

**UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO
USFQ**

Colegio de Jurisprudencia

**Responsabilidad de la casa matriz por infracciones de
Derecho de Competencia en Ecuador**

Manuela María Castro Jalil

Jurisprudencia

Trabajo de fin de carrera presentado como requisito
para la obtención del título de Abogada

Quito, 15 de abril de 2022

© DERECHOS DE AUTOR

Por medio del presente documento certifico que he leído todas las Políticas y Manuales de la Universidad San Francisco de Quito USFQ, incluyendo la Política de Propiedad Intelectual USFQ, y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo quedan sujetos a lo dispuesto en esas Políticas.

Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo en el repositorio virtual de conformidad con lo dispuesto en la Ley Orgánica de Educación Superior del Ecuador.

Nombres y apellidos: Manuela María Castro Jalil

Código: 00204829

Cédula de identidad: 0920454725

Lugar y fecha: Quito, 15 de abril de 2022

ACLARACIÓN PARA PUBLICACIÓN

Nota: El presente trabajo, en su totalidad o cualquiera de sus partes, no debe ser considerado como una publicación, incluso a pesar de estar disponible sin restricciones a través de un repositorio institucional. Esta declaración se alinea con las prácticas y recomendaciones presentadas por el Committee on Publication Ethics COPE descritas por Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing, disponible en <http://bit.ly/COPETHeses>.

UNPUBLISHED DOCUMENT

Note: The following capstone project is available through Universidad San Francisco de Quito USFQ institutional repository. Nonetheless, this project – in whole or in part – should not be considered a publication. This statement follows the recommendations presented by the Committee on Publication Ethics COPE described by Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing, available on <http://bit.ly/COPETHeses>.

**RESPONSABILIDAD DE LA CASA MATRIZ POR INFRACCIONES DE DERECHO DE COMPETENCIA EN
ECUADOR¹**

PARENT COMPANY LIABILITY DUE TO COMPETITION LAW INFRINGEMENTS IN ECUADOR

Manuela María Castro Jalil²
manuelacastroj45@gmail.com

RESUMEN

A través de una metodología deductivo-analítica, el presente trabajo estableció el alcance del Derecho de Competencia ecuatoriano para extender la responsabilidad a casas matrices por infracciones de sus subsidiarias en sede administrativa. La extensión de responsabilidad se basa en los criterios de vinculación por propiedad y por control. Sin embargo, dichos criterios responden a elementos meramente estructurales y contrarios a los principios generales de atribución de responsabilidad. En consecuencia, se propuso la responsabilidad vicaria como alternativa satisfactoria concordante con dichos principios y con los objetivos del Derecho de Competencia sancionador. En tal sentido, la responsabilidad vicaria alcanza a la persona jurídica solvente sin permitir que esta realice una dilución patrimonial; y, además, tiene un efecto disuasivo en el cometimiento de infracciones. Finalmente, se estableció que la responsabilidad vicaria es la única opción que representa un punto medio entre los intereses prácticos de los operadores y de la autoridad de competencia.

PALABRAS CLAVE

Responsabilidad parental; infracciones; Competencia; responsabilidad vicaria

ABSTRACT

Through a deductive analysis, this paper established the scope of Ecuadorian Competition Law to hold parent companies liable for infringements committed by their Ecuadorian subsidiaries in administrative proceedings. The extension of liability is currently based upon property and control that the parent company exerts over its subsidiary. Said criteria are merely structural, which means that the current model violates the general liability principles. In view of the inadequate scope of Ecuadorian law, this investigation proposed vicarious liability as a satisfactory alternative in line with said general principles and the objectives of administrative Competition Law. In this sense, vicarious liability reaches the parent company's deep pocket, prevents the dispersion of assets, and has a dissuasive effect on infringements. Lastly, vicarious liability constitutes the only option that finds a balance between the practical incentives of the competition authority and those of the undertakings.

KEYWORDS

Parental liability; infringements; Competition; vicarious liability

Fecha de lectura: 15 abril de 2022

Fecha de publicación: 15 abril de 2022

¹ Trabajo de titulación presentado como requisito para la obtención del título de Abogada. Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Dirigido por Mario Andrés Navarrete Serrano.

² © DERECHOS DE AUTOR: Por medio del presente documento certifico que he leído la Política de Propiedad Intelectual de la Universidad San Francisco de Quito y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo de investigación quedan sujetos a lo dispuesto en la Política. Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de investigación en el repositorio virtual, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN.- 2. MARCO JURÍDICO.- 3. ESTADO DEL ARTE.- 4. MARCO TEÓRICO.- 5. DESARROLLO.- 5.1. OPERADORES Y GRUPOS ECONÓMICOS.- 5.2. RESPONSABILIDAD DEL OPERADOR ECONÓMICO.- 5.3. EL REENVÍO Y SU APLICABILIDAD.- 5.4. LA INSUFICIENCIA EN LA ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD.- 5.5. LA ALTERNATIVA SATISFACTORIA.- 5.5.1. LA RELACIÓN ENTRE OPERADORES.- 5.5.2. SOLVENCIA Y DILUCIÓN PATRIMONIAL.- 5.5.3. EFECTO DISUASIVO.- 5.5.4. EL RESTO DE LAS FORMAS DE ATRIBUCIÓN.- 5.6. CONSIDERACIONES PRÁCTICAS.- 5.7. APLICACIÓN EN ECUADOR.- 6. CONCLUSIONES

1. Introducción

Las normas de competencia tienen un ámbito subjetivo orientado a delimitar su aplicación. Entre varias definiciones del sujeto, prevalece una funcional con miras a su actividad. En tal sentido, es operador económico quien realiza actividades económicas en el mercado. Por lo general, un operador económico responde administrativamente por sus propias infracciones. Sin embargo, existen excepciones en las que la responsabilidad se extiende a operadores distintos al infractor. Tal es el caso que ocupa al presente trabajo: la responsabilidad de la casa matriz por una infracción de su subsidiaria en Ecuador.

La extensión de responsabilidad no se aplica únicamente en Ecuador, pues también es acogida –entre otros– por los Estados Unidos de América y países de la Unión Europea con base en sus propias teorías y fundamentos. Es decir, la atribución de responsabilidad a operadores, ya sean infractores directos o no, funciona de distintas formas según la legislación aplicable. Así, el presente trabajo buscará, a través de un método deductivo-analítico, establecer cuál es el alcance de la legislación ecuatoriana con respecto de la extensión de responsabilidad a operadores distintos al infractor.

En concreto, se analizará el alcance de la responsabilidad de la casa matriz fuera del país por infracciones cometidas por su subsidiaria en Ecuador. Para lograr dicho cometido, se revisará la ley de competencia ecuatoriana y su respectivo reglamento, el cual a su vez redirige a normativa secundaria.

Posteriormente, se realizará una crítica al alcance mencionado comparándolo con distintas teorías de responsabilidad y analizándolo bajo los principios generales de atribución. En consecuencia, se propondrá una alternativa satisfactoria concordante con dichos principios y los objetivos del Derecho de Competencia sancionador. Finalmente, se revisará la aplicabilidad de la alternativa propuesta a la luz del ordenamiento

ecuatoriano y de los incentivos económicos que guían a la autoridad de competencia y a los operadores.

