



FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

CONTROL DE FUSIONES Y CONCENTRACIONES DE EMPRESAS EN EL ECUADOR

Trabajo de Titulación presentado en conformidad con los requisitos establecidos para optar por el título de Abogada de los Tribunales y Juzgados de la República.

Profesora Guía

Ab. María de Lourdes Solorzano Vera

Autora

Piedad Jhulisa Muñoz Realpe

Año
2015

DECLARACIÓN DEL PROFESOR GUÍA

“Declaro haber dirigido este trabajo a través de reuniones periódicas con la estudiante, orientando sus conocimientos y competencias para un eficiente desarrollo del tema escogido y dando cumplimiento a todas las disposiciones vigentes que regulan los Trabajos de Titulación”

María de Lourdes Solorzano Vera
Abogada de los Tribunales y Juzgados de la República.
C.I: 1712336948

DECLARACIÓN DE AUTORÍA DEL ESTUDIANTE

“Declaro que este trabajo es original, de mi autoría, que se han citado las fuentes correspondientes y que en su ejecución, se respetaron las disposiciones legales que protegen los derechos de autor vigentes”

Piedad Jhulisa Muñoz Realpe
C.I.: 1003094891

AGRADECIMIENTOS

A Dios.

A mis padres por su paciencia y dedicación, por estar conmigo, siempre caminando. Por todo.

A mis cuatro hermanos, por ser el regalo más bonito del universo.

A mi familia, a mis primas y mis tíos, por ser mi apoyo y mis confidentes.

A mi profesora guía, por haber aceptado el reto y haber trabajado duro y decidida para lograrlo, por su visión y calidad humana.

DEDICATORIA

A mis papás, que son mi vida.

A mis abuelos, dos que bailan en el cielo, por enseñarme que el amor eterno existe y a los dos que aún están, por ser un ejemplo de lucha.

RESUMEN

La Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder del Mercado, publicada el 13 de octubre del 2011, tiene como objetivo, según dispone en su artículo primero, corregir y sancionar el abuso de poder de mercado y las prácticas restrictivas de la competencia.¹

Dentro de ésta Ley, se encuentran reguladas las operaciones de concentración y fusión empresarial, que son mecanismos legales para el crecimiento de las empresas, sin embargo, con el fin de cuidar que no propicien el abuso de mercado ni restrinjan la competencia, existe el control de estas operaciones. Si bien la Ley y los demás instrumentos legales, mencionan requisitos para llevar a cabo estas operaciones, en ellos no se toma en cuenta cómo afectarán a las micros, medianas y pequeñas industrias el llevarlas a cabo.

El presente trabajo de investigación, analiza el marco legal aplicable a las operaciones de fusión y concentración empresarial, en relación a las micros, pequeñas y medianas industrias y la afectación que estas pueden tener. Además, muestra que la Ley debe mejorar para ser contestaría a este sector del mercado.

ABSTRACT

The Organic Law of Control and Regulation of Market Power, published on October the 13th of 2011 goal, as seen on its first article, is to correct and punish the abuse of market power and restrictive practices of competence.

In this Law, the operations of concentration and business merger are being regulated, these are growth mechanisms for the companies, however the control of this operations exist with the objective of watching them not to restrict competence or abuse market power. Whether the Law and its legal instruments, point certain requirements to execute these operations, how they may affect the micro, small and medium industries is not considered by the Law.

This research is done with the purpose of analyze the legal framework applicable to this operations in relation to the micro, small and medium industries and its affectation. Also, it shows that the Law must upgrade to respond to this market section.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I.....	3
1. ASPECTOS GENERALES DEL MERCADO Y LAS MICROS, PEQUEÑAS Y MEDIANAS EMPRESAS.....	3
1.1. Breve historia del mercado y su evolución.....	3
1.2. Macro mercado y micro mercado.....	7
1.3. Historia y evolución de las micro, pequeñas y medianas empresas como actores del micro mercado	9
1.4. Prácticas de mercado y prácticas desleales.....	17
1.5. Protección del derecho de competencia, del mercado y control de poder del mercado	19
CAPÍTULO II	23
2. LA FUSIÓN Y LA CONCENTRACIÓN EN SU RELACIÓN CON EL DERECHO DE COMPETENCIA	23
2.1. La fusión y la concentración en su relación con el derecho de competencia	23
2.2. Implementación de las normas del derecho de competencia	27
2.2.1. Marco Andino.....	27
2.2.2. Ecuador	28
2.3. Normativa jurídica que regula las fusiones y las concentraciones en el Ecuador.....	31
2.4. La Fusión como medio de afectación al derecho de competencia	36
2.5. La Concentración como forma de afectación al derecho de competencia	40

CAPÍTULO III	43
3. ANÁLISIS DE LA REALIDAD JURÍDICA.....	43
3.1. Realidad Jurídica ecuatoriana.....	43
3.2. Caso Farmaenlace.....	43
3.3. Análisis Jurídico del Caso Farmaenlace.....	46
3.4. Caso Corporación GPF	48
3.5 Análisis Jurídico del Caso Corporación GPF.....	49
3.6. Vulneración de los derechos de los micro empresarios a través de los literales a y b del artículo 16 de la Ley Orgánica de Control y Regulación del Poder de Mercado	51
CONCLUSIONES	54
RECOMENDACIONES	57
REFERENCIAS	58
ANEXOS	65

INTRODUCCIÓN

El segmento de las micro, pequeñas y medianas empresas es la base del desarrollo social. Es trascendente destacar la relevancia histórica de estas industrias, que han sido motor para la diversificación, tanto de la oferta como de la participación de los actores económicos, planteando retos para el desarrollo del país, creando plazas de trabajo, redistribuyendo la riqueza e inclusive, a pesar de sus limitaciones y retos, adaptándose a las exigencias del mercado, innovando constantemente hasta convertirse en la actualidad en uno de los mayores sectores generadores de empleo. Las pequeñas y medianas empresas contribuyen de manera decisiva a la producción y crecimiento interno, por ello, estos sectores deben ser impulsados, principalmente desde el Estado, generando normativas, financiamiento e incentivos, que, sumadas al sector privado permitan el adecuado progreso de este importante sector.

La Constitución de la República del Ecuador, promulgada en el año 2008, reconoce la importancia de las micro, pequeñas y medianas empresas, garantiza el derecho a desarrollar actividades económicas conforme a los principios de solidaridad, responsabilidad social y ambiental, establece que uno de los objetivos de la política económica es la adecuada distribución del ingreso y de la riqueza nacional, incentiva la producción nacional, la productividad y competitividad sistémicas, dispone que la política comercial debe evitar y sancionar los abusos de poder del mercado, las prácticas monopólicas y oligopólicas, así como determina que el Estado tiene el deber de fomentar la competencia en igualdad de condiciones y oportunidades.

A su vez, el Plan Nacional del Buen Vivir, en concordancia con lo que señala la Constitución, tiene como uno de sus objetivos impulsar la transformación de la Matriz Productiva, mediante la conformación de nuevas industrias, la inclusión económica, impulsando la gestión de recursos con el fin de transformar las estructuras productivas para revertir los procesos concentradores que afectan a

las condiciones de acceso al mercado a los micro, pequeños y medianos productores.

Respecto de la concentración económica, la Ley Orgánica de Control y Regulación del Poder de Mercado, establece que los operadores económicos involucrados en operaciones de concentración deben notificar previamente a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, siempre que su volumen de negocios, supere el monto establecido por la Junta de Regulación en remuneraciones básicas unificadas o, que en la operación se involucren operadores que, como consecuencia de esta operación lleguen a tener una cuota igual o superior al 30% del mercado relevante del producto o servicio en el ámbito nacional o en un mercado geográfico. Si las operaciones no tienen estas condiciones, se determina que no requerirán de conocimiento previo por parte de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, salvo petición de parte o de oficio, podrá la Superintendencia de Control del Poder de Mercado solicitar a los involucrados la realización de la notificación.

Esta norma al parecer podría romper el espíritu y sentido de la misma al suponer que la afectación y concentración de poder del mercado ocurre mediante operaciones de concentración que igualen o superen un 30% de la participación de mercado o los valores de negocio definidos en remuneraciones básicas unificadas.

El objetivo de este trabajo es investigar si existe una vulneración a los derechos de los pequeños y medianos empresarios en la aplicación de los literales a y b del artículo 16 de la Ley Orgánica de Control y Regulación del Poder de Mercado cuando el porcentaje de participación en el mercado sea inferior al 30% que señalan las disposiciones legales y si estas son pertinentes para la realidad del mercado.

CAPÍTULO I

1. ASPECTOS GENERALES DEL MERCADO Y LAS MICROS, PEQUEÑAS Y MEDIANAS EMPRESAS

1.1. Breve historia del mercado y su evolución

El Derecho, hace referencia a los procesos históricos, ya que al ser una ciencia social se desarrolla y avanza según la sociedad y el ser humano lo hacen, es por eso que no se puede precisar exactamente un momento para su nacimiento.

En el caso del comercio y el ordenamiento jurídico mercantil, quizás se pueda señalar puntos clave en relación al derecho positivo, sin embargo es inevitable tomar en cuenta que prehistóricamente y durante mucho tiempo posterior a esta época, no existían documentos físicos, por lo que la información se llevaba de manera oral, sobre ello se debe mencionar que el hecho de no existir pruebas físicas, no quiere decir que no se practicaba el comercio anteriormente, sino que se las realizaba de forma distinta a la actual, pero existía la misma intención clara que hasta el día de hoy: el intercambio de bienes (Barrera G. Jorge, "Temas de Derecho Mercantil", Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1983, pág. 21).

Al tratar el mercado en sí, se debe remontar el trabajo a los primeros esbozos del mismo: el trueque, que nace simultáneamente con la producción de la agricultura y la ganadería a finales del período neolítico, en el cuál la sociedad y el consumo empiezan a tomar una forma mercantil. En el período paleolítico, los seres humanos eran netamente depredadores, es decir que cazaban su propia comida por necesidad y en miras de la subsistencia, carentes de la idea de riqueza (Alvear P., Gómez de la Torre B., "Derecho de corrección económica, defensa de la competencia y competencia desleal", Universidad Internacional SEK, Quito, Ecuador, 2012, págs. 17 y 18).

