo que determina la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado en su artículo 36, ordena la creación de la Superintendencia de Control de Poder de Mercado, como el órgano legitimado para que ejerza la titularidad y el ejercicio de las acciones correspondientes a, entre otras, el abuso de poder de mercado. Esto quiere decir que, la SCPM tiene la potestad de sancionar, sobre la base de los hechos, conductas que impidan, restrinjan, falseen o distorsionen la competencia, siempre que dichos actos sean motivados y la sanción impuesta, sea proporcional a los hechos.

En lo que respecta al proceso de escisión de sociedades mercantiles, como se explicó en el Capítulo I de la presente disertación, es interpuesto ante la Superintendencia de Compañías, a fin de que ésta, como organismo técnico y fiscalizador de los actos societarios que realicen los representantes de las compañías, ejerza su control conforme al ámbito de su competencia.

La aplicación de la escisión de sociedades, como una medida sancionatoria, deberá consistir en un trabajo conjunto entre la Superintendencia de Control de Poder de Mercado, y la Superintendencia de Compañías. Como se dijo, la titularidad de determinar la existencia de abuso de poder de mercado le corresponde a la SCPM, y la obligación de controlar cómo se llevará a cabo el proceso escisorio, le corresponde a la Superintendencia de Compañías.

Conviene entonces que la SCPM, una vez que haya concluido el trámite sancionatorio correspondiente y en efecto, se haya determinado la existencia de abuso de poder de mercado y, que la escisión es el único medio para restablecer la competencia; a través de un acto administrativo, oficie a la Superintendencia de Compañías, a fin de que ésta se encargue del proceso escisorio correspondiente, aplicándolo de forma oficiosa.

Respecto al acto administrativo a través del cual ha de oficiarse la SCPM a la Superintendencia de Compañías, es importante considerar que, en primer lugar, en aplicación a lo que determina la Constitución del Ecuador (2008), en su artículo 76, numeral 7, literal 1, deberá ser motivado, enunciando las normas jurídicas sobre las cuales se basa la aplicación de la escisión de sociedades, como una sanción al abuso de poder de mercado.

Es importante aclarar algunos aspectos de esta institución, que eventualmente serán modificados a causa de convertirse en una sanción. Ahora bien, se estableció, entre otras cosas, los elementos constitutivos de la escisión de sociedades y se puntualizó los siguientes:

- a) Fragmentación o división en bloque en dos o más partes del patrimonio social.
- b) Transmisión en bloque de cada fracción patrimonial, a las sociedades beneficiarias
- c) La atribución a los socios de la sociedad escidente de las acciones o participaciones procedentes de las sociedades beneficiarias, adquiriendo la condición de socios de tales sociedades.

A propósito de la naturaleza volitiva de la escisión, se dijo también que, al ser un acto societario que modifica estructuralmente el contrato social, requerirá aprobación del máximo órgano de gobierno de la compañía escidente y de las compañías beneficiarias.

Sobre las consideraciones anteriores, en aplicación a lo que implica sancionar a una compañía con la escisión de sociedades: tanto el derecho que tienen los socios sobre las participaciones o acciones que se transfieren del bloque patrimonial escindido, como el derecho del máximo órgano de gobierno de la compañía a decidir acerca de la escisión, no tendría lugar cuando la escisión haya sido forzosa.

Dicho esto, conviene analizar cuándo se ha de aplicar la escisión de forma oficiosa a fin de sancionar el abuso de poder de mercado, al respecto de aquello, es importante considerar que esta medida, por modificar estructuralmente la compañía, deberá ser aplicada en los casos que conforme a lo que determina el artículo 79 de la LORCPM: “*La Superintendencia de Control del Poder de Mercado podrá ordenar desinvertir, dividir o escindir en los casos en los que determine que es el único camino para restablecer la competencia*” por considerarse que la magnitud del daño causado es considerablemente superior a las que ameritan quizá una sanción pecuniaria y finalmente, esto, sustentado en informes técnicos que respalden dicha aseveración, también ha de considerarse la reincidencia de aquella compañía.

Sobre las consideraciones anteriores, cabe indicar que el universo sobre las cuales puede una compañía abusar de su posición de dominio, se encuentran establecidas en el artículo 9 de la LORCPM (2011). En base a aquello, lo que debe determinar la SCPM, es en qué medida esa conducta afecta a la competencia y, en definitiva, al consumidor y sus derechos, y dependiendo del resultado que se obtenga de dicho análisis, considerar cuál es la vía idónea para contrarrestar dicha actuación. Si se determina que el daño es de tal magnitud y que una sanción pecuniaria no podría eliminar el problema, entonces ha de establecerse la escisión como sanción al abuso de poder de mercado.