2. Marco jurídico

El Derecho de Competencia ecuatoriano parte de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, LORCPM, a la cual se suma normativa accesoria que se revisará para ofrecer una perspectiva general e introductoria de la materia. El objeto de la LORCPM es evitar, prevenir, corregir, eliminar y sancionar a los operadores económicos que perjudiquen o distorsionen la competencia nacional³. En virtud de dicho objeto, la LORCPM establece posteriormente el concepto de operador económico y menciona otros como grupo económico, vinculación⁴ y personas vinculadas⁵.

La LORCPM, además de considerar operadores a quienes realicen actividades económicas en el país, extiende el concepto a quienes las realicen fuera del mismo con efectos real o potencialmente perjudiciales en el mercado nacional⁶. Adicionalmente, dicha ley se refiere brevemente a la extensión de la responsabilidad que ocupa al presente trabajo, pues estipula que las conductas o actuaciones se imputarán tanto al operador que en ellas incurra y al operador que lo controla, en la medida en que el operador controlante determine las actuaciones del primero⁷.

De conformidad con la LORCPM, se expidió el Reglamento para la Aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, RLORCPM. Dicho reglamento define el concepto de control⁸ y realiza un reenvío a la Ley de Mercado de Valores, LMV, y a las resoluciones de la Junta de Política y Regulación, Monetaria y Financiera, JMF⁹, para definir grupo económico y vinculación empresarial¹⁰. Estos conceptos serán relevantes al tratar los elementos necesarios para la atribución de responsabilidad en cuestión.

Cabe finalmente mencionar que la LMV considera empresas vinculadas a las que poseen vínculos cercanos o están controladas por un centro de decisiones común. Los

³ Artículo 1, Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, [LORCPM], R.O. Suplemento 555 de 13 de octubre de 2011, reformada por última vez R.O. Suplemento 6 de 25 de febrero de 2022.

⁴ Artículo 14, LORCPM.

⁵ Artículos 8, LORCPM.

⁶ Artículo 2, LORCPM.

⁷ Artículo 2, LORCPM.

⁸ Artículo 12, Reglamento para la Aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, [RLORCPM], R.O. 697 de 7 de mayo de 2012, reformado por última vez R.O. Suplemento 341 de 1 de diciembre de 2020.

⁹ También conocida como el Libro II del Código Orgánico Monetario y Financiero, COMF.

¹⁰ Artículo 6, RLORCPM.

vínculos pueden manifestarse en propiedad, administración, responsabilidad crediticia o resultados¹¹; mientras que el estándar de control se refiere a la posibilidad de que una compañía ejerza influencia decisiva sobre otra¹².

3. Estado del arte

Para una mejor aproximación al problema jurídico, se revisa ahora la literatura desarrollada en los últimos cinco años acerca de la atribución de responsabilidad a operadores. Los autores citados analizaron las distintas formas de atribución y, en ocasiones, resaltaron problemas de aplicación o propusieron nuevos modelos.

En primer lugar, Bruce Wardhaugh¹³ recogió en el año 2017 el sistema europeo bajo el cual la responsabilidad de la casa matriz por sus subsidiarias descansa en el grado de control que la primera pueda ejercer sobre las segundas. Sin embargo, el autor propuso un sistema de control negativo o de negligencia por parte de la casa matriz como una alternativa para atribuir responsabilidad. El control negativo o negligencia –consistente, según el autor, con el estado de la ley europea– se trata de una omisión en la supervisión de la casa matriz a la filial para evitar una infracción.

Por otra parte, Moisejevas y Urbonas¹⁴, también en el 2017, revisaron el concepto de control y de entidad económica única bajo la ley de competencia europea con breves menciones a la ley de Lituania. Sin llegar a profundizar específicamente sobre la extensión de responsabilidad a la casa matriz, los autores establecieron que se presume influencia decisiva y en consecuencia control, cuando la casa matriz tiene el 100% de capital en la subsidiaria. Sin embargo, reconocieron la dificultad de conceptualizar la influencia decisiva en otros casos, dada la variedad de formas que esta puede tomar.

En otro orden de ideas, Carsten Koenig¹⁵ realizó en el 2018 una comparación entre el modelo de responsabilidad europeo y el estadounidense. Así, estableció que en Europa la responsabilidad de la casa matriz se basa en el control sobre la filial, mientras que Estados Unidos no tiene una institución similar y aplica simplemente la responsabilidad individual de administradores o agentes. A pesar de la diferencia, el autor

¹¹ Artículo 191, Ley de Mercado de Valores, [LMV], R.O. Suplemento 215 de 22 de febrero de 2006, reformada por última vez R.O. Suplemento 587 de 29 de noviembre de 2021.

¹² Artículo 192, LMV.

¹³ Bruce Wardhaugh, “Punishing Parents for the Sins of their Child: Extending EU Competition Liability in Groups and to Sub-Contractors”, *Journal of Antitrust Enforcement* 5 (2017), 24-48.

¹⁴ Raimundas Moisejevas y Danielius Urbonas, “Problems Related to Determining of a Single Economic Entity under Competition Law”, *Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies* 10, 16 (2017), 107-126.

¹⁵ Carsten Koenig, “Comparing Parent Company Liability in EU and US Competition Law”, *World Competition* 41, 1 (2018), 69-100.

concluyó que ambos modelos alcanzan su objetivo disuasivo del cometimiento de infracciones, por lo que no existe necesidad de reforma en Estados Unidos.

Finalmente, Carmen Herrero Suárez¹⁶ revisó en el 2021 la responsabilidad de una filial por infracciones cometidas por su matriz en Europa. Aunque partió del supuesto contrario, cabe resaltar su crítica acerca de la atribución de responsabilidad por la influencia decisiva de la matriz sobre su filial. Según la autora, tal atribución responde a criterios meramente estructurales, independientemente de la implicación de la matriz y/o la filial en la infracción. Así, propuso la aplicación de las categorías clásicas de imputación de responsabilidad civil como alternativa satisfactoria.

4. Marco teórico

En la normativa y doctrina expuesta, se mencionaron brevemente las teorías o formas de atribución de responsabilidad utilizadas tanto a nivel nacional como internacional con respecto de operadores o personas distintas al infractor directo. Para efectos de esta investigación, se considerarán las siguientes¹⁷: responsabilidad por vínculos en común; responsabilidad por el control o influencia decisiva de una empresa sobre otra; responsabilidad por negligencia en la supervisión de la filial; responsabilidad vicaria; y, finalmente, responsabilidad civil clásica.

Las teorías o formas de atribución de responsabilidad informan el presente trabajo en la medida que su objeto es establecer el alcance que tiene la norma ecuatoriana para imputar infracciones a operadores o empresas fuera del mercado nacional. La aplicación de una u otra forma de atribución es lo que determina dicho alcance, ya sea este adecuado o no según se verá más adelante. Así, se retoma la responsabilidad por vínculos en común.

La LMV establece una presunción de actuación guiada por intereses en común cuando dos o más entidades, jurídicamente independientes, presentan ciertos vínculos en su propiedad, administración, responsabilidad crediticia o resultados¹⁸. Esto tiene como consecuencia la vinculación de dos o más empresas.