En el período neolítico, los seres humanos empiezan a tener conciencia del intercambio de bienes, en la búsqueda ya no sólo de satisfacer sus necesidades, sino de que mediante la intensificación y especialización en la producción se busca generar excedente, para así, conseguir otros productos. Los excedentes de todas las comunidades, eran el producto con el cuál se efectuaba el trueque para adquirir bienes, en su mayoría alimentos o utensilios diarios, distintos a los que se producían en cada comunidad. (Barrera G. Jorge, "Temas de Derecho Mercantil", Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1983, págs. 16 a 18.)

Este mercado primitivo, carente de derecho positivo, que, si bien es muy simple, goza con el cumplimiento esencial de las características del mercado, aunque el bien intercambiado y el rédito en ese momento histórico no fuere económicamente contable. (Miranda J., "Gestión de Proyectos", pág. 90 a 92.)

Por supuesto, esto tiene un cambio con la aparición del dinero, con esto nace otra visión, se encuentra de forma específica un bien físico con un valor intrínseco reconocido por una sociedad y con el fin de ser comercializado, lo que en ocasiones era un inconveniente ya que la moneda de una comunidad perdía totalmente el valor en otra. En miras de solucionar este problema, se utiliza el oro como divisa y se facilita el comercio fuera del territorio (Banco de México, "La historia del dinero", pág. 1 a 3).

Víctor Cevallos en su libro, "Manual de Derecho Mercantil", manifiesta que se debe entender al comercio como un fenómeno socio-económico que, existió desde las primeras civilizaciones y que va creciendo a la par que el ser humano empieza a desarrollar sus actividades sociales.

El antiquísimo "Código de Hammurabi" es el primer documento físico en el que se consagran positivamente, preceptos mercantiles. Por otro lado, en China sistematizaban ya sus cuentas de forma contable, mientras que en el imperio romano las Leyes Rodias pretendían normar el comercio marítimo. (Capuñay

Z. Angelo, “El Código de Hammurabi, 2011, pág. 1 a 5.) En Roma, en su Digesto, del cual existen datos de haber sido redactado en el año 553 D.C., se evidencian disposiciones jurídicas, sin embargo no se elaboró realmente un régimen específico de comercio (Cevallos V. Víctor, “Manual de Derecho Mercantil”, Editorial Jurídica del Ecuador, Quito – Ecuador, 2007, 4ta. Edición, págs. 33 a 36.), sobre lo que Alberto Rocco determina tres razones básicas: el régimen esclavista; al carácter extranacional del comercio y a la flexibilidad del Derecho Romano, basado no en el Derecho Civil Romano sino en el Derecho de Gentes. (Aizag R. Gilberto, “Aproximación a la Historia del Derecho Mercantil”, Tesis doctoral, Pontificia Universidad Javeliana, Bogotá, Colombia, 1981, págs. 19 y 20.)

En la Edad Media, el Derecho Mercantil toma especial fuerza con el nacimiento de los mercados urbanos, es decir, espacios físicos dedicados al intercambio de bienes en los cuales eran los mismos comerciantes organizados quienes lo realizaban y empezaron a darle forma concreta al comercio, determinando normas para la comercialización de los productos, las mismas que estaban naturalmente basadas en las costumbres y las circunstancias de ese momento. Estas normas fueron las que luego y con el transcurso del tiempo se convertirían en normas de derecho positivo. (Quevedo C. Ignacio, “Derecho Mercantil”, Pearson Education, México, 2008, 3ra. Edición, págs. 5 a7)

Posteriormente se desarrollan normas de carácter nacional, bajo las cuáles se buscaba proteger y regular el comercio, las primeras son: la *Navigation Act.*, en el año de 1651 en Inglaterra, las Ordenanzas sobre Comercio Terrestre, desarrolladas en el año 1673 y posteriormente las Leyes de Comercio Marítimo en 1681 en Francia. (Cevallos V. Víctor, “Manual de Derecho Mercantil”, Editorial Jurídica del Ecuador, Quito – Ecuador, 2007, 4ta. Edición, págs. 33 a 36.)

Es a partir de la Revolución Francesa, en el año de 1789, que se desarrollan, definen y socializan las normas del derecho mercantil con el *Code de*

Commerce promulgado en el año de 1807 en Francia. El proceso previo a ello empezó en el año de 1801, año en el que se inicia concretamente su redacción, para que luego el texto del Código de Comercio Francés fuese aprobado por el órgano encargado, en aquél tiempo el Consejo de Estado, después de haber sido observado y revisado el texto que se aprueba y promulga. El código es posterior a la promulgación del Código Civil Francés en el año de 1804, pero es definitivamente el resultado de varios intentos no suficientes para normar el comercio que se forma una comisión con el fin de redactar un código en el cuál se regulen las normas de los comerciantes; esta comisión contaba con reconocidos practicantes del comercio, además de la presencia destacada del negociante y escritor Vital Roux, prestigioso en su época por haber publicado un libro en el que se veía casi una codificación sobre las normas de comercio y en el que se señalaba la necesidad de la creación de legislación al respecto, el detalle de haber confiado esta labor a expertos y conocedores de la práctica del comercio, es uno de los mayores aciertos reconocidos a Napoleón. (C. Delplanque, “El Código de Comercio de 1807”, Instituto Napoleónico México-Francia.)

Además del análisis histórico sobre el nacimiento del mercado, se pueden también tomar en cuenta las acepciones lingüísticas del mismo, las cuales pueden ayudar a entender al mercado de una forma mucho más simple y clara:

“Mercado”, del vocablo latino “*mercatus*”, que deriva del verbo “*mercari*” que quiere decir comprar, junto a “*merx*”, que significa mercancía, raíz que es atribuida a los etruscos, quienes usaban esta palabra y sus derivadas para hacer referencia al mercado, sus usos y el comercio (Diccionario de la Lengua Española, Real Academia de la Lengua Española, Vigésima segunda edición, 2009). El Diccionario de la Real Academia Española (DRAE) entre sus acepciones, define al mercado como el conjunto de actividades realizadas por los agentes económicos, el estado de evolución de la oferta y la demanda en un cierto sector, entre otras (Diccionario de la Lengua Española, Real Academia de la Lengua Española, Vigésima segunda edición, 2009).

El mercado ha avanzado al ritmo de la sociedad, facilitando espacios propicios de acuerdo a la tecnología, las comunicaciones y la globalización, de forma que los consumidores acudan a él en busca de satisfacer sus necesidades mientras que los ofertantes pueden ofrecer sus productos de forma amplia, mejor y directa al consumidor. Al respecto del concepto del mercado, Robert S. Pindyck y Daniel L. Rubinfeld, en su libro "Microeconomía", señalan que es aquello que se genera de la interrelación entre compradores y vendedores y que "es el centro de la actividad económica y muchas de las cuestiones y temas más interesantes de economía se refieren al funcionamiento de los mercados" (Robert S. Pindyck, Daniel L. Rubinfeld, "Microeconomía", Pearson Education S.A., Madrid, España, 2009, p. 10, 11).

1.2. Macro mercado y micro mercado

El mercado, en su amplitud, tiene muchas formas en las que puede ser categorizado o dividido, dependiendo de la doctrina, escuela, tendencia o autor que se estudie, para el estudio del tema de concentraciones y fusiones empresariales, nos centraremos en el macro mercado y micro mercado.

La escuela de Chicago, con toda la influencia keynesiana y que tiene como horizonte el libre mercado, sostiene, entre una de sus ideas, que existen dos mundos económicos: el macro económico y el micro económico. El ejercicio de equilibrio en la intervención de éstos, pretende el éxito del mercado general.

El mercado macro depende más de las circunstancias y el ambiente del mercado, además de la política económica general que desarrolle el Estado, mientras que en el micro mercado, se encuentran los precios individuales, determinados básicamente por la oferta y la demanda.

Al hablar de macro y micro mercado, se habla también de la forma de producción y de los medios de distribución para ello. La micro industria, tiende a usar materia más primaria, menos procesada para sus productos, producir de

forma más tradicional y a tener una relación más cercana a sus consumidores directos, mientras que en el macro mercado, se ve la producción en masa y las grandes plataformas para la oferta de sus productos.

Existen diferencias entre las dos partes, en cuanto la cantidad de recursos que se dispone para la producción, la tecnificación de procesos de oferta, los planes de desarrollo, siendo que para el sector macro, la competencia en su sector es más equitativa y más fuerte dentro del mercado, lo que no sucede con los sectores micro, quienes en este sentido, funcionan con una dinámica distinta por la falta de recursos, conocimiento o simplemente por concepto, sin embargo de que, las dos formas de hacer mercado sean distintas, son dos economías que están inevitablemente integradas y son totalmente complementarias, ya que incidirán en el resultado económico del país (Revista "Tu Ne Cede Malis", "Unravelling Milton Friedman", 2011).

Ahora, es necesario dentro del tema, entender también la función de las grandes y pequeñas empresas y sus diferencias, que radican en su tamaño, origen, capital, trabajadores, actividades y manejo. Según ello, se clasifican las empresas en micro, pequeñas y grandes empresas. Dentro de este tema, existen diferentes acepciones cuantitativas para diferenciales una de otra, sin embargo, no varía demasiado las diferentes teorías, por lo que encontrar ciertos criterios distintos entre unos y otros autores es usual. La microempresa es aquella que cuenta con hasta 15 personas para trabajar en ella, tiene una organización casi siempre de tipo familiar y una administración empírica. Abastece a un mercado pequeño y su producción es rudimentaria. Mientras que, la pequeña y mediana empresa ocupa entre 16 a 100 personas, usualmente se maneja mediante sociedad y hay una mezcla entre el empirismo y la administración técnica. Cuenta con un plan de crecimiento y con instrumentos más amplios para su producción lo que le permite abastecer a un mercado más grande. Mientras que, las grandes empresas ocupan más de 250 personas y cuentan con varios socios, son parte representativa y conocida del

mercado y dados sus recursos, innovan y crecen constantemente (Temario de estudio, AIU High School, 2015)

El que exista un mercado equilibrado, que proponga el crecimiento de toda la economía y no restrinja mediante tergiversaciones legales ni mecanismos de competencia desleal, hace que la economía mejore y que exista un mayor desarrollo del mercado nacional, además de promover una política de sana competencia.