En resumen, la escisión de sociedades, aplicada como sanción, ha de ser la última opción a fin de sancionar el abuso de poder de mercado, dado que esta medida es reformativa del contrato social. Es decir, la escisión será una medida de *ultima ratio*, debiendo buscar otras alternativas para eliminar el problema.

Ahora bien, a fin de entender mejor la aplicabilidad de la escisión de sociedades frente al abuso de poder de mercado, es pertinente analizar el caso *Standard Oil & Co. V. United States*, por ser conocido de trascendencia histórica:

En 1980, el congreso estadounidense aprobó la promulgación de la Ley Sherman, también conocida como *Sherman Act o Anti-Trust Act*. En 1906 se inician las acciones correspondientes contra *Standard Oil Company* acusada principalmente por actos restrictivos

de la competencia cuya posición de dominio era del noventa por ciento de negocio del petróleo en todas sus fases de producción hasta la venta, lo cual le permitía interferir directamente en los precios del petróleo y sus derivados, que a su vez acarreó la restricción de la competencia y el eventualmente la creación de un monopolio del petróleo.

Conforme a lo que se estableció acerca de la posición de dominio, es que consiste en la facultad que tiene un agente económico para interferir en la aplicación de precios de forma independiente y al ser *Standard Oil Company*, una compañía que abarcaba todas las etapas del proceso de producción del petróleo, ésta podía aplicar los precios de acuerdo a su conveniencia, por lo tanto es innegable que dicha compañía tenía un elevado nivel de poder de mercado, sin embargo, esto, en sí mismo, no constituye una infracción, salvo que haya un abuso de éste, al respecto, Luis Enrique Cuervo Pontón, en su libre “Introducción al Derecho y la política de petróleos” plantea cuáles fueron las acusaciones concretas que a *Standard Oil Company*:

*“(...) la obtención de rebajas y preferencias de parte de las compañías férreas, así como prácticas discriminatorias, monopolio de oleoductos y prácticas desleales contra oleoductos competidores, celebración de contratos con compañías competidoras para restringir el comercio, espionaje de los negocios de la competencia, utilización de medios desleales de competencia como drásticas reducciones de precios para eliminar la competencia, y la obtención de grandes y desproporcionados ingresos (...)”* (Cuervo Pontón, 2001)

Finalmente, la Corte Suprema de Justicia estadounidense, concluyó que hubo un aprovechamiento ilegal de la competencia con la intención de excluir al resto de competidores y que, en otros casos resultada suficiente impedir la ejecución de dichas conductas en el futuro, sin embargo, en este caso no lo consideró suficiente, por lo tanto, el único camino para neutralizar el poder ilegítimamente obtenido por *Standard Oil Company*, era ordenando la escisión de ésta, a fin de que se restablezca la competencia. Fue entonces esto dio paso a la creación de nuevas petroleras cuyas condiciones de competencia iban a ser más justas y equitativas.

## 4. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

### 4.1. Conclusiones

De la elaboración de la presente disertación, es posible concluir lo siguiente:

- a. La escisión de sociedades mercantiles es una institución correspondiente al Derecho Societario, que resulta ser una herramienta muy útil a fin de desincentivar el abuso de poder de mercado, puesto que modifica estructuralmente a la sociedad.
- b. El bien jurídico protegido por el Derecho de Competencia, en definitiva, es el bienestar de los consumidores y esto sólo será posible si las condiciones del mercado son equitativas, por esta razón es que el Estado no sanciona el poder de mercado, sanciona el abuso de éste, dado que sancionar el poder de mercado, sería el equivalente a sancionar el desarrollo de una compañía, no así con el abuso de poder de mercado, porque estas prácticas atentan contra la eficiencia económica.
- c. La definición de mercado relevante, es el paso más importante al momento de determinar el abuso de poder de mercado, dado que si el mercado relevante delimitado es demasiado amplio, el umbral de determinación de sanciones sería demasiado elevado, lo que acarrearía la falta de aplicación de sanciones a conducta que efectivamente atentan contra la competencia, del mismo modo ocurre en los casos que la determinación del mercado relevante sea estrecha, el campo de visión de conductas abusivas se reduce a determinar conductas lícitas como abusivas.
- d. El artículo 1 de la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado, acerca del abuso de poder de mercado, establece lo siguiente: *“El objeto de la presente Ley es evitar, prevenir, corregir, eliminar y sancionar el abuso de operadores económicos con poder de mercado”*, sin embargo, como se estableció, al respecto de las sanciones, la aplicación de multas no implica una eliminación como tal del abuso de poder de mercado.