¹⁶ Carmen Herrero Suárez, “Responsabilidad de la filial por los daños derivados de infracciones del Derecho de la competencia de la matriz ¿está en juego el principio de efectividad del Derecho europeo?”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* 13, 1 (2021), 364-387.

¹⁷ Se excluye el modelo de responsabilidad individual de administradores, pues este trabajo se enfoca en la responsabilidad parental atribuida a una entidad o persona jurídica y no a individuos infractores.

¹⁸ Artículo 6, RLORCPM.

Para la vinculación de empresas por control, existen dos requisitos: un acuerdo de actuación conjunta –convención de gestionar o controlar la sociedad–; y, el poder de influir en forma determinante en las decisiones de una de las empresas o de elegir la mayoría de los administradores por mayoría de votos en las juntas de accionistas¹⁹. La vinculación, ya sea por control o por vínculos, no acarrea por sí sola responsabilidad de una empresa vinculada, pues la norma debe expresamente atribuir responsabilidad a partir de dichos criterios, como se desarrollará en el apartado de responsabilidad de operadores.

Adicionalmente, existe un modelo de responsabilidad por control negativo basado en el deber de cuidado que tendría la casa matriz de monitorear la actividad de su subsidiaria y evitar una infracción²⁰. Por el contrario, en un régimen de responsabilidad estricta o vicaria, el principal –la casa matriz– responde por toda infracción cometida por su agente –la filial–, independientemente del nivel de monitoreo que la primera haya ejercido sobre la segunda²¹. Este modelo, también conocido como responsabilidad indirecta, requiere la configuración de supuestos específicos para su atribución²².

Finalmente, la responsabilidad civil o directa requiere la intervención de la casa matriz en la infracción. En términos generales, el Código Civil ecuatoriano, CC, recoge este modelo atribuyendo responsabilidad a partir de la existencia de un daño causado por un hecho antijurídico o ilícito²³, dependiendo de la postura que se adopte. Así, para atribuir responsabilidad a la casa matriz, esta debe haber ejecutado, con su subsidiaria o a través de ella, el hecho que causó la infracción.

5. Desarrollo

Tras la exposición de las teorías que informan el presente trabajo, cabe ahora delimitar el actual estado de la ley de competencia ecuatoriana y su alcance con respecto de operadores –casas matrices– fuera del mercado nacional. Como se introdujo, la LORCPM tiene una proyección subjetiva. Es decir, en ella se determina el sujeto al cual le son aplicables sus disposiciones y sanciones en caso de cometer una infracción.

¹⁹ Artículo 192, LMV.

²⁰ Bruce Wardhaugh, “Punishing Parents for the Sins of their Child: Extending EU Competition Liability in Groups and to Sub-Contractors”, 19.

²¹ *Id.*, 20.

²² Tetiana Kravtsova y Ganna Kalinichenko, “The Vicarious Liability of Parent Company Liability for its Subsidiary”, *Corporate Ownership & Control* 14, 1 (2016), 686.

²³ Artículo 2214, Código Civil, [CC], R.O. Suplemento 104, de 20 de noviembre de 1970, reformado por última vez R.O. Suplemento 15 de 14 de marzo de 2022.

5.1. Operadores y grupos económicos

Por regla general, un operador económico es aquel que realiza actividades económicas en el mercado nacional, independientemente de ser una persona natural o jurídica, pública o privada, nacional o extranjera, con o sin fines de lucro²⁴. Sin embargo, la LORCPM extiende el concepto en dos sentidos adicionales: grupos económicos y operadores fuera del país.

En primer lugar, se considera operador económico a los gremios que agrupen al operador del mercado nacional²⁵. En otras palabras, un grupo económico también puede ser considerado como operador. Lo anterior tiene como consecuencia la imposibilidad de celebrar acuerdos anticompetitivos entre dos empresas pertenecientes al mismo grupo; la potencial atribución de responsabilidad parental por una infracción de la subsidiaria; el cálculo de una multa a partir del volumen de negocios del grupo, entre otras²⁶. Por lo tanto, el concepto de grupo económico es de suma importancia.

La LORCPM apenas se refiere al grupo en el contexto de concentraciones y establece que se sumarán los volúmenes de negocios de empresas u operadores en los que:

la empresa o el operador económico en cuestión disponga, directa o indirectamente: 1. De más de la mitad del capital suscrito y pagado. 2. Del poder de ejercer más de la mitad de los derechos de voto. 3. Del poder de designar más de la mitad de los miembros de los órganos de administración, vigilancia o representación legal de la empresa u operador económico; o, 4. Del derecho a dirigir las actividades de la empresa u operador económico²⁷.

Lo anterior encamina el concepto de grupo económico a vínculos de propiedad y/o control entre varias empresas. Adicionalmente, la LMV, aplicable por el reenvío del RLORCPM, determina que una sociedad matriz y subsidiaria son parte de un mismo grupo, contando la primera con una participación representativa en el capital social de la segunda²⁸.

Así, a partir de una interpretación sistemática de la normativa citada, se deriva que varias empresas pueden considerarse como parte de un grupo económico y como un

²⁴ Artículo 2, LORCPM.

²⁵ Artículo 2, LORCPM.

²⁶ David Bailey y Laura Elizabeth John, *Bellamy and Child: EU Law of Competition*, ed. David Bailey y Vivien Rose (Oxford: Oxford University Press, 2013), 95.

²⁷ Artículo 17, LORCPM.

²⁸ Artículo 193, LMV.

mismo operador a partir de un vínculo de propiedad y/o de control. Más adelante se verá la incidencia de los conceptos en cuestión con respecto de la atribución o extensión de responsabilidad.

Ahora, la segunda extensión del concepto de operador es extraterritorial, pues se considera operador a aquel que realice su actividad económica fuera del país “en la medida en que sus actos, actividades o acuerdos produzcan o puedan producir efectos perjudiciales en el mercado nacional”²⁹. Cabe aclarar que no se requiere un vínculo con un operador ecuatoriano, independientemente de que ambos supuestos puedan coincidir en una misma empresa. Tal sería el caso del operador de otro país –una casa matriz–, que actúe en conjunto o a través de su subsidiaria en Ecuador para cometer una infracción.

5.2. Responsabilidad del operador económico

Así como existe una regla general sobre el sujeto del Derecho de Competencia, existe también una con respecto de su responsabilidad. En este sentido, el operador económico infractor, responde por la infracción que cometió³⁰. Sin embargo, hay excepciones en la atribución de dicha responsabilidad. Tal es el caso de los grupos mencionados y de los operadores fuera del país que producen efectos –real o potencialmente– perjudiciales dentro de él. Esto se debe a que, por definición, están excepcionalmente sujetos a las disposiciones del Derecho de Competencia ecuatoriano.

Adicionalmente, la LORCPM establece que impondrá sanciones tanto a los operadores económicos como a las agrupaciones de aquellos que, deliberada o negligentemente, infrinjan sus disposiciones³¹. La ley en cuestión expresa también que las conductas o actuaciones en las que incurriere un operador económico serán imputables a él y a quien lo controla, cuando el control del segundo haya determinado el comportamiento del primero³². Es en este punto donde es posible realizar una subsunción de la norma y las formas de atribución recogidas en el apartado anterior³³.