1.3. Historia y evolución de las micro, pequeñas y medianas empresas como actores del micro mercado

Históricamente las grandes empresas han jugado un rol fundamental en la economía ecuatoriana, sin embargo, en la última década esto ha ido cambiando y la micro, pequeña y mediana empresa ha comenzado a ganar espacio (Jaramillo A. Juan, “Los mayores grupos económicos del país”, IDE Business School, Revista Perspectiva, Ecuador, 2014, p. 10 a 14).

En Ecuador existen intenciones claras para modificar la tendencia usual del mercado que se enfoca en el crecimiento de los grandes sectores del mismo, lo que se refleja en ciertas políticas y decisiones estatales, como el Plan de Cambio de Matriz Productiva. A pesar de ello, se mantienen ciertos productos como el petróleo, el banano y el camarón como los principales generadores de ingresos económicos para el país, sin embargo, esta situación mantiene el estado de vulnerabilidad de la economía ecuatoriana, debido a la sensibilidad que produce la variación de la venta de estos productos (Barrera M., “Situación y desempeño de las PYMES de Ecuador en el mercado internacional”, Montevideo, Uruguay, 2001, pág. 16).

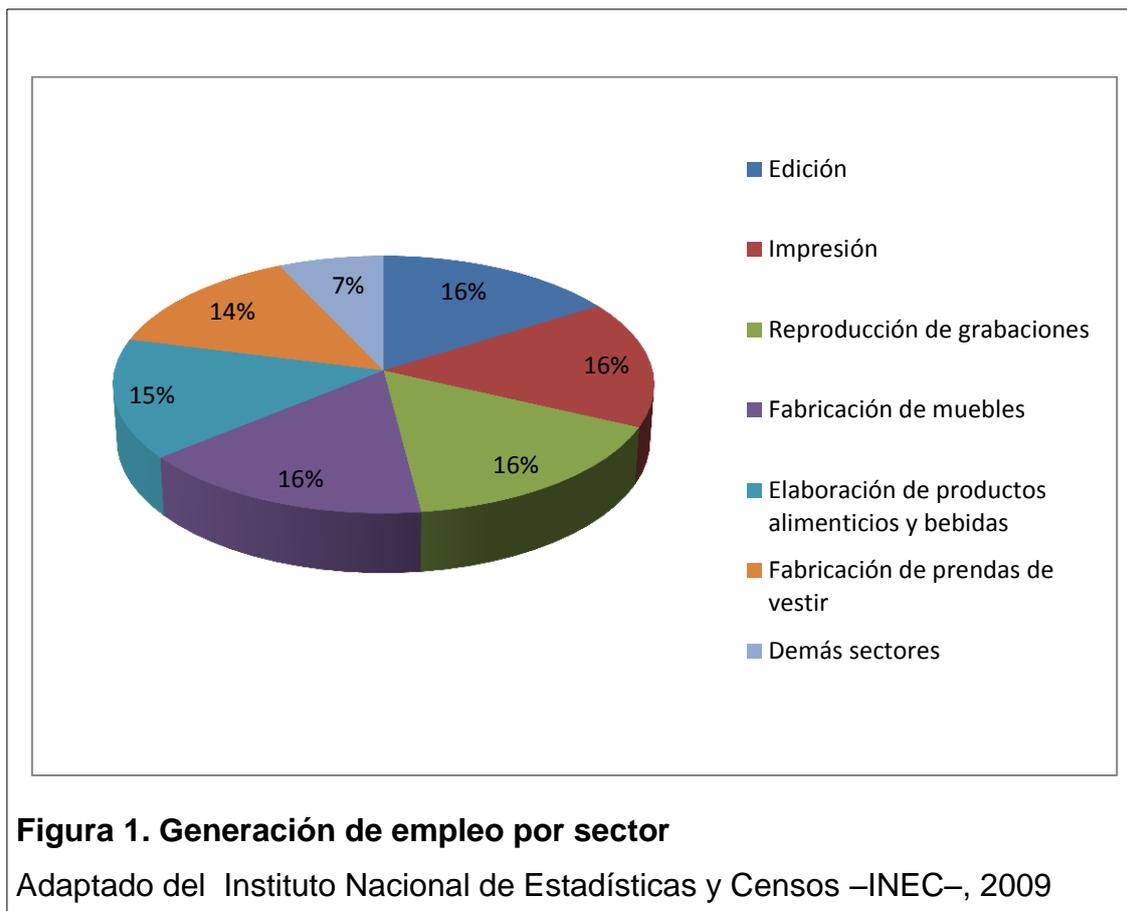
Es importante promover una participación más activa de las micro, pequeñas, medianas y grandes empresas en el mercado, considerando su importancia en la capacidad de generar empleo, de innovar, de contribuir en la distribución del

ingreso, de fomentar el emprendimiento y generar más competencia en una economía. Actualmente en Ecuador y en muchos otros países se habla de potenciar el aceleramiento de los procesos de internacionalización de las micro, pequeñas y medianas empresas y de diversificar la producción y redistribución de la riqueza, además para que estén orientadas a los mercados internacionales y puedan generar competitividad interna y externamente (Etchebarne, 2009).

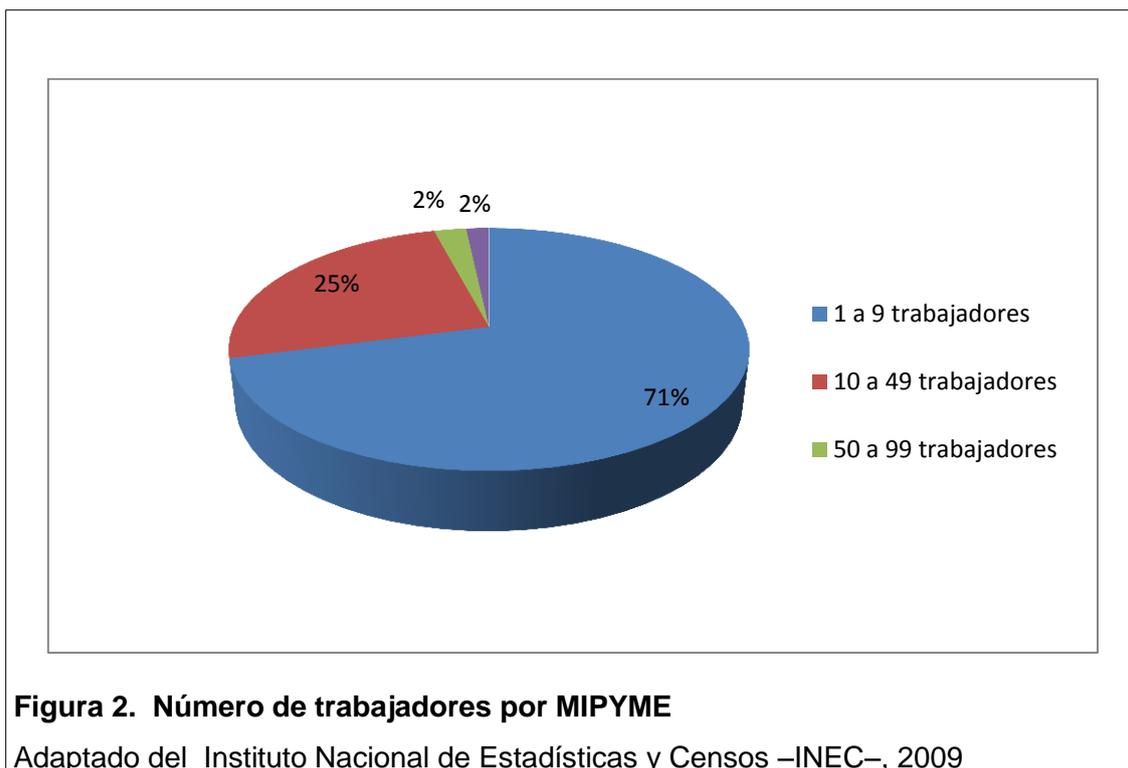
Las micro, pequeñas y medianas empresas son potenciadoras del desarrollo del mercado y podrían constituirse en un motor del desarrollo del país. La falta de medidas de crecimiento y acompañamiento como, la información, la asistencia técnica, la capacitación y el acceso a crédito, las barreras para el ingreso al mercado y las grandes cadenas, son algunos de los factores que limitan las circunstancias para que las micro, pequeñas y medianas empresas se desenvuelvan adecuadamente. Superar estos obstáculos requiere del apoyo decidido de las instituciones del sector público, cámaras y gremios de la producción y de las organizaciones de asistencia técnica internacional.

Las micro, pequeñas y medianas empresas son un importante sector de la economía ecuatoriana, en el área urbana emplean aproximadamente al 60% de la PEA –Población Económicamente Activa– siendo la microempresa la que abarca el mayor porcentaje (43%), mientras que la pequeña y mediana empresa emplean al 14,5% y 4,2% respectivamente (Instituto Nacional de Estadísticas y Censos –INEC–, 2009).