No obstante, la SCPM se reserva el derecho a sancionar con la escisión cuando considere que no existe otro medio para restablecer la competencia, sin embargo, no se desarrolla normativamente dicha salvedad, lo cual es muy peligroso, puesto que atenta con el principio de legalidad y proporcionalidad. Al ser la escisión, una sanción prevista en la LORCPM, necesariamente se requiere de un exhaustivo desarrollo normativo al respecto.

- e. Las sanciones administrativas, al tenor de lo que establece la Constitución del Ecuador, deben guardar relación con los principios constitucionales, pues resulta peligroso la aplicación de una sanción, cuyo desarrollo normativo no existe, pues la magnitud de la infracción puede no requerir de la aplicación de la escisión, entonces se estaría vulnerando el principio de proporcionalidad y al no establecer la conducta y su respectiva sanción, se trasgrede el principio de legalidad.
- f. Es fundamental la aplicación de medidas sancionatorias y correctivas a la luz de los principios de inocencia y de debido proceso, sin que ello pueda desembocar en arbitrariedades por parte de la autoridad sancionatoria.
- g. La aplicación de conductas anticompetitivas, están ligadas no solo a la ostentación de abuso de poder de mercado, sino también a la existencia de barreras de entrada al mercado y pocos bienes sustitutos.
- h. La escisión sería aplicable a los casos que, como se observó en el ejemplo mencionado en el apartado 3.3. *Aplicación de la escisión de sociedades mercantiles como una medida sancionatoria al abuso de poder de mercado*, en el que concurrieron varias infracciones anticompetitivas como la fijación de precios predatorios, prácticas discriminatorias, espionaje de los negocios de la competencia, etc. Por lo tanto, para que se configure un caso de escisión forzosa en Ecuador, la conducta deberá estar prevista en el artículo 19 de la LORCPM (2011) que sean de tal magnitud, que las convierta en susceptibles de dicha sanción como son: dificultar permanencia o expansión de competidores, la fijación de precios predatorios, barreras de entrada,

discriminación de precios, incitación a terceros a no comprar, imposición de cláusulas de no competencia.

- i. Finalmente, conforme a lo que determina la LORCPM, acerca del desarrollo de las sanciones previstas en el artículo 79, éstas son predominantemente pecuniarias, establece un porcentaje de sanción dependiendo de la gravedad de la infracción, no obstante, acerca de la escisión en sí misma, no desarrolla dicha sanción, en base a aquello, se concluye que la aplicación de dicha ley es de *ultima ratio*, por lo que ha de aplicarse a conductas que superen por mucho los límites a las sanciones establecidas.

#### **4.2. Recomendaciones**

- a. A fin de evitar la arbitrariedad de las autoridades estatales dentro de los procesos sancionatorios y de limitar la vulneración a los principios constitucionales de presunción de inocencia y de legalidad, es de vital importancia incorporar al texto normativo el desarrollo acerca de la escisión y de esta manera limitar la posibilidad de incurrir en sanciones basadas en la discrecionalidad de la autoridad.
- b. Las sanciones aplicables al abuso de poder de mercado deberán ser de forma progresiva y tendientes a eliminar el problema en base al principio de proporcionalidad. En este sentido conviene la aplicación de medidas correctivas, como son los *compromisos de cese*, en el cual se establezca la condición de escisión en los casos de reincidencia.
- c. La escisión de sociedades mercantiles deberá ser aplicada de *ultima ratio* a conductas que restrinjan la competencia, menoscaben los derechos de los consumidores y que supere por mucho los umbrales en el artículo 79 de la LORCPM.
- d. Los actos administrativos son válidos, en la medida que estos sean motivados y vayan acorde al ordenamiento jurídico ecuatoriano, sin embargo, para que, en lo posterior, el acto administrativo a través del cual se ordene la aplicación de la escisión de

sociedades mercantiles no sea declarado nulo, debe existir desarrollo normativo al respecto de la aplicación de la escisión como sanción.