En primer lugar, cabe destacar que las disposiciones citadas acerca de la responsabilidad por infracciones a la LORCPM tienen un elemento en común: el control. Esto se evidencia claramente en el inciso segundo del artículo 2 de la LORCPM, pues establece la imputación a un operador que controla de manera determinante a otro,

²⁹ Artículo 2, LORCPM.

³⁰ Artículo 79, LORCPM.

³¹ Artículo 79, LORCPM.

³² Artículo 2, LORCPM.

³³ *Ver*, marco teórico.

considerado como el infractor directo³⁴. La disposición de sancionar a agrupaciones implica también el elemento de control, pues este se extrae de la definición de grupos a partir de la interpretación sistemática de la LORCPM antes expuesta.

Ahora, dado que la LORCPM responsabiliza a agrupaciones, se debe considerar también el vínculo de propiedad que puede llegar a determinar la calidad de dichas agrupaciones como tales. Las disposiciones de la LORCPM sobre el volumen de negocios³⁵ y las definiciones de sociedad matriz y subsidiaria de la LMV³⁶, caracterizan a la propiedad como la participación accionaria superior a la mitad del capital social de una sociedad. El vínculo de propiedad puede superponerse con el de control en ciertas ocasiones. A manera de referencia, se revisa la doctrina y jurisprudencia europea.

Bailey y John establecen que las casas matrices que son propietarias exclusivas de sus subsidiarias responden por infracciones de estas últimas dado el control que ejercen sobre ellas³⁷. En tal sentido se pronunció el Tribunal de Justicia Europeo en dos importantes ocasiones³⁸³⁹ al atribuir responsabilidad a la casa matriz por ser accionista única de su filial, presumiendo el elemento de influencia decisiva. Sin embargo, la jurisprudencia europea también ha determinado que la casa matriz puede ejercer influencia decisiva a través de derechos de voto sin ser propietaria única de la filial⁴⁰.

A partir de la revisión de la ley ecuatoriana y su conceptualización con referencia a la doctrina y jurisprudencia europea, se concluye que las infracciones de competencia en Ecuador le son excepcionalmente imputables a operadores distintos al infractor cuando este se encuentra vinculado por ejercer control o influencia determinante sobre el infractor. Lo expuesto puede superponerse o no con un vínculo de propiedad superior a la mitad del capital social del operador infractor, lo cual permitiría también atribuir responsabilidad.

Finalmente, cabe considerar brevemente a los operadores económicos extranjeros que producen o pueden producir efectos perjudiciales en el mercado nacional a través de sus actos, actividades o acuerdos⁴¹. Aunque los artículos de extensión de

³⁴ Artículo 2, LORCPM.

³⁵ Artículo 17, LORCPM.

³⁶ Artículo 193, LMV.

³⁷ David Bailey y Laura Elizabeth John, *Bellamy and Child: EU Law of Competition*, 95.

³⁸ *Allgemeine Elektrizitäts-Gesellschaft AEG-Telefunken AG c. Comisión de las Comunidades Europeas*, Tribunal de Justicia, 25 de octubre de 1983, 787.

³⁹ *Akzo Nobel NV y otros c. Comisión de las Comunidades Europeas*, Tribunal de Justicia, Sala Tercera, 10 de septiembre del 2009, párr. 60.

⁴⁰ *The Goldman Sachs Group Inc. c. Comisión Europea*, Tribunal General, Sala Octava, 12 de julio del 2018, párr. 50-52.

⁴¹ Artículo 2, LORCPM.

responsabilidad citados no se refieren expresamente a este tipo de operadores, este trabajo sostiene que, al ser operadores económicos bajo la definición de la LORCPM, se encuentran sometidos a sus disposiciones y pueden responder por una participación directa en la infracción.

Ahora, aunque una casa matriz podría responder directamente por una infracción bajo este supuesto, en estricto sentido, la ley ecuatoriana define a la casa matriz como propietaria de una filial en Ecuador⁴². Dado que los estándares de responsabilidad por un vínculo de propiedad no requieren una participación directa en la infracción, una casa matriz solo puede responder por infracciones de su subsidiaria bajo este último modelo. La responsabilidad de una casa matriz por una conducta propia como operador económico bajo la LORCPM, escapa la discusión del presente trabajo.

Por lo expuesto en este apartado, se concluye que las formas de atribución a un sujeto distinto al infractor en Ecuador responden a los modelos de responsabilidad por el vínculo de propiedad y responsabilidad por control o influencia determinante. Así, una casa matriz puede responder por infracciones de su subsidiaria en Ecuador si es propietaria de un porcentaje superior al 50% del capital social de la filial. También puede responder si tiene la posibilidad de ejercer influencia decisiva sobre ella, lo cual puede superponerse o no con la propiedad antes expuesta.

Determinado el alcance de la LORCPM en este respecto, cabe ahora revisar el reenvío del RLORCPM a la LMV y a las resoluciones de la JMF, las cuales establecen una serie de criterios adicionales de vinculación. Se establece preliminarmente que los vínculos contenidos tanto en la LMV –administración, responsabilidad crediticia o resultados⁴³– como en las resoluciones de la JMF –gestión⁴⁴–, tienen un alcance más amplio que el establecido en la LORCPM, por lo que surge una pregunta acerca de su aplicabilidad.

5.3. El reenvío y su aplicabilidad

Como se introdujo, el RLORCPM realiza el siguiente reenvío:

Art. 7.- Grupo económico y vinculación de operadores económicos.- Para efectos de lo previsto en la Ley, se estará, entre otros, a la definición y criterios de grupo económico y

⁴² Artículo 193, LMV.

⁴³ Artículo 191, LMV.

⁴⁴ Artículo 4, Título XVIII, Resolución 385, Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera [Codificación de resoluciones], R.O. Edición Especial 44 de 24 de julio de 2017, reformada por última vez R.O. Suplemento 390 de 11 de febrero de 2021.

vinculación empresarial establecidos en la Ley de Mercado de Valores y Resoluciones de la Junta de Política y Regulación, Monetaria y Financiera⁴⁵.

La LMV, por su parte, considera empresas vinculadas al conjunto de entidades que muestran intereses comunes por vínculos en su propiedad, administración, responsabilidad crediticia o resultados⁴⁶. Adicionalmente, la LMV establece también un criterio de vinculación por control, definido este último como el poder de influir en forma determinante en las decisiones de una sociedad⁴⁷.

Ahora, retomando la interpretación sistemática de la LORCPM, esta considera grupos a entidades u operadores vinculados por control o por propiedad. Concordantemente, la extensión de responsabilidad a sujetos distintos a los infractores responde a modelos de responsabilidad bajo dichos criterios. Sin embargo, la LMV introduce dos tipos de vinculación: por control y por los llamados vínculos.

Acerca de la vinculación por control, esta se encuentra indudablemente enmarcada bajo las disposiciones de la LORCPM y la atribución de responsabilidad a agrupaciones. Por otro lado, de los llamados vínculos, únicamente el de propiedad se enmarca también en el alcance de la LORCPM. En consecuencia, se revisarán a continuación los vínculos adicionales de la LMV.