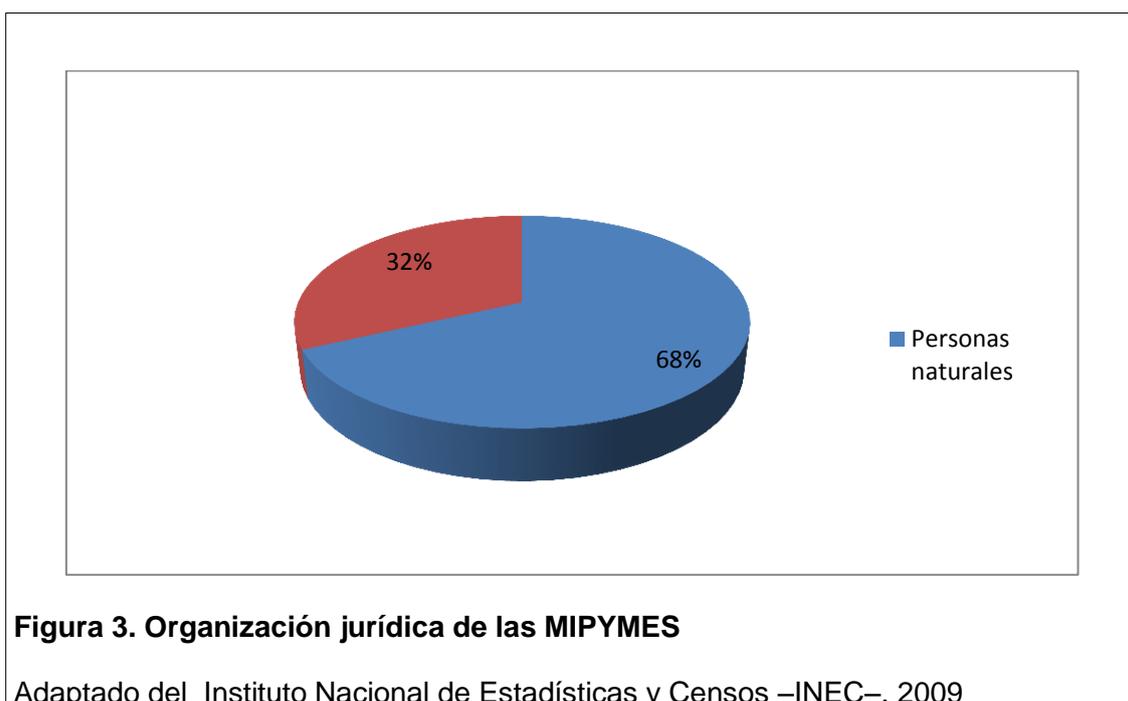
El gráfico a continuación, es presentado a manera de ejemplo y representa el porcentaje de generación de empleo de varias de las industrias que forman parte de este segmento del mercado. Las industrias de edición, impresión, reproducción de grabaciones y fabricación de muebles, generan, cada una, el 16 por ciento de las plazas de trabajo en el sector, seguidas de la elaboración de productos alimenticios que genera el 15 por ciento de plazas de trabajo, la fabricación de prendas de vestir el 14 por ciento y las demás industrias un 7 por ciento.



El siguiente gráfico hace referencias al número de trabajadores que requieren las industrias para poder prestar sus servicios o realizar su producción, evidenciándose que un 70.9 por ciento de las micro, medianas y pequeñas empresas, cuentan con 1 a 9 trabajadores, el 25 por ciento entre 10 y 49 trabajadores, el 2.4 por ciento entre 50 y 99 trabajadores y sólo el 1.7 por ciento de ellas posee más de cien trabajadores.



El gráfico muestra la organización jurídica de las micro, pequeñas y medianas empresas. La mayoría funciona al amparo de una persona natural que las representa y sólo un 32 por ciento de ellas se han constituido jurídicamente.



El mercado interno de las micro, pequeñas y medianas empresas se divide en dos grandes sectores institucionales: el privado, que representa el 79% y el público, que equivale al 21%. (MIPRO, Instituto de Investigaciones Socioeconómicas y Tecnológicas, 2002), es decir que únicamente el 11% de las micro, pequeñas y medianas empresas privadas realizan sus actividades en una estructura societaria legalmente establecida.

En la industria manufacturera, que se ha tomado de ejemplo, se evidencia una gran concentración geográfica de micro, pequeñas y medianas empresas en las provincias de Pichincha (35%) y Guayas (22%), especialmente en las ciudades de mayor desarrollo económico como son Quito y Guayaquil. Tungurahua abarca el 9% de micro, pequeñas y medianas empresas y Azuay el 8%, mientras que el resto de provincias menos del 5% (Encuesta Nacional de Micro, Pequeñas y Medianas empresas de la industria manufacturera, 2007).

Básicamente los factores de producción que se combinan para la generación de bienes y servicios son: mano de obra, capital y tecnología. La exigencia de mayor o menor formación depende del sector de la producción, así, en el sector de productos químicos existe un mayor porcentaje de trabajadores con nivel profesional que en el sector de confecciones o de madera, donde el mayor porcentaje lo representan los obreros (MIPRO, Instituto de Investigaciones Socioeconómicas y Tecnológicas, 2002). En términos de capacitación, según la encuesta levantada por Stratega en el 2007, sólo el 38% de las empresas brindaron capacitación a sus trabajadores y es claro que, factores como la tecnología, la calidad, el conocimiento, la actualización y otros, son determinantes para el desarrollo y crecimiento de estos establecimientos.

“Respecto a las fuentes de financiamiento para iniciar la microempresa, la información de la Encuesta Nacional de la Microempresa en el Ecuador, levantada en el año 2004 por el proyecto Salto de USAID, evidencia que la mayoría de microempresarios recurren a sus ahorros

personales (67%) para iniciar su negocio, siendo los préstamos de familiares y amigos su segunda fuente de financiamiento más importante (12,6%). Es muy bajo el nivel de financiamiento de la microempresa a través del sector formal de instituciones financieras, sólo el 15,7 % había solicitado un préstamo en los últimos 12 meses (USAID, 2005). Un dato más reciente del año 2007 indica que el 62,7% de micro, pequeñas y medianas empresas accedió a financiamiento del sector formal, esta diferencia tan amplia con respecto al año 2004 puede deberse por un lado, a las políticas de gobierno implementadas en los últimos años para ayudar a este sector, que en gran medida han procurado facilitar el acceso al crédito por parte de los microempresarios; y por otra, a la fuente de información, ya que en la encuesta del 2007 la pregunta se hace para los dos últimos años mientras que en la del 2004 se pregunta solamente del último año.

Lamentablemente hasta hoy no existen estadísticas históricas y actualizadas que permitan sacar conclusiones precisas sobre la participación y evolución de las micro, pequeñas y medianas empresas en el comercio.” (Aguiar V., Anderson A., Burgos S., Gualavisí M., Onofa M., Ruiz P., Sáenz M., “Estudios industriales de la micro, pequeña y mediana empresa”. FLACSO Sede Ecuador, Ecuador, 2013).

Este sector del mercado aún no ha alcanzado las condiciones necesarias para su crecimiento, por ello, es preciso que el gobierno y sus entidades, enfoquen sus esfuerzos en cambiar esta realidad y generen oportunidades para desarrollar su capacidad competitiva. Con este objetivo, el Gobierno ha creado iniciativas para apoyar a las micro, pequeñas y medianas empresas, como las que se presentan a continuación.

En colaboración del Banco Interamericano de Desarrollo (BID), se han emprendido algunas iniciativas para incrementar el financiamiento y acceso a crédito de los microempresarios, especialmente en áreas rurales y suburbanas.

La creación de cooperativas y redes financieras en zonas rurales y ciudades intermedias ha sido uno de los principales medios para lograrlo, así como la capacitación técnica al respecto de varios temas (Banco Central del Ecuador y AFI, “Inclusión Financiera: Aproximaciones teóricas y prácticas”, Quito, Ecuador, 2012).

Por su parte, el Ministerio Coordinador de la Producción, Empleo y Competitividad ha creado algunos programas que tienen intención de beneficiar también a este sector, entre los que se cuentan: el programa CreEcuador que es un fondo de capital de riesgo para apoyar proyectos de alta rentabilidad, donde el Gobierno es socio por un tiempo limitado; EmprendEcuador cuyo objetivo es apoyar al emprendimiento, a través de información, asesoría, validación de proyectos y capital para la puesta en marcha de emprendimientos; InnovaEcuador que fomenta y promueve la innovación, diversificación y eficiencia a través del cofinanciamiento de proyectos (MCPEC, “Agenda para la transformación productiva”, Consejo sectorial de la Producción, 2010-2013).

“Además, en el marco del convenio de cooperación con el Gobierno de Japón, se establece un fondo, cuyos recursos deben ser invertidos en actividades productivas de las micro, pequeñas, medianas empresas y artesanía del país que demuestren tener altos impactos sociales y que sean ambientalmente amigables, a través del programa “Emprendamos”. Así mismo, la CODEPYME3, a través del fondo FONDEPYME, busca incrementar la productividad y competitividad de las pymes, a través de alianzas y otros mecanismos de asociatividad empresarial, así como mejorar su acceso a los mercados, aportar en la lucha contra el desempleo, la pobreza y contribuir a la construcción de un país competitivamente integrado al mercado global.” (Aguar V., Anderson A., Burgos S., Gualavisí M., Onofa M., Ruiz P., Sáenz M., “Estudios industriales de la micro, pequeña y mediana empresa”. FLACSO Sede Ecuador, Ecuador, 2013).

Se han expuesto varias de las iniciativas que se llevan a cabo con el objetivo de impulsar el crecimiento de las micro, pequeñas y medianas empresas, pero es necesario tener en cuenta que a la par, se requiere generar diversas estrategias para encaminar este sector.

La capacitación, la búsqueda de financiamiento y la dinámica de investigación entre otros, influyen de forma importante en el sector de las micro, pequeñas y medianas empresas. La cultura de investigación, es uno de aquellos elementos a los cuáles debe brindarse mayor atención, ya que es el que permite la creación de nuevos productos y procesos que se adapten a las demandas de los mercados (Villavicencio, 2006).

Adicionalmente, la promoción para concretar alianzas empresariales que propendan la posibilidad de incrementar el potencial productivo y atender grandes volúmenes de producción.