## BIBLIOGRAFÍA

1. Alonso Espinsa, F. (1999). Fusión y escisión de sociedades. *Anales de Derecho. Universidad de Murcia. N°17*, 14 - 24.
2. Álvarez Avendaño, J. A., & Lizana Anguita, C. (1995). *Dumping y competencia desleal*. Santiago - Chile: Editorial Jurídica de Chile.
3. Álvarez Lodroño, L. F. (2008). *Últimas tendencias en Derecho de la Competencia en América Latina*. Obtenido de Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM: <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/vniver/cont/115/cnt/cnt11.pdf>
4. Au Ahumada, A. (Abril de 2001). *Colección Digital UANL*. Obtenido de Listar Tesis Maestría por autor: <http://cdigital.dgb.uanl.mx/te/1020145763.pdf>
5. Ayala Ruela, K. (Noviembre de 2003). *Universidad Autónoma de Nuevo León*. Obtenido de ASPECTOS RELEVANTES DE LA ESCISION DE SOCIEDADES EN NUESTRO PAIS COMPARADO CON LA LEGISLACION ESPAÑOLA : <http://eprints.uanl.mx/5362/1/1020149192.PDF>
6. Botteri, J., & Coste, D. (2012). Un enfoque sistémico sobre modos de afrontar crisis societarias. *Revista Argentina sobre Derecho Societario - Número 1 - Marzo 2012*, 6.
7. Bullard González, A. (25 de Marzo de 1998). *THEMIS, Revista de Derecho Nro. 36*. Obtenido de Pontificia Universidad Católica de Perú: <file:///C:/Users/veros/Downloads/Dialnet-DejarCompetirONoDejarCompetirHeAhiElDilemaLasPract-5109699.pdf>
8. Carrasco Torrontegui, P. R. (2011). *Análisis de la decisión 608 de la Comunidad Andina sobre protección y promoción de la competencia, y perspectivas sobre su aplicación en el Ecuador*. Obtenido de Universidad Andina Simón Bolívar - Sede Ecuador: <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/2783/1/T0986-MDE-Carrasco-An%C3%A1lisis%20de.pdf>

9. Celani, M., & Stanley, L. (2003). *Política de competencia en América Latina N° 142*. Obtenido de Comisión Económica para América Latina y el Caribe: [https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/4532/S037469\\_es.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/4532/S037469_es.pdf?sequence=1&isAllowed=y)
10. Coloma, G. (2009). *La discriminación de precios y la defensa de la competencia*. Obtenido de Universidad del CEMA: <http://www.ucema.edu.ar/u/gcoloma/discrim.pdf>
11. Commager, H. S. (1949). *La lucha antitrust: la ley Sherman*. Obtenido de La Era de Hobsbawm: <https://laeradehobsbawm.wordpress.com/materiales-sobre-la-era-del-imperio/materiales-para-historia-de-la-era-del-imperio/textos-para-historia-de-la-era-del-imperio/la-lucha-antitrust-la-ley-sherman-1890/>
12. Constitución de la República del Ecuador, C. (20 de Octubre de 2008). CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR 2008. Registro Oficial 449 de 20-oct-2008.
13. Cuervo Pontón, L. E. (2001). *Introducción al derecho y la política petrolera*. Obtenido de Pontificia Universidad Javeriana: <https://books.google.com.ec/books?id=4dC17BK1BxUC&pg=PA49&dq=caso+standard+oil+vs+usa&hl=es-419&sa=X&ved=0ahUKEwi6vyjso43bAhVM2lMKHfRACLYQ6AEIJjAA#v=onepage&q&f=false>
14. Díez Estrella, F. (2016). *Tema 11. El derecho de defensa de la Competencia*. Obtenido de Temario D° Mercantil I – C. U. Villanueva – Curso 2016/17: [http://www.fernandodiezestrella.com/derecho\\_mercantil\\_1/tema\\_11.pdf](http://www.fernandodiezestrella.com/derecho_mercantil_1/tema_11.pdf)
15. Escalona Vásquez, E. (2013). *Informe comparado en derecho de la libre competencia*. Obtenido de Estudio de Trasfondo Grupo Res Pública Chile - Capítulo 6. Más competencia y protección efectiva de los consumidores: [https://ppuweb.s3.amazonaws.com/uploads/article/file\\_name/639/informe-comparado-en-derecho-de-la-libre-competencia-eduardo-escalona.pdf](https://ppuweb.s3.amazonaws.com/uploads/article/file_name/639/informe-comparado-en-derecho-de-la-libre-competencia-eduardo-escalona.pdf)