La vinculación por administración o gestión es el ejercicio de funciones en ambas personas jurídicas por parte de al menos un miembro de sus órganos administrativos⁴⁸. Este criterio podría asemejarse al control porque la administración común podría significar influencia determinante en una sociedad. Sin embargo, la LORCPM es clara cuando establece que las conductas de un operador le serán imputables a él y a quien lo controla⁴⁹. Ampliar la responsabilidad a empresas con administradores en común sobrepasa el límite de la LORCPM.

Por su parte, la responsabilidad crediticia y resultados parecen enfocarse desde una perspectiva económica. Así, se podría decir que la responsabilidad crediticia se relaciona con las acreencias o garantías de las sociedades; y, los resultados con su utilidad

⁴⁵ Artículo 7, RLORCPM.

⁴⁶ Artículo 191, LMV.

⁴⁷ Artículo 192, LMV.

⁴⁸ Artículo 4, Sección I, Capítulo IV, Título VII, Resolución CNV-008-2006, Consejo Nacional de Valores [Codificación de resoluciones], R.O. Segundo Suplemento 22 de 26 de junio de 2017.

⁴⁹ Artículo 2, LORCPM.

netas o rentabilidad⁵⁰. Evidentemente, estos criterios de la LMV sobrepasan la atribución de responsabilidad por control o propiedad que contempla la LORCPM. Ni la responsabilidad crediticia ni los resultados entre dos empresas pueden entenderse como el ejercicio de influencia decisiva y peor como la participación accionaria.

La LMV se refiere además a las resoluciones del Consejo Nacional de Valores, CNV, para la determinación de los criterios de vinculación por propiedad, gestión o presunción⁵¹. Los dos primeros criterios concuerdan conceptualmente con lo expuesto hasta este punto. Sin embargo, el vínculo por presunción supone una novedad en la discusión.

De acuerdo con el CNV, hay vinculación por presunción cuando existe un proveedor o cliente que represente al menos el 30% de compras o ventas; cuando dos o más personas jurídicas respalden una obligación con una misma garantía; una persona jurídica garantice más del 50% de las obligaciones de otra; y, cuando más del 50% de las obligaciones de una sociedad sean acreencias de otra⁵². Evidentemente, la vinculación por presunción es bastante ambigua y sobrepasa indudablemente los criterios de atribución de responsabilidad de la LORCPM por una nueva ocasión.

Ahora, dado que también se hace un reenvío a las resoluciones de la JMF, cabe revisar los conceptos en ellas contenidos. La JMF considera que una sociedad matriz y subsidiaria pertenecen a un mismo grupo económico por el control que la primera ejerce sobre la segunda⁵³. Además, presume dicho control a partir de la propiedad y ejercicio de derechos de voto en la subsidiaria; o, sin contar con más de la mitad de los derechos de voto, presume el control a partir del ejercicio de influencia significativa en ciertas decisiones⁵⁴.

En términos generales, la JMF coincide con la LORCPM en la conceptualización de grupo económico, sociedad matriz, subsidiaria y control. Sin embargo, esta hace también referencia al criterio de vinculación por gestión⁵⁵. Siguiendo la línea de argumentación sobre la vinculación en la LMV, se concluye que los criterios adicionales, tanto de la LMV como los resueltos por el CNV y la JMF, sobrepasan las formas de atribución de responsabilidad por propiedad o control contemplados en la LORCPM.

⁵⁰ Jonathan Berk y Peter DeMarzo, *Finanzas Corporativas*, trad. Javier Enríquez Brito (Naucalpan de Juárez, Estado de México: Pearson Educación, 2008), 27.

⁵¹ Artículo 191, LMV.

⁵² Artículo 5, Sección I, Capítulo IV, Título VII, Resolución CNV-008-2006.

⁵³ Artículo 2, Título XVIII, Resolución 385.

⁵⁴ Artículo 6, Título XVIII, Resolución 385.

⁵⁵ Artículo 4, Título XVIII, Resolución 385.

El RLORCPM, al reenviar a la LMV y resoluciones de la JMF, supone la aplicación de conceptos sumamente amplios y contrarios a la LORCPM. La Constitución de la República del Ecuador, CRE, concibió los reglamentos para la aplicación de leyes, pues establece expresamente que estos no pueden contravenir ni alterar las leyes sobre las cuáles se expiden⁵⁶. Adicionalmente, existe una clara jerarquía de la ley sobre el reglamento en la CRE⁵⁷. Como resultado, el reenvío no se ajusta a las disposiciones constitucionales y los criterios de vinculación así introducidos resultan inaplicables.

En tal sentido, se debe diferenciar los criterios de vinculación a partir del reenvío y la responsabilidad que estos pueden acarrear de conformidad con la LORCPM. Una vez más, se recalca que las formas de atribución a un sujeto distinto al infractor en Ecuador responden a los modelos de responsabilidad por el vínculo de propiedad y responsabilidad por control. Pues, los criterios de vinculación adicionales no encuentran aplicación alguna en el Derecho de Competencia sancionador.

Toda vez que se ha determinado el alcance del Derecho de Competencia ecuatoriano para atribuir responsabilidad a casas matrices, este trabajo se permite realizar una crítica a dicho alcance considerando los principios generales de atribución de responsabilidad.

5.4. La insuficiencia en la atribución de responsabilidad

Como se mencionó, la LORCPM contempla el concepto de grupo económico en el contexto de las concentraciones; y, por el reenvío a la LMV y a las resoluciones de la JMF se determina que el elemento esencial de un grupo es la propiedad. Aparentemente, el reenvío a la LMV encuentra su origen en la Ley de Defensa de la Competencia de España, LDC. Pues esta realiza un reenvío a la ley de mercado de valores española. Sin embargo, dicho reenvío tiene un objetivo distinto: esclarecer el concepto de control con respecto de concentraciones económicas y el cambio de control que estas conllevan⁵⁸.

Dado que los grupos económicos pueden responder por infracciones bajo la LORCPM y que la definición de dichos grupos se encuentra integrada por la LMV en virtud de una incorrecta imitación de la LDC, la consecuencia es la atribución de responsabilidad por vínculos de propiedad. Esta forma de atribución responde a elementos meramente estructurales, como lo hace también la atribución por control.

⁵⁶ Artículo 147, Constitución de la República del Ecuador, [CRE], R.O. 449, 20 de octubre de 2008, reformada por última vez R.O. Suplemento 377 de 25 de enero de 2021.

⁵⁷ Artículo 425, CRE.

⁵⁸ Artículo 7, Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia, [LDC], Boletín Oficial del Estado 159 de 3 de julio de 2007.

Como bien expuso Herrero Suárez⁵⁹, la responsabilidad de la matriz basada en su participación accionarial y la presunción de control responde a criterios meramente estructurales inconsistentes con los principios generales de imputación de responsabilidad –e.g. personalidad jurídica, separación corporativa, responsabilidad personal– y los principios comunitarios europeos.

En tal sentido, la autora sostiene que la imputación a la casa matriz debe justificarse en la falta de autonomía de la entidad filial y de la vinculación de dicha matriz con los hechos imputados a la filial. Sin embargo, fundamentar dicha imputación meramente en el control, por ejemplo, no es suficiente⁶⁰. En virtud de la crítica expuesta, se propone ahora un modelo distinto: la responsabilidad vicaria o indirecta.