Así como hay mecanismos para lograr el crecimiento de este segmento del mercado, se deben observar aquellos puntos débiles que lo impiden. Los precios se muestran como los factores de mayor influencia al momento de determinar las causas que frenan una equilibrada competencia en el mercado ecuatoriano:

“Otra desventaja tiene que ver con los precios no competitivos, lo cual sería una consecuencia de factores como: pocas posibilidades de distribuir los costos fijos entre mayores volúmenes de producción; carencia de capital de trabajo y elevados costos de financiamiento; débiles encadenamientos productivos, sobre todo en aquellos eslabones relacionados con la provisión de materias primas e insumos; costos elevados por desperdicio de materias primas; inflexibilidad de los precios ante la política monetaria y cambiaria por efecto de la dolarización.

La calidad es un atributo relativo a la exigencia de los mercados y existen nichos diferenciados en cuanto a características técnicas, especificaciones y demás aspectos relativos a la calidad, no obstante, los mercados son cada vez más exigentes en lo que respecta al cumplimiento de normas y estándares internacionales, entre ellos los ambientales. En nuestro país toma demasiado tiempo la implantación de un sistema de aseguramiento de la calidad que clarifique los roles del sector público y privado y que posibilite el desarrollo de una cultura de la calidad al interior de las empresas.” (Aguiar V., Anderson A., Burgos S., Gualavisí M., Onofa M., Ruiz P., Sáenz M., “Estudios industriales de la micro, pequeña y mediana empresa”, FLACSO Sede Ecuador, Ecuador, 2013).

La situación en Ecuador también se ve afectada porque las formas de crecimiento que se ofrecen para este tipo de industrias no son precisamente las que más se acomodan a sus ideas, ya que como se ha mencionado, la mayoría de negocios de este tipo nacen de forma familiar y se transmiten de manera generacional, lo que crea un apego diferente, es decir, no sólo se habla de un establecimiento comercial, sino también de un legado con peso emocional. Entender así a estas industrias es complicado para las grandes empresas, ya que su visión netamente lucrativa, hace que al momento de realizar alianzas las unas con las otras, las pequeñas pierdan su identidad esencial, pero, dadas las circunstancias del mercado, se ven presionadas a hacerlo, ya que, de otra manera, su competencia por un lugar en el mercado, se vuelve un reto duro de alcanzar.

1.4. Prácticas de mercado y prácticas desleales

La competencia es una de las características esenciales de los mercados ya que propicia la dinamicidad, el crecimiento de la actividad económica, una gama de ofertas para los consumidores y un impulso en el desarrollo del mercado en general.

En palabras de Joaquín Garrigues, “competencia, en general, significa coincidencia o concurrencia (esta es la palabra francesa e italiana) en el deseo de conseguir una misma cosa: el uno aspira a alcanzar lo mismo que el otro y al mismo tiempo que éste” (GARRIGUES J., “Curso de Derecho Mercantil”, Tomo I, Editorial Porrúa, S.A., México, 1981, pág. 223).

Las prácticas de mercado son las actuaciones de los competidores en las relaciones de unos con otros, los agentes y operadores de mercado (Superintendencia de Control y Regulación del Poder de Mercado, “Preguntas Frecuentes”, Ciudad Quinde), es decir, son las reglas que con su práctica constituyen la competencia, de incumplirse o alterarse, generan lo que se conoce como prácticas desleales de comercio. Estas tienden a limitar la comercialización de los productos por varios medios, sea por cambios en el precio de los productos o el desequilibrio en factores que limitan la producción de ellos. Entre las prácticas más usuales están el dumping, los que hace referencia a la venta a un precio menor al de mercado, los subsidios que ponen a unos competidores en desventaja con otros y están también los monopolios que son una forma de controlar al mercado (Cruz B. Oscar, “Prácticas Desleales de Comercio”, UNAM, México, p.5).

Existen figuras permitidas por la ley, que aunque no son prácticas desleales pueden ser utilizados con fines anticompetitivos. La concentración y la fusión lo ejemplifican, ya que si bien son mecanismos de crecimiento empresarial, pueden tergiversarse de forma que afecten el comportamiento del mercado y de sus agentes, que en busca de mayor poder dentro del mismo, deciden realizar éstos procesos económicos y jurídicos para mejorar su capacidad de desarrollo (Narvárez I., Narvárez E., Narvárez O., “Derecho de la Empresa”, pág. 183 a 191).

Buscar el crecimiento empresarial, es natural en las empresas, cada una de ellas es libre para encontrar la forma legal que mejor se adapte a sus necesidades y expectativas, y es correcto que la ley permita el crecimiento del mercado y el acceso al mismo. La concentración y la fusión son medios para

alcanzar estos objetivos y es la ley la encargada de vigilar que se regulen los procesos mediante los cuales se llevan a cabo, a fin de evitar que se traduzcan en prácticas anticompetitivas. (Cevallos V., “Libre competencia: derecho de consumo y contratos.” pág. 30 a 42)

El problema se da cuando las figuras legales, se ven como una posibilidad de acaparamiento del mercado y concentración del poder, pero esto ya no es una práctica de las concentraciones y de las fusiones o de los mecanismos de crecimiento empresarial, sino de un abuso de ellas.

El sistema normativo debe fortalecerse y evolucionar conforme a las necesidades de la sociedad, lo que es natural dentro del Derecho, limitando en lo posible el daño al mercado o a la justa competencia dentro del mismo, sancionando, reparando y previendo las prácticas desleales. El efecto que tengan, dependen de la realidad jurídica y social del país. La ley para poder cumplir eficazmente con su naturaleza necesita de la existencia de instrumentos que le permitan desarrollarse, en este caso el reglamento, las resoluciones, las guías técnicas y las autoridades, son las que se deben alinear para la consecución de este fin.

1.5. Protección del derecho de competencia, del mercado y control de poder del mercado

El derecho de competencia económica es una rama del derecho económico que se integra por el conjunto de normas que regulan conductas anticompetitivas de los agentes públicos y privados, conductas que pueden tomar diversas formas: prácticas restrictivas de la competencia, prácticas desleales de comercio internacional, o actividades que lesionen los intereses de los consumidores o que vulneren la protección a la propiedad intelectual. El elemento común en estas prácticas es que lesionan o restringen la competencia de los mercados, afectando precios de bienes y servicios, y dañando a los productores, distribuidores y consumidores. (WITKER Jorge,

VARELA Angélica, “Derecho de la competencia económica en México”, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Distrito Federal – México, 2003, 1era. Edición, p. 2 y 3)

Lo que el Derecho debe principalmente observar y cuidar es el momento en que la competencia se tergiversa y se presta para comportamientos desleales o restrictivos de la misma, perjudicando injustamente a otros competidores y al consumidor mismo, esto sucede cuando las empresas buscan medios para aprovecharse negativamente del poder de mercado que tienen o pueden llegar a tener, y al que toda empresa naturalmente ostenta.

Las normas de competencia, son normas de carácter jurídico y económico, ya que, son éstas bajo las cuales se deben desenvolver y actuar los ofertantes. El crecimiento del mercado es positivo siempre para la economía de un país, por ello, la ley debe propiciarlo e incentivarlo, sin embargo, es importante cuidar que las empresas no abusen del poder de mercado (Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, “La libre competencia en el Chile del Bicentenario”, 2011, Chile, p. 1 a 7).

Para el análisis y desarrollo de este trabajo, se deben considerar dos enfoques dentro del tema de competencia; el primero es entenderla como parte de una política estatal y el segundo es el tipo de competencia que debe existir dentro del mercado, la competencia debe ser justa, leal y legal.

En el primer enfoque es el Estado el que mediante sus disposiciones debe proteger al mercado; en miras al bien general, al impulso de mejoras y a la propensión de eliminar las fallas del mismo. La determinación de conductas, de normas y de herramientas para el crecimiento, desarrollo y perfeccionamiento son los mecanismos que utiliza para lograrlo.

Las normas que regulan la competencia deben ir encaminadas hacia la igualdad de oportunidades, tanto para ingresar a competir dentro del mercado como para mejorar las condiciones dentro de él. Es así como la competencia debe reunir las características enunciadas: (I) justa, en el sentido de que existan equitativas oportunidades de crecimiento; (II) leal, de forma que los

competidores no busquen dañarse unos a otros, sino impulsarse al desarrollo y la innovación y; (III) legal, de manera que se respeten las normas y el espíritu de las mismas; es decir, que de ninguna forma las conductas que se tomen por parte de los operadores de mercado sean negativas para sus competidores y mucho menos para el consumidor.

Existe una línea base en lo que se considera el Derecho de Competencia, que es la búsqueda esencial de reglar el mercado de tal forma que las prácticas que se realicen dentro de él, propicien la competencia justa e impidan realizar prácticas desleales o restrictivas, y que, de realizarse existan los medios jurídicos para corregirlas y sancionarlas.

El Derecho de Competencia pretende determinar el marco jurídico dentro del cual, se resolverán las situaciones derivadas de los comportamientos que se visualizan en el mercado, haciendo referencia a la forma en la que las empresas compiten unas con otras y propiciando un mercado sano, competitivo, positivo y eficiente. Este es el verdadero reto que tiene el Derecho de Competencia, lo cual en teoría es beneficioso, no sólo para el ofertante, sino también para los consumidores, ya que una sana competencia favorece la mejora en el producto, que a su vez acarrea beneficios económicos para el mercado y mejora la satisfacción de las necesidades para el consumidor (Palacios LI. Andrés, “El Derecho de la Competencia: ¿Derecho privado, Derecho público, regulación o Derecho económico?”, Revista Digital de Derecho Administrativo, 2013, p. 85 a 100).

Además de lo referido, el Derecho de Competencia debería también cumplir la función de prevenir las prácticas desleales y restrictivas, ya que el Derecho, por excelencia, debe buscar regular de la mejor forma las relaciones de la sociedad, pero, para ello debe también encontrar la manera de anticiparse, de forma que sus normas no sólo corrijan o sancionen las prácticas que atenten o restrinjan la competencia, sino, que también sea preventivo, ya que, si bien, el crecimiento del mercado en condiciones positivas, puede generar un impulso en los demás competidores para mejorar su oferta, en calidad, diversificar sus productos o servicios, lo que es muy bueno para los consumidores, también se

debe tomar en cuenta que existen riesgos que necesitan considerarse, como la relación entre el crecimiento empresarial y, las prácticas desleales y las prácticas restrictivas de la competencia.