16. Flint Blanck, P. (2002). *Tratado de defensa de la libre competencia*. Obtenido de Google E-Books:  
[https://books.google.com.ec/books?id=v3ckqiVcH4AC&pg=PA1140&dq=REGLA+DE+LA+RAZON+Y+PER+SE&hl=es-419&sa=X&ved=0ahUKEwjxnN\\_T3PjZAhVxtlkKHZeBA0Q6AEIJjAA#v=onepage&q&f=true](https://books.google.com.ec/books?id=v3ckqiVcH4AC&pg=PA1140&dq=REGLA+DE+LA+RAZON+Y+PER+SE&hl=es-419&sa=X&ved=0ahUKEwjxnN_T3PjZAhVxtlkKHZeBA0Q6AEIJjAA#v=onepage&q&f=true)
17. Flores Orellana, P. (Diciembre de 2014). *Universidad de Cuenca - Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Políticas y Sociales*. Obtenido de El abuso de Poder de Mercado en la Legislación Ecuatoriana:  
<http://dspace.ucuenca.edu.ec/bitstream/123456789/21036/1/EL%20ABUSO%20DE%20PODER%20DE%20MERCADO%20EN%20LA%20LEGISLACION%20ECUATORIANA%20FINAL.pdf>
18. Fornells de Frutos, J. (N° 2802,2004). Derecho de competencia en Estados Unidos. *Boletín Económico ICE, Información Comercial Española, ISSN 0214-8307, 45-58.*
19. Gasull Pérez-Llorca, O. A. (2006). La discriminación de precios como abuso de posición dominantes. En A. J. Martínez Lage, *El abuso de la posición de dominio* (págs. 299 - 312). Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A.
20. Gattari, C. N. (2004). *Manual de Derecho Notarial*. Buenos Aires - Argentina: Lexis Nexis.
21. Ghersi Rassi, O., & Arosemena Burbano, F. (2017). *LA REGLA DE LA RAZÓN Y CONDUCTAS PER SE ILEGALES EN EL DERECHO DE LA COMPETENCIA ECUATORIANO: REFLEXIONES PARA LA APLICACIÓN DE LA LEY DE REGULACIÓN Y CONTROL DE PODER DE MERCADO*. Obtenido de Arosemena, Burbano y Asociados - Estudio Jurídico de Propiedad Intelectual:  
<http://www.rosemenaburbanoyasociados.com/archivos/ArticuloReglasPerseYdeLaRazonEnElDerechoDeLaCompetenciaEcuatoriano.pdf>
22. Ghiani, A. (16 de Febrero de 2016). *Universidad Internacional de la Rioja*. Obtenido de La fijación de precios predatorios como práctica anticompetitiva:

[https://reunir.unir.net/bitstream/handle/123456789/3544/GHIANI%20%2c%20ALES SIO.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://reunir.unir.net/bitstream/handle/123456789/3544/GHIANI%20%2c%20ALES%20SIO.pdf?sequence=1&isAllowed=y)

23. Gómez Cotero, J. d. (2014). *Fusión y escisión de sociedades mercantiles: efectos fiscales y aspectos corporativos*. México: Themis.
24. González de Cossío, F. (Enero - Abril de 2006). Discriminación de precios, dumping y depredación. Tres disciplinas, un fenómeno económico. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año XXXIX, num. 115*, 125 - 146.
25. González Márquez, C. (22 de agosto de 2017). *Biblioteca Jurídica Virtual de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*. Obtenido de Revista de Derecho Notarial Mexicano, Num. 102, México, 1991: <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dernotmx/cont/102/est/est4.pdf>
26. González-Meneses, M., & Álvarez, S. (2011). *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*. Obtenido de vLex Global: <https://app.vlex.com/#WW/vid/328975731>
27. Grijalva Jiménez, A., & Troya Jaramillo, J. V. (2003). *Elementos para un derecho de la competencia en el Ecuador*. Obtenido de Foro: Revista de derecho, No. 1 / UASB-Ecuador / CEN: <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/1811/1/RF-01-TC-Grijalva.pdf>
28. Gutiérrez Rodríguez, J. D., Castro Gaitán, C., Fandiño Reyes, C., Garavito Pérez, P., Jaramillo Vidales, N., & Rico Sandoval, L. (2006). *EL DERECHO DE LA COMPETENCIA EN AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE*. Obtenido de Análisis, comparación y recopilación de las principales legislaciones de libre competencia: <http://cendoc.sc.gob.sv/textocompleto/939.pdf>
29. Hernández Gazzo, J. L. (1997). Reorganización de sociedades: fusión y escisión. *IUS ET VERITAS N°14*, 27-36.
30. Hoffmann-La Roche & Co. AG Vs. Comisión de las Comunidades Europeas, 85/76 (Tribunal de Justicia de la Unión Europea 13 de Febrero de 1979).