5.5. La alternativa satisfactoria

La teoría de responsabilidad vicaria se implementó por primera vez hace más de 3000 años⁶¹. Bajo esta teoría, se le atribuye responsabilidad a una persona por la conducta de otra, lo cual se justifica por la relación existente entre esas dos personas⁶². Es por eso que, la responsabilidad vicaria también se conoce como responsabilidad indirecta y es una forma de responsabilidad estricta. La responsabilidad vicaria, según explica Osborne, se describe como responsabilidad estricta porque no requiere prueba del cometimiento de un acto indebido por quien responde⁶³.

Aterrizando el concepto a la cuestión del presente trabajo, una casa matriz podría responder indirectamente por su filial cuando se configuren los siguientes supuestos: (i) que la subsidiaria cometa una infracción; (ii) que exista una relación entre la infractora y su matriz; y, (iii) que exista una conexión entre el cometimiento de la infracción y la relación entre la subsidiaria y su matriz⁶⁴.

El modelo expuesto es concordante con los principios generales de atribución de responsabilidad principalmente por los elementos (ii) y (iii), pues no es suficiente que la casa matriz tenga una participación accionarial o que controle en términos generales a su filial, sino que la infracción sea cometida a partir de esa relación que existe entre ellas.

⁵⁹ Carmen Herrero Suárez, “Responsabilidad de la filial por los daños derivados de infracciones del Derecho de la competencia de la matriz ¿está en juego el principio de efectividad del Derecho europeo?”, 371.

⁶⁰ Carmen Herrero Suárez, “Responsabilidad de la filial por los daños derivados de infracciones del Derecho de la competencia de la matriz ¿está en juego el principio de efectividad del Derecho europeo?”, 371.

⁶¹ Nelson Pierce Miller, “An Ancient Law of Care”, *Whittier Law Review* 26, 2 (2004), 3-21.

⁶² Tetiana Kravtsova y Ganna Kalinichenko, “The Vicarious Liability of Parent Company Liability for its Subsidiary”, 686.

⁶³ Philip H. Osborne, *The Law of Torts*, (Toronto: Irwin Law, 2003), s.p.

⁶⁴ Tetiana Kravtsova y Ganna Kalinichenko, “The Vicarious Liability of Parent Company Liability for its Subsidiary”, 686.

Evidentemente, los supuestos mencionados implican una mayor rigurosidad en la atribución de responsabilidad a operadores distintos al infractor. Esto se debe a que tanto el control como la propiedad, como se verá más adelante, podrían configurar el elemento (ii) sobre la existencia de una relación entre la infractora y la matriz. Sin embargo, ninguno es suficiente por sí solo para extender responsabilidad a un operador que no ha cometido directamente la infracción.

En consecuencia, la responsabilidad vicaria no contraría los principios de separación corporativa, personalidad jurídica ni de responsabilidad personal en la manera que fueron expuestos por Herrero Suárez. El elemento diferenciador es el (iii) que exige una conexión entre el cometimiento de la infracción y la relación entre la subsidiaria y su matriz. Así, por ejemplo, dicho elemento se configuraría si la subsidiaria cometió la infracción dentro del marco de la autoridad delegada a ella por la casa matriz⁶⁵. Lo expuesto es satisfactorio por las razones que se verán a continuación.

5.5.1. La relación entre operadores

Retomando las palabras de Herrero Suárez⁶⁶, es sumamente importante alcanzar a la sociedad más solvente y garantizar un efecto disuasivo en infracciones de competencia. Sin embargo, la autora sostiene que la consecución de dichos objetivos no puede realizarse a costa de los principios generales de atribución, lo cual sucede con la responsabilidad de la matriz por su mera participación accionarial y/o ejercicio de control.

Como se introdujo, el modelo de responsabilidad vicaria no atribuye o extiende responsabilidad a la casa matriz basada en su propiedad o control sobre la subsidiaria. Cada criterio –o incluso ambos criterios superpuestos– apenas podría probar la relación existente entre casa matriz y subsidiaria requiriendo los elementos (i) y (iii) adicionales para una atribución de responsabilidad.

Ahora, en virtud de que el Derecho de Competencia sancionador busca alcanzar a la sociedad solvente y generar cierta disuasión con respecto del cometimiento de infracciones, se argumenta a continuación que la responsabilidad vicaria también logra dichos objetivos.

⁶⁵ Tetiana Kravtsova y Ganna Kalinichenko, “The Vicarious Liability of Parent Company Liability for its Subsidiary”, 686.

⁶⁶ Carmen Herrero Suárez, “Responsabilidad de la filial por los daños derivados de infracciones del Derecho de la competencia de la matriz ¿está en juego el principio de efectividad del Derecho europeo?”, 371.

5.5.2.Solvencia y dilución patrimonial

Evidentemente, la atribución de responsabilidad por participación accionarial o control alcanza a la sociedad más solvente y evita que un grupo transfiera patrimonio para escapar multas. No obstante, dicho modelo infringe los principios generales de atribución de responsabilidad injustificadamente. El objetivo de alcanzar a la sociedad más solvente es válido, pero se justifica solo en la medida que se configuren los supuestos de responsabilidad vicaria sin contrariar la base fundamental y general de atribución de responsabilidad. En tal sentido, el modelo propuesto es la alternativa satisfactoria.

5.5.3.Efecto disuasivo

De manera similar al punto anterior, la atribución de responsabilidad por participación accionarial o control también genera una disuasión en el cometimiento de infracciones y la explotación indebida del principio de responsabilidad limitada⁶⁷. Sin embargo, se reitera que alcanza dicho objetivo por una vía injustificada.

La responsabilidad vicaria, al ser un modelo de responsabilidad estricta, atribuye responsabilidad a la casa matriz sin que esta infrinja directamente la normativa vigente. Como es lógico, ante el riesgo de asumir sanciones de sus subsidiarias, las casas matrices se ven incentivadas a realizar un monitoreo y evitar el cometimiento de infracciones por sus subsidiarias. Esto, a su vez, tiene como efecto la transferencia de los costos del monitoreo desde la autoridad de competencia a las casas matrices y reduce así las externalidades negativas en el mercado.

Hasta este punto se ha descartado la atribución de responsabilidad por criterios de propiedad y/o control. Sin embargo, no se han considerado el resto de los modelos de atribución revisados en la sección teórica. El siguiente apartado considera la responsabilidad vicaria por sobre el resto de las teorías de responsabilidad.

5.5.4.El resto de las formas de atribución

Al inicio de este trabajo, se recogieron varias alternativas para la extensión de responsabilidad a un operador distinto al infractor. Dichas alternativas fueron las siguientes: responsabilidad por vínculos en común; responsabilidad por el control o influencia decisiva de una empresa sobre otra; responsabilidad civil clásica; y, responsabilidad por negligencia en la supervisión de la filial.

La responsabilidad por vínculos en común puede manifestarse en la propiedad, administración, responsabilidad crediticia o resultados⁶⁸. Adicionalmente, de la

⁶⁷ Carsten Koenig, “Comparing Parent Company Liability in EU and US Competition Law”, 100.