CAPÍTULO II

2. LA FUSIÓN Y LA CONCENTRACIÓN EN SU RELACIÓN CON EL DERECHO DE COMPETENCIA

2.1. La fusión y la concentración en su relación con el derecho de competencia

El Derecho de competencia, como se ha señalado anteriormente, juega un papel importante en cómo funciona el mercado, porque es el encargado de regular las relaciones entre los agentes de mercado y además también tiene que cumplir una función preventiva, de forma que las acciones no afecten a la competencia.

Esta es justamente la relación que existe entre las figuras de fusión y concentración con el derecho de competencia, al ser figuras que tienen por objetivo el crecimiento empresarial e industrial, deben ser reguladas y controladas por el derecho de competencia para que su aplicación no propicie los abusos del poder de mercado ni restrinja o limite la competencia leal dentro del mismo (Montoya Pardo M., “Casos de concentraciones empresariales en el sector energético europeo”, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia, 2012, pág. 21).

El Derecho de la Competencia, debe considerar la posibilidad de que una concentración o fusión de empresas adquiera un grado considerable de relevancia en el mercado y que ello suponga un refuerzo de la posición de dominio y esto afecte a los competidores, lo que repercutiría aún más en los pequeños y medianos productores y empresas, que luchan por entrar a competir en él (Tomás C., “Relevancia del análisis económico en el control de las concentraciones económicas”, Instituto de Empresa e Instituto de Estudios Políticos, Francia, París, 2005, p. 8 y 9). En ese sentido, lo que se tiende a proteger son los competidores, cuyos efectos se extienden a la competencia y al mercado en sí. Si mediante la concentración se adquieren mayores cuotas

de participación en el mercado, obviamente no estaría en el mismo nivel competitivo que sus semejantes, por consiguiente, (Decisión de la Comisión Europea de Competencia, 29 de mayo de 1991, Asunto nº IV/MO43 - Magneti Marelli/CEAc, Reglamento (CEE) nº 4064/89 del Consejo Europeo, EUR Lex) se estaría afectando la igualdad jurídica y al derecho de competencia. Por un lado porque esto generará barreras de acceso al mercado y por otro lado, los costos de las nuevas empresas competidoras se incrementarían con la finalidad de competir al nivel de las empresas concentradas.

Es evidente que el análisis del poder del mercado surge del tamaño de la empresa, ligado indisolublemente a la capacidad adquisitiva y de producción, y sólo serían peligrosos cuando represente un potencial peligro para el mercado (E. Bueno Campos, "Introducción a la Organización de Empresas", Unidad 9, "Tamaño, concentración y crecimiento de la empresa." Universidad a Distancia de Madrid, Madrid, España) y los potenciales competidores, es decir cuando una empresa posea la facultad de fijar precios y excluir ilícitamente del mercado a participantes que serían incapaces de despojarles competitivamente.

El Derecho, consciente de esta realidad y para regularla, crea esa relación entre mercado y legalidad, generando como hilo básico de ella, el control de concentraciones empresariales, que nace como un tema de preocupación económica y jurídica, en el que el Estado debe ser quién como ente regulador, norme las relaciones entre los competidores y las conductas permitidas y prohibidas dentro del mercado, de tal forma que se propicie la competencia y se restrinjan las medidas anticompetitivas, dando espacio para el crecimiento empresarial y la entrada de nuevos competidores (Bellmont G., Control previo a las integraciones empresariales: Doctrina de la Superintendencia de Industria y Comercio", Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, Colombia, 20013, p. 13 a 24).

El autor, Eduardo Quintana Sánchez, en su artículo "¿Rezando entre tinieblas? El credo del control de concentraciones empresariales." habla de los primeros

esbozos sobre las legislaciones de competencia y señala que en Estados Unidos las concentraciones empresariales empiezan a tener la intención de ser reguladas por el Estado en el año de 1890. En este año, el 2 de julio se promulga la Ley Antimonopolio Sherman, aprobada por el Congreso de los Estados Unidos. Esta ley es importante por ser la primera que buscaba tratar el tema de la ilegalidad de los monopolios, lo que la vuelve un referente para determinar los antecedentes de las actuales políticas de competencia, aunque fue insuficiente para las necesidades de Estados Unidos, ya que no tenía la claridad necesaria para la determinación de los actos ilegales. En el año de 1914 en miras de avanzar en el tema, se promulga la Ley Clayton, en la que se declaraban ilegales los contratos vinculantes, se prohibieron los contratos exclusivos y la discriminación de precios, y de forma importantísima, se declararon ilegales las fusiones realizadas con fines monopólicos. Pero, no fue sino hasta la Ley Celler-Kefauver Atimerger, promulgada en el año de 1950 que las adquisiciones de activos fueron objetos de regulación, que buscaban también como las anteriormente mencionadas leyes, reglar de tal forma que la competencia dentro del mercado no se viera afectada por acuerdos entre las empresas o abusos del poder de mercado que éstas pudieran tener. (QUINTANA E., “¿Rezando entre tinieblas? El Credo del control de concentraciones empresariales, Revista THEMIS, PUCP, Lima, Perú, 1999 págs. 224 a 236)

Por otra parte, según explica el autor de “¿Rezando entre tinieblas? El credo del control de concentraciones empresariales.” En Europa, encontramos el primer antecedente en el artículo número 66 del Tratado de la Comunidad Económica del Carbón y del Acero (CECA), realizado en el año de 1951, firmado por Francia, Alemania, Italia, Bélgica, Holanda y Luxemburgo. Mediante este tratado se pretendía crear un mercado único del carbón y del acero administrado por un ente supranacional. Posteriormente se intentó enfatizar en el control de las concentraciones en todos los sectores el mercado, prohibiendo aquellas operaciones económicas que tenían por objeto incrementar sus cuotas de participación en el mercado con objetivos monopolizadores y a su vez, el abuso de la posición de dominio que éstas

podieran alcanzar, estas regulaciones se encontraban contenidas en el Tratado de Roma, firmado por los representantes de los países de Francia, Países Bajos, Bélgica, Luxemburgo, Italia y Alemania el 25 de marzo de 1957 y el mismo que fue ratificado y puesto en vigor el 1 de enero de 1958.

Además, con el tiempo varias leyes como, la Monopolies and Restrictives Practices Act inglesa de 1948 y la Gesetz Gegen Wettbewerbsbeschränkungen alemana que data del año de 1957, junto con el articulado señalado líneas arriba, fueron sosteniendo bases para la regulación de la competencia, tomando en cuenta que en general, en Europa, a diferencia con otros sistemas se trabaja en un control de conductas mucho más que en un control de estructuras (E. Quintana, “¿Rezando entre tinieblas? El credo del control de concentraciones empresariales, Revista THEMIS 39, 1999, págs. 223 a la 235, Lima, Perú.) y, para la aprobación de las operaciones de concentración, se consideran parámetros bastante claros, que requieren de una revisión previa, un proceso mediante el que se busca observar todos los detalles de la probable operación, que otorga a la empresa la posibilidad de completar documentos si fuere necesario y la vez, si fuese negada la operación, la Comisión, prevé una etapa de apelación. (Comisión Europea, Dirección General de Competencia, “Comprender las Políticas de la Unión Europea: Competencia.”, Luxemburgo, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, 2014.)

Ciertamente, los antecedentes que se han expuesto son importantes para entender cómo se generaron las normativas de competencia relacionadas al tema de concentraciones y fusiones empresariales, varios lineamientos esenciales se mantienen hasta el día de hoy, sin embargo, la forma en la que el mercado y la sociedad ha ido avanzando, son pautas importantes que han incentivado el desarrollo dentro de estas regulaciones. Varios puntos, como el desarrollo tecnológico, las nuevas formas de hacer comercio y la globalización han propiciado una competencia mucho más fuerte y cerrada entre todos los competidores empresariales, demandando de los ofertantes cada vez mayor productividad, por ello, las sociedades han buscado la forma de optimizar recursos de varias formas, una de ellas es la reestructuración de la empresa.

El fenómeno de la globalización, es el detonante para la aplicación de estas figuras, es importante mencionar, que su aplicación es cada vez más usual, aunque Ecuador es un país que apenas ha empezado a desarrollar éstos temas y buscar soluciones a las situaciones que devienen de operaciones como la fusión.

2.2. Implementación de las normas del derecho de competencia

2.2.1. Marco Andino

La Comunidad Andina de Naciones (CAN) es una organización subregional, con personería jurídica propia, conformada por Ecuador, Perú, Colombia, Venezuela y Bolivia y está compuesta también por los órganos e instituciones pertenecientes al Sistema de Andino de Integración (SAI).

El Acuerdo de Cartagena, suscrito en 1969, es el instrumento legal con el que inicia el proceso de integración de la CAN y con miras a cumplir sus objetivos, mediante Decisión número 563, adoptada en el año de 1997, conocida como “Protocolo de Sucre”, se crea el Consejo Presidencial Andino, el Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores, la Secretaría General, entre otros y en el Capítulo X del documento, está dispuesta la Competencia Comercial, el artículo número 93, se señala que se adoptarán medidas para corregir e impedir acciones que distorsionen la competencia dentro del mercado, por ello en el año 2005, se dicta la Decisión número 608, “Normas para la protección y promoción de la libre competencia en la Comunidad Andina”, que tiene como objetivo la protección y promoción de la libre competencia. Son objeto de revisión, las actuaciones que produzcan efectos en uno o más de los países miembro o cuando las actuaciones de un país no miembro produzcan efectos reales en dos o más países miembros de la CAN, para ello, “la Secretaría General podrá iniciar investigaciones de oficio o a solicitud de las autoridades nacionales competentes en materia de competencia o de los organismos nacionales de integración de los Países Miembros, o de las personas naturales o jurídicas, de derecho público o privado, organizaciones de consumidores u otras entidades cuando existan indicios de que éstos han realizado conductas

que pudieran restringir de manera indebida la competencia en el mercado” (Decisión 608, “Normas para la protección y promoción de la libre competencia en la Comunidad Andina”, artículo 15).