31. Hurtado Uriarte, J. (2012). *Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá*. Obtenido de Parámetros jurídicos en los procesos de escisión de sociedades comerciales en Colombia:  
<https://repository.javeriana.edu.co/bitstream/handle/10554/9999/HurtadoUriarteJose2012.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
32. IESS - RECAPT, 17811-2016-01271 (Corte Nacional de Justicia 03 de Octubre de 2017).
33. Iglesias Coronel, C. P. (2003). *Universidad de Chile*. Obtenido de Facultad de Derecho - Departamento de Derecho Comercial:  
[http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/107363/de-iglesias\\_c.pdf?sequence=3&isAllowed=y](http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/107363/de-iglesias_c.pdf?sequence=3&isAllowed=y)
34. Krugman, P., Wells, R., & Olney, M. (2008). *Fundamentos de la Economía*. Barcelona: Reverté.
35. Ley 222, 1. (1995). *POR LA CUAL SE MODIFICA EL LIBRO II DEL CODIGO DE COMERCIO, SE EXPIDE UN NUEVO REGIMEN DE PROCESOS*. Colombia: EL CONGRESO DE COLOMBIA.
36. Ley de Compañías, L. (1999). Registro Oficial Nro. 312.
37. Ley de Régimen Tributario Interno, L. (17 de Noviembre de 2004). LEY DE RÉGIMEN TRIBUTARIO INTERNO. *Ley Orgánica N° 2004-026*. Registro Oficial 463.
38. Ley General de Sociedades Mercantiles, M. (4 de Agosto de 1934). LEY GENERAL DE SOCIEDADES MERCANTILES. *Nueva Ley publicada en el Diario Oficial de la Federación el 4 de agosto de 1934*. México: CÁMARA DE DIPUTADOS DEL H. CONGRESO DE LA UNIÓN.
39. LORCPM, L. O. (13 de Octubre de 2011). Quito, Ecuador: Registro Oficial Suplemento 555.

40. Mac Donald, A. F. (29 de Agosto de 2013). *Análisis económico y jurídicos de la discriminación de precios en el marco de competencia*. Obtenido de Revista Electrónica de Derecho Comercial: <http://www.derecho-comercial.com/Doctrina/afmd-01.pdf>
41. Medina Altamirano, S. D. (2013). *La escisión como medio de aprovechamiento de recursos y desconcentración de las Sociedades Mercantiles*. Cuenca - Ecuador: Universidad del Azuay.
42. Milind M., L. (1992). *Desarrollo del apalancamiento estratégico*. Madrid - España: Ediciones Díaz de Santos S.A.
43. Miranda Londoño, A., & Guitierrez Rodríguez, J. D. (2007). *Revista Boliviana de Derecho*. Obtenido de Historia del Derecho de la Competencia: <http://www.redalyc.org/pdf/4275/427539903013.pdf>
44. Morán Montero, E. A. (2014). *ANÁLISIS DE LA INSTITUCIÓN PÚBLICA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO EN EL ECUADOR FRENTE A LOS ÓRGANOS DE CONTROL DE LA COMPETENCIA EN EL DERECHO COMPARADO*. Obtenido de PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR - FACULTAD DE JURISPRUDENCIA: <http://repositorio.puce.edu.ec/bitstream/handle/22000/8063/TESIS%20ERICK%20MOR%C3%81N.pdf?sequence=1>
45. Navarro Zermeño, J. I. (Septiembre de 2014). *Herramientas del Análisis de Competencia*. Obtenido de Comisión Federal de Competencia Económica: [http://fldm.edu.mx/libreintercambio/documentos/seminario/1/Mercado%20Relevante\\_INZ.pdf](http://fldm.edu.mx/libreintercambio/documentos/seminario/1/Mercado%20Relevante_INZ.pdf)
46. Nicholson, W. (2006). *Teoría microeconómica, principios básicos y ampliaciones*. Madrid - España: Thomson Editores Spain.
47. Oleo Banet, F. (1995). *La escisión de la sociedad anónima*. Madrid: Edit. Civitas S.A.