⁶⁸ Artículo 191, LMV.

normativa accesoria, existen también vínculos por gestión y presunción. Tal como se descartó el vínculo de propiedad como criterio de atribución por constituir un elemento meramente estructural y contrario a los principios generales de atribución de responsabilidad, lo mismo sucede con el resto de los vínculos. Estos son sumamente amplios y en ningún caso podrían invocarse por sí solos para atribuir responsabilidad.

La responsabilidad por control ya se descartó más arriba, por lo que se considera ahora la responsabilidad civil clásica. Para atribuir responsabilidad bajo esta teoría, la casa matriz debe haber ejecutado, con su subsidiaria o a través de ella, el hecho que causó la infracción. En consecuencia, una casa matriz no sería responsable por la relación que esta tuviera con su filial en conexión con la infracción, lo cual pavimentaría el camino para la explotación del principio de responsabilidad limitada. Además, no se alcanzaría a la sociedad solvente ni se incentivaría el monitoreo de la casa matriz a la subsidiaria.

Por último, la discusión con respecto de la responsabilidad por control negativo o negligencia en el monitoreo de la filial, debe hacerse a la luz de ciertas consideraciones prácticas que finalmente inclinarán la balanza hacia la responsabilidad indirecta como la mejor alternativa.

5.6. Consideraciones prácticas

El tema de la atribución de responsabilidad a casas matrices debe considerarse a partir de los intereses prácticos y contrapuestos de la autoridad de competencia y las compañías que tienen una operación en Ecuador a través de empresas filiales. En tal sentido, cabe considerar en primer lugar, las limitaciones de la autoridad de competencia en Ecuador.

La Superintendencia de Control del Poder de Mercado, SCPM, fue creada a partir de la LORCPM como el organismo técnico de control con capacidad sancionatoria, autonomía y patrimonio propio para cumplir sus competencias⁶⁹. Sin embargo, se debe reconocer el limitado acceso a recursos que tiene la SCPM para investigar a operadores económicos. Esto se debe a que las investigaciones de este tipo pueden llegar a ser altamente complejas.

De hecho, ocurre algo similar en la jurisdicción europea. El modelo de responsabilidad a partir de la presunción irrefutable de control por parte de las casas matrices que son propietarias exclusivas de sus subsidiarias, parece responder al alto grado de dificultad de probar dicho control entre operadores económicos.

⁶⁹ Artículo 36, LORCPM.

Concordantemente, la figura europea ha sido desarrollada, casi en su totalidad, a través de decisiones de autoridad⁷⁰.

En consecuencia, la autoridad de competencia busca aplicar un modelo de atribución de responsabilidad más laxo, como lo es la atribución por vínculos de propiedad como requisito único. Dicha forma de atribución evidentemente reduce la complejidad que existe en la investigación de infracciones y los costos en los que debe incurrir la autoridad para ello. Además, un modelo de atribución amplio alcanza de una manera más directa los objetivos del Derecho de Competencia sancionador.

Por lo expuesto, se concluye que la SCPM tiene incentivos significativos para aplicar un modelo de atribución –tal como la responsabilidad por vínculos o por control– que le permita alcanzar a casas matrices sin un mayor dispendio de recursos. Sin embargo, se deben considerar también los intereses de las empresas que traen sus negocios al país.

Contraria a la postura de la autoridad, las casas matrices claramente buscan deslindarse en lo posible de la responsabilidad solidaria que podría imponérseles por infracciones de sus filiales. En tal sentido, encontrándose obligadas a seleccionar un mal mejor, una casa matriz buscaría operar bajo una legislación con estrictos requisitos de extensión de responsabilidad.

Así, por ejemplo, una sociedad preferiría la aplicación de la responsabilidad civil clásica o la responsabilidad por control negativo en las que solo se responde en virtud de una participación directa en la infracción o se deslinda de dicha responsabilidad por la diligencia en el monitoreo a la filial, respectivamente.

Lo expuesto tiene una implicación importante con respecto del monitoreo. Como sostiene Wardhaugh, la casa matriz tendrá incentivos para monitorear a su subsidiaria siempre que los costos de dicho monitoreo sean menores que la infracción que se evita⁷¹. Evidentemente, si las probabilidades de responder solidariamente por una infracción de la filial son sumamente bajas dada la dificultad de probar y configurar cada requisito, una casa matriz no verá motivos para monitorear la operación de su filial.

Lo anterior contraría directamente los objetivos del Derecho de Competencia sancionador, pues no se alcanzaría un real efecto disuasivo y se daría vía para la explotación del principio de responsabilidad limitada y personalidad jurídica. *A contrario*

⁷⁰ Carmen Herrero Suárez, “Responsabilidad de la filial por los daños derivados de infracciones del Derecho de la competencia de la matriz ¿está en juego el principio de efectividad del Derecho europeo?”, 368.

⁷¹ Bruce Wardhaugh, “Punishing Parents for the Sins of their Child: Extending EU Competition Liability in Groups and to Sub-Contractors”, 19.

sensu, la atribución de responsabilidad por criterios vagos y amplios desincentivaría los negocios.

A mayor probabilidad de responder por su subsidiaria, mayores son los costos en los que debiera incurrir la casa matriz para monitorearla y menor el incentivo de operar bajo una legislación laxa como la ecuatoriana. Evidentemente, Ecuador no puede darse el lujo de perder importantes ingresos por reducir significativamente los recursos en los que debiera incurrir la SCPM en su investigación.

Retomando la responsabilidad por control negativo, esta permite que una casa matriz se deslinde a partir del grado de diligencia o monitoreo que ejerció sobre su subsidiaria, lo cual atiende mayormente a los intereses privados antes expuestos. En consecuencia, aunque la responsabilidad por control negativo concuerde con los principios generales de atribución y cumpla en cierta medida los objetivos del Derecho de Competencia sancionador como el monitoreo, este trabajo finalmente la descarta por no constituir un punto medio en la dinámica privado-administrativa.

Es por todo lo expuesto, que se reitera la aplicación de la responsabilidad vicaria como alternativa satisfactoria por ser concordante con los principios generales de atribución, con los objetivos del régimen de competencia administrativo y por lograr un balance entre los intereses contrapuestos de la autoridad y de las empresas que operan en Ecuador a través de filiales.

Ahora, hasta este punto se ha revisado la responsabilidad vicaria desde una perspectiva doctrinaria aplicada al Derecho de Competencia. Por lo que cabe ahora revisarla a la luz del ordenamiento ecuatoriano para discutir la posibilidad de su aplicación.

5.7. Aplicación en Ecuador

El régimen civil ecuatoriano contempla la responsabilidad por hecho de un tercero e introduce dos elementos adicionales para su configuración: que exista una relación de encargo entre aquel que comete un daño y aquel que responde; y, que haya existido negligencia en el encargo⁷². Como se puede ver, la responsabilidad vicaria civil, se asemeja más a lo que en este trabajo se ha referido doctrinariamente como responsabilidad por control negativo en infracciones de competencia.