Se crea luego, el Comité Andino de Defensa de la Libre Competencia, que, si la investigación determinara que se ha incurrido en una falta a la libre competencia y puesto en riesgo el dinamismo del mercado, se establecerán sanciones y medidas correctivas, en pro de reparar los desfases que puedan existir en el mercado.

2.2.2. Ecuador

Ecuador es uno de los países latinoamericanos que más tardíamente empezó a desarrollar su legislación respecto al derecho de defensa de la competencia. El primer documento con el que se empezó a normar la competencia en el mercado fueron las “Normas para la Protección y Promoción de la Libre Competencia en la Comunidad Andina” (Confederación de los Estados Americanos, Sistema de Información Sobre Comercio Exterior, Decisiones de la Comunidad Andina de Naciones: CAN.) de manera que se volvieron aplicables en asuntos nacionales.

El decreto presidencial número 1614, se dictó en la ciudad de Quito, el 14 de marzo del año 2009 “Normas para la Aplicación de la Decisión 608 de la CAN”, mediante este decreto se señala como autoridad al Ministro de Industrias y Productividad y como órgano investigativo a la Subsecretaria de Competencia, que se crea dentro de este ministerio, para la cual se designará un Secretario que sea quién oficialice las funciones y sea representante ante la CAN, como autoridad de competencia, en conformidad con la Decisión número 608, se explica el proceso para conocer sobre infracciones a la competencia, además de ser los encargados para resolver en éstos casos, cumplen también con la función de promover la competencia en el mercado y difundir las medidas y resoluciones en los distintos sectores del mismo (Confederación de los Estados Americanos, Sistema de Información Sobre Comercio Exterior,). Este decreto estuvo vigente hasta que se dictó la ley de competencia actual en Ecuador, Ley

Orgánica de Control Y Regulación del Poder de Mercado, expedida el 11 de octubre del año 2011 en Quito.

El mayor avance ecuatoriano al respecto es la “Ley Orgánica de Control y Regulación del Poder de Mercado”, publicada en Quito, el 13 de octubre del año 2011, previamente fue discutido en dos debates y posteriormente fue aprobado el proyecto de ley.

La Ley tiene como objetivo la prevención, corrección, eliminación y sanción de prácticas desleales o acuerdos que atenten a la sana competencia o generen abuso del poder de mercado, controlar y regular las operaciones de concentración económica, buscar la eficiencia de los mercados y fomentar un comercio justo.

El Reglamento de la Ley de Orgánica de Control y Regulación del Poder de Mercado, fue dado el 23 de abril del 2012. El objeto del mismo es establecer las disposiciones reglamentarias para la aplicación de la Ley.

Para el caso particular de las concentraciones y fusiones empresariales, la Superintendencia de Control y Regulación del Poder de Mercado, que la Ley designa como la autoridad de competencia, ha publicado una “Guía técnica para el análisis de operaciones de concentración económica”, que tiene un propósito informativo para los operadores de mercado y público en general. En la guía se detallan los fundamentos y procedimientos para el análisis de las operaciones y para llevar estas a cabo.

Como se ha señalado en párrafos anteriores, la ley regula las operaciones de fusión y concentración empresariales, además de otros actos jurídicos, que están controlados por la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, órgano encargado de velar por un proceso transparente, positivo para el mercado y que no afecte a la libre y sana competencia entre los operadores de mercado, es este organismo el que autoriza previamente el proceso de estas operaciones y aprueba, niega o condiciona el mismo, respetando en principio

la libertad empresarial pero cuidando a su vez del bienestar general y del mercado.

Estos actos jurídicos, de acuerdo a lo que dispone la Ley, en su artículo número 16, deben ser notificados, examinados y aprobados por la Superintendencia del Control y Poder de Mercado, previamente a su ejecución mediante un proceso llamado “Notificación de Concentración”, con el que la ley determina, deben obligatoriamente cumplir, las concentraciones económicas con las cuales los operadores de mercado, adquieran una cuota de mercado relevante que sea superior al 30% del total del mercado relevante o si la sumatoria de los volúmenes de negocios de los participantes supera el monto que haya determinado la Junta de Regulación. (Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, 2011)

Probablemente la novedad de la Ley y la falta de experiencia también sean factores que influyan en la necesidad de mejoría de la misma, que podría no responder a la realidad de una importante área del mercado: las micro, pequeñas y medianas empresas, que son, por motivos explicados dentro de este trabajo ,importantes indicadores del crecimiento y desarrollo del mercado, siendo justamente el sector que más impulso y mayores medidas de protección requiere, por la desigualdad de condiciones con las que se enfrentan a los demás operadores económicos.

Esta necesidad, no se ve jurídicamente satisfecha, ya que la Ley en su artículo 16 y en la Guía Técnica para estas operaciones, no contempla ni hace que el proceso realice, un análisis de la afectación que este tipo de operaciones pueden tener en este sector del mercado, siendo importante recalcar que no existen datos certeros al respecto, pero que sí se pueden revisar casos que demuestran esta realidad.

2.3. Normativa jurídica que regula las fusiones y las concentraciones en el Ecuador

La Constitución, en su artículo 375, señala que el Estado, tiene las obligaciones de regular, controlar, intervenir, cuando fuere necesario en los intercambios y transacciones económicas, proteger la producción nacional y establecer los mecanismos de sanción para evitar prácticas monopólicas u oligopólicas o de abuso de posición de dominio en el mercado, así como las de competencia desleal (Constitución de la República de Ecuador, 2008).

En el marco jurídico ecuatoriano, debemos tomar en cuenta que la figura de fusión empresarial está regulada principalmente en la Ley de Compañías, pero naturalmente, lo señalado en esta Ley debe estar de acuerdo a la norma de mayor jerarquía, la Constitución de la República, misma que señala principios que deben ser respetados y seguidos por las demás leyes. En Ecuador existía ya la fusión dentro del Código de Comercio publicado el 20 de agosto del año 1960 en el Registro Oficial, Suplemento número 1202, la verdadera novedad en cuanto al tema viene a ser el tratamiento que le da la Ley Orgánica de Control y Regulación del Poder de Mercado, publicada en el Registro Oficial, Suplemento número 555, el 13 de octubre del año 2011 a esta figura, señalando que la Superintendencia de Control y Regulación del Poder de Mercado, debe seguir ciertos pasos procedimentales para cerciorarse de que estas operaciones no limiten ni restrinjan la competencia entre los operadores de mercado, por lo que plantea un proceso anterior, básicamente de análisis y revisión, previo a la realización de la operación.

La Ley de Control y Regulación del Poder de Mercado, dispone la creación de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado que, tiene entre sus objetivos el regular, prevenir, sancionar y corregir las prácticas restrictivas de la competencia, como dispone el artículo número 37 en la ley. (Ley Orgánica de Control y Regulación del Poder de Mercado. Ecuador. 2011.)

Por lo tanto, se debe hacer referencia principalmente a estas leyes, para poder entender el marco jurídico dentro del cual se deben realizar las operaciones de

fusión y concentración empresarial, respetando tanto los principios constitucionales, como las demás leyes y reglamentos. Al respecto la Ley de Compañías en su artículo número 337 señala lo siguiente:

Art. 337.- [Casos].- la fusión de compañías, se produce:

- a) Cuando dos o más compañías se unen para formar una nueva que les sucede en sus derechos y obligaciones ;y,
- b) Cuando una o más compañías son absorbidas por otra que continúa subsistiendo (Ley de Compañías, Ecuador).

Para el proceso de fusión, la ley ha previsto dentro de la misma norma, en sus artículos siguientes el trámite que deberán cumplir las empresas que tengan intención de realizar estas operaciones; si lo que se quisiera es crear una nueva compañía el proceso iniciará con la disolución y el traspaso en bloque de los patrimonios sociales de las empresas hacia la nueva compañía, lo que quiere decir que existe el traspaso total de pasivos y activos que son parte del patrimonio de la empresa, subrogando todos los derechos y obligaciones de la empresa fusionada a la otra empresa, sea ésta nueva o preexistente. Y es por esta misma razón es que no existe la liquidación. De igual forma sucederá si la fusión fuese realizada por una compañía ya existente que absorba a una o más empresas para sí. Los socios y accionistas participan en la misma proporción en la que lo hacían en las compañías originales manteniendo su porcentaje de participación en la nueva sociedad.

El artículo 340 de la Ley de Compañías y siguientes, dispone que tanto la compañía absorbente como las que fueren a ser absorbidas, deben aprobar la operación mediante una junta extraordinaria especialmente convocada con este fin, en la que se revisarán las bases de la operación el proyecto de reforma del contrato social. El acuerdo deberá ser aprobado con igual número de votos que el requerido en los estatutos para el caso de disolución voluntaria de la misma.

La compañía absorbente, deberá hacerse cargo de pagar los pasivos de la compañía que absorba, asumiendo las responsabilidades propias de un liquidador respecto a los acreedores de ésta.

A continuación, será el juez o la Superintendencia de Compañías quienes aprueben la escritura pública de fusión, que contendrá, también según lo dispuesto en el artículo 343 de la Ley de Compañías, el balance final de las compañías absorbidas o fusionadas, las modificaciones estatutarias que sean resultado de los aumentos del capital de las compañías y la forma en la que deben ser entregadas las acciones correspondientes a los nuevos accionistas. Este proceso surtirá efecto, acorde a la ley, desde el momento de su inscripción.

Por otro lado, la Superintendencia del Control de Poder de Mercado, realizó la “Guía Técnica para el análisis de operaciones de concentración económica”, para cumplir con el objetivo de establecer un régimen de control para las concentraciones económicas, lo que tiene el fin de preservar la estructura del mercado, para ello, en la guía se explica el proceso para llevar a cabo la operación.