48. Pascual Pons, C. (2015). *Proporcionalidad y disuasión en la fijación de las multas por infracciones de competencia. Alternativas tras la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015*. Obtenido de KPMG Competition Economics: <http://www.osservatorioantitrust.eu/es/wp-content/uploads/2015/06/Pascual-Proporcionalidad-y-di-suasio%C3%ACn-RADC-25-Junio-2015.pdf>
49. Pinzón, G. (1983). *Sociedades comerciales*. Bogotá: Editorial Temis.
50. Pozo Neira, F. T. (2013). *El Abuso de Poder de Mercado y la Fijación de Precios Predatorios en la Legislación Ecuatoriana*. Obtenido de Universidad del Azuay: <http://dspace.uazuay.edu.ec/bitstream/datos/3185/1/09959.pdf>
51. Quintana, E. (Mayo de 2013). *Análisis de las funciones del Indecopi a la luz de las decisiones de sus órganos resolutivos*. Obtenido de INDECOPI, Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual: [http://repositorio.indecopi.gob.pe/bitstream/handle/11724/5564/libre\\_competencia.pdf?sequence=1](http://repositorio.indecopi.gob.pe/bitstream/handle/11724/5564/libre_competencia.pdf?sequence=1)
52. Ramírez Torres, P. A., Moreno Aroca, K., Martínez, O. E., & Naranjo Bogotá, A. (2014). *EFFECTOS DE LA TRANSFORMACIÓN, FUSIÓN Y ESCISIÓN DE LAS SOCIEDADES COMERCIALES EN COLOMBIA (1990-2012)*. Obtenido de UNIVERSIDAD LIBRE FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS CENTRO DE INVESTIGACIONES SOCIO JURÍDICAS BOGOTÁ D.C. 2014: <http://repository.unilibre.edu.co/bitstream/handle/10901/7723/RamirezTorresPaolaAndrea2014.pdf?sequence=1>
53. Reglamento de publicación de extractos y de oposición por parte de terceros de la Superintendencia de Compañías, V. y. (25 de Noviembre de 2015). *Resolución No. SCVSDNCDN2015015*. Registro Oficial 635.
54. REYES VILLAMIZAR, F. (2000). *Transformación, Fusión & Escisión de Sociedades*. Santa Fe de Bogotá - Colombia: Editorial Temis S.A.

55. Rojas Leo, J. F. (2008). *El abuso de posición de dominio en el mercado en la legislación nacional*. Obtenido de INDECOPI - Perú: [https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/obrasportales/op\\_20101207\\_03.pdf](https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/obrasportales/op_20101207_03.pdf)
56. Rosero Marcillo, M. J. (2017). *La potestad sancionadora del SERCOP a las entidades contratantes, por la omisión en el registro de incumplimientos*. Obtenido de Universidad Andina Simón Bolívar : <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/5826/1/T2395-MDCP-Rosero-La%20potestad.pdf>
57. Samuelson, P. A., & Nordhaus, W. D. (2002). *Economía*. Madrid: Mc Graw Hill.
58. Santos Dávalos , O. R. (2012). *“Análisis de los fundamentos económicos de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado*. Obtenido de UNIVERSIDAD TÉCNICA PARTICULAR DE LOJA: <http://dspace.utpl.edu.ec/bitstream/123456789/6760/1/Tesis%20Santos%20Davalos%20Oswaldo%20Rodrigo.pdf>
59. Schettino, M. (2002). *Introducción a la economía para no economistas*. México: Pearson Educación.
60. Standard Oil Co. of New Jersey v. United States, 221 U.S. (Supreme Court 1911).
61. Tarziján M., J., & Paredes M., R. (2006). *Organización industrial para la estrategia empresarial*. México: Pearson Educación.
62. URÍA GONZÁLEZ, R. (1999). *Derecho Mercantil*. Madrid - España: Civitas.
63. Vasconcelos Allende, G. d. (1995 Núm. 23). *Notas para el estudio de la escisión de sociedades. Revista Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, P. 477.
64. Vidal Díez, I. (2004). *Cómo conquistar el mercado con una estrategia CRM*. Obtenido de Google E-Books: <https://books.google.com.ec/books?id=XLEVkuXa99UC&pg=PA98&dq=cuota+del+>

mercado&hl=es-419&sa=X&ved=0ahUKEwj7-  
a\_9\_8bYAhWrS98KHRbkC0UQ6AEIJjAA#v=onepage&q&f=false