Sin embargo, como se argumentó, dichos elementos adicionales no configurarían una alternativa satisfactoria en el Derecho de Competencia administrativo

⁷² Artículo 2220, CC.

por no alinearse con el punto medio de incentivos de la SCPM y de los operadores. Adicionalmente, se debe destacar que el régimen de responsabilidad civil y el de competencia protegen y parten de supuestos distintos.

En tal sentido, la responsabilidad civil obliga, a quien ha inferido daño a otro, a la indemnización de dicho daño⁷³. Esto se debe a la función compensatoria que caracteriza al Derecho de Daños⁷⁴. Por otro lado, el Derecho de Competencia sancionador busca, en términos generales, evitar la distorsión de la competencia en el mercado nacional⁷⁵. Adicionalmente, la figura de responsabilidad civil busca favorecer la posición de la víctima en sede judicial. Sin embargo, la víctima de un daño en nada se asemeja a la autoridad de competencia como parte accionante en sede administrativa.

Por lo expuesto, este trabajo propone la responsabilidad vicaria como doctrinariamente se ha concebido a lo largo de la investigación y en el marco del Derecho de Competencia sancionador. Pues, la responsabilidad vicaria civil, no se ajusta al objeto de la ley de competencia, ni a la posición imperante de la SCPM.

A lo largo de esta investigación se ha sostenido que el alcance de extensión de responsabilidad está determinado por la LORCPM. Por su lado, la normativa secundaria –LMV y resoluciones del CNV y la JMF– introduce indebidamente criterios adicionales de vinculación y excede los límites de la LORCPM. Dichos criterios son inaplicables por las disposiciones constitucionales acerca de los reglamentos y la jerarquía normativa. En consecuencia, la inaplicación de los criterios adicionales no requiere reforma legislativa alguna, pues basta ampararse en la CRE.

Por otro lado, entra en discusión la aplicación de la responsabilidad vicaria por parte de la SCPM. Dada la naturaleza sancionatoria del tema en cuestión, se podría considerar la necesidad de reformar la LORCPM. En tal sentido, la norma debiera recoger los tres elementos para la atribución de responsabilidad: (i) cometimiento de una infracción por parte de un operador económico; (ii) que exista una relación entre dicho infractor y un operador o entidad distinta; y, (iii) que exista una conexión entre el cometimiento de la infracción y la relación entre ambos sujetos u operadores.

Bajo esta línea argumentativa, no sería posible concebir una forma alternativa de atribución de responsabilidad sin que esta se encuentre expresamente contemplada en

⁷³ Artículo 2214, CC.

⁷⁴ Luis Díez-Picazo, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial Tomo V* (Madrid: CIVITAS Thomson Reuters, 2012), 24-25.

⁷⁵ Artículo 1, LORCPM.

la ley de competencia. Por otro lado, se podría abrir la puerta a una aplicación de la responsabilidad vicaria a través de la construcción de un precedente por parte de la SCPM. Sin embargo, dicha alternativa partiría de un entendimiento profundo, por parte de la autoridad, de los incentivos económicos que generaría encontrar un punto medio en la atribución de responsabilidad a casas matrices.

Finalmente, el presente trabajo reconoce la complejidad que históricamente ha enfrentado el ordenamiento ecuatoriano tanto para reformar normativa siguiendo principios económicos, como para generar precedentes atractivos para el sector privado. En consecuencia, el análisis expuesto y su correspondiente propuesta apuntan a abrir la discusión sobre la extensión de responsabilidad a operadores distintos al infractor en el país.

6. Conclusiones

A través de una metodología deductivo-analítica, el presente trabajo esclareció el alcance del Derecho de Competencia ecuatoriano para atribuir responsabilidad a operadores distintos al infractor. En concreto, estableció a partir de una interpretación sistemática de la LORCPM y la normativa accesoria, que una casa matriz puede ser sancionada por infracciones de su subsidiaria cuando sea propietaria de al menos el 50% de su capital social y/o ejerza una influencia decisiva sobre ella.

A partir del alcance de la LORCPM, se estableció que el reenvío que hace el RLORCPM a la normativa del mercado de valores y resoluciones de la JMF y del CNV, contraviene las disposiciones constitucionales acerca de la expedición de reglamentos y la jerarquía normativa. Esto se debe a que, tanto la LMV como las resoluciones mencionadas, establecen criterios de vinculación para atribución de responsabilidad que exceden ampliamente el alcance de la LORCPM.

Una vez establecidos los hallazgos, el presente trabajo realizó una crítica con respecto del alcance de la responsabilidad de operadores distintos al infractor. Pues la propiedad y/o el control que las casas matrices pueden ejercer sobre sus filiales, responden a criterios meramente estructurales. La extensión de responsabilidad únicamente basada en dichos criterios contraría los principios generales de atribución de responsabilidad, por lo que se propuso la responsabilidad vicaria o indirecta como alternativa satisfactoria.

La responsabilidad indirecta constituye una forma de atribución consistente con los principios generales de atribución de responsabilidad; y, además, es concordante con

los objetivos del Derecho de Competencia sancionador en materia de responsabilidad parental. En tal sentido, la responsabilidad vicaria alcanza a la sociedad solvente y evita la dilución patrimonial para escapar multas. Asimismo, este modelo de responsabilidad es efectivo en la disuasión del cometimiento de infracciones de competencia.

A diferencia del resto de teorías consideradas en el análisis, únicamente la responsabilidad vicaria es consistente con los principios generales de atribución; con los objetivos del Derecho de Competencia sancionador; y, los incentivos económicos tanto de la autoridad de competencia como de las sociedades que operan en el país.

Las consideraciones prácticas acerca de los intereses contrapuestos de la SCPM y de las casas matrices que operan o buscan operar en el país fueron determinantes en establecer a la responsabilidad vicaria como la alternativa satisfactoria para atribuir responsabilidad en Ecuador. Esto se debe a los altos costos de investigación y de monitoreo en los que tendrían que incurrir la autoridad y las casas matrices, respectivamente; en caso de adoptar cualquier otra forma de atribución.

El presente trabajo se enfrentó a ciertas limitaciones como la imposibilidad de acceso a información confidencial por ser comercialmente sensible para la competencia en el mercado nacional. En tal sentido, no fue posible revisar la aplicación de los criterios de vinculación por parte de la autoridad de competencia ecuatoriana. Sin embargo, el análisis se refirió a decisiones extranjeras para la conceptualización de elementos relevantes en la aproximación del problema jurídico.

Adicionalmente, la aplicación del modelo propuesto podría darse en dos sentidos: a través de una reforma legislativa para contemplar expresamente la responsabilidad vicaria con sus elementos; o, a través del desarrollo de un precedente satisfactorio por parte de la autoridad de competencia. Sin embargo, ambas opciones parten de la comprensión de los principios e incentivos económicos por parte de la administración, lo cual ha resultado tradicionalmente complejo en Ecuador.

Los hallazgos de esta investigación tienen un impacto significativo en el Derecho de Competencia ecuatoriano, pues implican una crítica fundada al actual modelo de imputación y abren el debate hacia nuevos modelos considerando los principios generales de atribución de responsabilidad, los objetivos del Derecho de Competencia administrativo y los incentivos bajo los cuales operan la autoridad y los operadores económicos.