65. Villacís Caizaluisa, G. R. (2016). *PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR - FACULTAD DE CIENCIAS ADMINISTRATIVAS Y CONTABLES*. Obtenido de PROCESO DE ESCISIÓN DE LA ACTIVIDAD DE EXPLOTACIÓN MINERA. CASO: SEER INTERNATIONAL SERVICES CÍA. LTDA.: <http://repositorio.puce.edu.ec/bitstream/handle/22000/12322/Trabajo%20de%20Titulaci%C3%B3n.pdf?sequence=1>



PARA GRADOS ACADÉMICOS DE ABOGADOS (TERCER NIVEL)

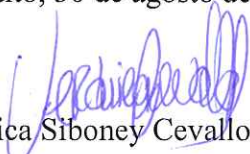
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR

DECLARACIÓN y AUTORIZACIÓN

Yo, **VERÓNICA SIBONEY CEVALLOS FUENTES** C.I. **210033027-9** autor del trabajo de graduación intitulado: **“La escisión de sociedades mercantiles como una medida sancionatoria al abuso de poder de mercado”**, previa a la obtención del título profesional de **ABOGADA** en la Facultad de **JURISPRUDENCIA**:

- 1.- Declaro tener pleno conocimiento de la obligación que tiene la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, de conformidad con el artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior, de entregar a la SENESCYT en formato digital una copia del referido trabajo de graduación para que sea integrado al Sistema Nacional de Información de la Educación Superior del Ecuador para su difusión pública respetando los derechos de autor.
- 2.- Autorizo a la Pontificia Universidad Católica del Ecuador a difundir a través de sitio web de la Biblioteca de la PUCE el referido trabajo de graduación, respetando las políticas de propiedad intelectual de Universidad.

Quito, 30 de agosto de 2018

  
Verónica Siboney Cevallos Fuentes  
C.I. 210033027-9




**REPÚBLICA DEL ECUADOR**  
 DIRECCIÓN GENERAL DE REGISTRO CIVIL,  
 IDENTIFICACIÓN Y CEDULACIÓN

CÉDULA DE CIUDADANÍA No. 210033027-9  
 APELLIDOS Y NOMBRES: CEVALLOS FUENTES VERONICA SIBONEY  
 LUGAR DE NACIMIENTO: LAGO AGRIO, NUEVA LOJA  
 FECHA DE NACIMIENTO: 1994-06-26  
 NACIONALIDAD: ECUATORIANA  
 SEXO: MUJER  
 ESTADO CIVIL: SOLTERO




INSTRUCCIÓN: SUPERIOR  
 PROFESIÓN / OCUPACIÓN: ESTUDIANTE  
 APELLIDOS Y NOMBRES DEL PADRE: CEVALLOS ALDAS EDWIN ARTURO  
 APELLIDOS Y NOMBRES DE LA MADRE: FUENTES ZURITA MARTHA PIEDAD  
 LUGAR Y FECHA DE EXPEDICIÓN: QUITO, 2018-04-17  
 FECHA DE EXPIRACIÓN: 2028-04-17

V13331122  
 001517309

 DIRECTOR GENERAL  
 FIRMA DEL CEDULADO





**CERTIFICADO DE VOTACIÓN**  
 ELECCIONES GENERALES 2017  
 2 DE ABRIL 2017

003 JUNTA No.  
 003 - 061 NÚMERO  
 2100330279 CÉDULA

CEVALLOS FUENTES VERONICA SIBONEY  
 APELLIDOS Y NOMBRES

PICHINCHA PROVINCIA  
 QUITO CANTÓN  
 IÑAQUITO PARROQUIA

CIRCUNSCRIPCIÓN: 1  
 ZONA: 1




**ECUADOR ELIGE CON TRANSPARENCIA**  
 ELECCIONES 2017  
 GARANTIZAMOS TU DECISIÓN

CIUDADANA (O):

ESTE DOCUMENTO ACREDITA QUE USTED SUFRAGÓ EN LAS ELECCIONES GENERALES 2017  
 ESTE CERTIFICADO SIRVE PARA TODOS LOS TRÁMITES PÚBLICOS Y PRIVADOS

 J. J. RODRÍGUEZ  
 PRESIDENTE DE LA JRV  
 IMP. IGM.MJ