El documento señala, de acuerdo al Art. 16 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, que los operadores económicos que pretendan realizar una operación de concentración económica y que: su último volumen de negocios, a nivel nacional, supere el monto establecido por la Junta de Regulación o concentraciones que involucren operadores económicos dedicados a la misma actividad y que como resultado de la concentración se alcance una cuota igual o mayor al treinta por ciento del mercado relevante en el ámbito nacional o mercado geográfico definido, deben realizar una notificación obligatoria a la Superintendencia de Control de Poder del Mercado.

Para calcular el volumen de negocios en el Reglamento para la aplicación de la ley, se establecen diferentes formas, las cuáles se utilizan dependiendo del sector económico al que se haga referencia en la operación de concentración:

instituciones del sistema financiero y del mercado de valores, entidades de seguro y reaseguro y otros operadores que no formen parte.

Tabla 1. Sectores y actores del mercado

SECTOR	RBUS	Volumen de Negocios en USD	Número de actores con este monto o mayor
FINANCIERO Y DE VALORES	3.200.000	1.088.000.000	apenas 7 bancos privados superan los 1.000 millones de activos con cifras de la SBS al 30 de octubre
Seguros y rea seguros	62000	21.080.000	
Otros sectores	200000	68.000.000	250 empresas superan los \$68 millones en ventas con cifras a diciembre de 2012 según la revista EKOS

Adaptada de la Guía Técnica para el análisis de operaciones de concentración económica y datos de la revista EKOS, sobre la tendencia empresarial en Ecuador del año 2012.

El Art. 18 del Reglamento a La Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, señala que, la notificación obligatoria debe contener los nombres o denominaciones sociales de los operadores que pretendan realizar la operación, domicilio, naturaleza de las actividades específicas que realizan los operadores, mercados en los que participen los operadores, volumen de negocios de los participantes que se calculará según la ley, las cuotas de participación en el mercado relevante de cada participante, determinar la relación de cada participante con las empresas pertenecientes al mismo grupo que operen en cualquier mercado que se podría ver afectado por la operación conjuntamente con organigramas o diagramas, descripción de la estructura de la oferta de los involucrados en la operación, descripción de la estructura de la demanda en el mercado relevante de cada participante, descripción detallada de la posible operación, la contribución al mercado que puede aportar la operación, La notificación, con los documentos necesarios deberán presentarse a la Superintendencia del Control de Poder de Mercado en copia física y digital.

La notificación debe ser realizada por el absorbente en el caso de una fusión, es decir, por el operador al que serán transferidos los efectos de un

comerciante, el operador que vaya a adquirir la propiedad o derechos sobre las acciones, participaciones de capital o títulos de deuda, el operador dentro del que existan miembros que vayan a formar parte de los órganos administrativos de otro operador económico y el operador al que se le transferirán los activos de otro operador o que vaya a adquirir control sobre la toma de decisiones.. Si fuesen varios los operadores que van a formar parte de la operación, se deberá realizar de manera conjunta la notificación y con este fin, se designará un procurador.

No obstante de los requisitos nombrados, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado puede, si considerare necesario, solicitar mayor información o mayor detalle de la dada a el o los operadores y de no subsanarse lo requerido, se entenderá desistida la operación.

Además de la notificación obligatoria, existe también la notificación informativa, que según lo señalado en el artículo 22 del Reglamento de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, establece que este tipo de notificación tendrá fines informativos cuando los operadores que tienen la voluntad de realizar una operación de concentración económica, no cumplan con las condiciones para realizar una notificación obligatoria, la Superintendencia puede también solicitar de oficio o a petición de parte que los operadores realicen la notificación.

Para este tipo de notificación se debe presentar el formulario que será emitido con este fin por la misma Superintendencia, el que deberá estar acompañado de la documentación que el formulario señale, sin embargo la Superintendencia tiene a su facultad el solicitar otra información, la cuál será obligatoria de presentar.

Después de revisar los procesos para realizar una operación de concentración, se puede observar que, si bien existe un análisis anterior a la realización de este tipo de operaciones, lo determinante para llevarlo a cabo es si los operadores cumplen o no con los requisitos del artículo 16 y sus literales, sin embargo, el problema radica en que el porcentaje que señala la Ley, resulta

demasiado elevado para el mercado ecuatoriano, lo que puede afectar la leal competencia entre los operadores de mercado y generar mayores posibilidades de que se lleven a cabo prácticas desleales y restrictivas. Esto puede estar desapercibido por la ley, que debe ser la que atienda a la realidad y la regule.

Si bien existen parámetros descritos en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado y en la Guía Técnica, éstas medidas, como el análisis que realiza la Superintendencia, limitan la idea al mercado general y no observan la realidad de los diferentes sectores del mercado que no hacen parte de las grandes cifras, como es el caso de los pequeños y medianos empresarios.

Al hacer referencia a este sector de mercado y la relación que tiene con las operaciones de concentración y fusión empresarial, se puede concluir claramente que la ley no contempla ninguna, puesto que el porcentaje y las consideraciones para llevar a cabo este tipo de operaciones, abarcan nada más las afectaciones que se puede realizar al mercado en general, sin tomar en cuenta que dentro del mercado, existe este sector que es completamente vulnerable a las variaciones que se puedan dar dentro del mercado, ya que al contar con menores recursos, lo que suceda dentro de él y del marco jurídico que lo regula, termina siendo clave para su desarrollo y desenvolvimiento.

Los pequeños y medianos empresarios, necesitan estar protegidos por la ley porque hacen parte del sector más sensible del mercado, sin embargo, la ley, en particular, los requisitos por los que se determina la obligatoriedad y el análisis más profundo para realizar la operación, no se encuentran ligados a ello, dejando en desatención a este espacio del mercado.

2.4. La Fusión como medio de afectación al derecho de competencia

El coautor del libro, “Fusión y escisión de sociedades mercantiles”, José de Jesús Gómez Coteró, define a la fusión como “un acto jurídico mediante el cual se unen los patrimonios de dos o más sociedades, cuyos titulares desaparecen

o en algunos casos uno de ellos sobrevive, para compenetrarse en una organización unitaria que los sustituye dentro del mundo comercial, pudiendo ser esta organización resultado de la creación de una nueva sociedad o de la absorción hecha por parte del ente que sobrevive” (José de Jesús Gómez Cotero ,“Fusión y escisión de sociedades mercantiles”, Themis Ediciones, 2000).

El término de fusión, hace referencia a la figura por la cual se traslada todo el patrimonio que posee, una o varias sociedades, a otra sociedad por medio de la sucesión general y manteniendo la participación de los mismos socios que formaban parte de ella o ellas en la sociedad inicial, (VIEDMA, J.M., «La transmisión de empresas en España», Viama Editores, Barcelona, 1988, p.182) ya sea que ésta sea pre existente o, sea una sociedad creada en el procedimiento de fusión y para el fin mismo de realizar esta figura.

La transmisión total del patrimonio de la o las empresas fusionadas tiene como consecuencia la disolución de las mismas, aunque no sea por liquidación, lo que se encuentra contemplado en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado en su artículo número 338, el cual dispone: Para la fusión de cualquier compañía en una compañía nueva se acordará primero la disolución y luego se procederá al traspaso en bloque de los respectivos patrimonios sociales a la nueva compañía (Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, Ecuador, 2009).

En la figura de fusión, se realiza el traspaso total del patrimonio en un solo acto de la sociedad, a esto se le conoce como “traspaso en bloque”, aunque algunos juristas también la llaman sucesión general, (Carvalho Betancur J., “Contabilidad de los fenómenos societarios”, Universidad de Medellín, Colombia, 2005, p. 155 a 157) para evitar confusiones con otras definiciones y con fines prácticos, haremos referencia a “traspaso en bloque”.

Con el traspaso en bloque, la sociedad con la que se fusiona una o varias sociedades, pasará directamente a ser subrogante en todas las obligaciones y

derechos de la o las sociedades transmitentes anteriores al proceso (Sánchez Oliván J., “La fusión y la escisión de sociedades. Aportación de activos y canje de valores. Cesión global del activo y del pasivo.”, Editoriales de Derecho Reunidas, 1998, páginas 170 a 180).

La fusión entendida como una operación jurídica, es una de las mayores formas de representación de la libertad empresarial, la fusión se considera como una figura empresarialmente eficaz, cuando se trata de buscar mayor capacidad de crecimiento, tanto en cuestión de poder de mercado, como en cuestión de crecimiento económico, ya que al unir los patrimonios de la forma en que la fusión permite hacerlo, se suman instrumentos y herramientas de desarrollo y evolución entre las sociedades (Martínez Cañelas A., “Estudios de Derecho, Introducción al Derecho Mercantil”, Universitat de les Illes Balears, Campus Extens, España). Esta figura, admite la permanencia de todos los socios, de forma libre y voluntaria, sumando esfuerzos tanto humanos como económicos.

El que llevar a cabo la fusión no amerite liquidación, otorga a la operación comodidad y facilidad para que se pueda realizar de forma ágil y eficaz, lo que permite una mayor organización empresarial y distribución del capital, dentro la misma sociedad (Parducci Romero E., “¿Un nuevo modo de adquirir el dominio de las cosas?”, Academia Ecuatoriana de Derecho Societario Revista, Ecuador, 2004, p. 209 a 221) esto no sólo beneficiaría a las sociedades en cuestión, sino al mercado en sí, que, tendrá competidores más fuertes, más capaces, lo que fomenta la competencia entre unos y otros, por lo que el producto o servicio que ofertan los mismos, deberá ser de mayor calidad, motivos por los que no se debe frustrar ni desmerecer a esta figura, ya que, realizada de forma responsable, puede resultar de gran beneficio, es éste el reto: cuidar y encontrar un equilibrio entre la protección al mercado y la restricción innecesaria de esta figura.

La fusión, es una figura legal que puede ser muy positiva, pero también, existen riesgos en ella, mucho más importantes que los que podrían repercutir sobre

las compañías, riesgos, que podrían afectar al mercado, en el que se encuentran inmersas todas las personas como parte del mismo, con ello se quiere hacer referencia a acciones que afecten a los competidores, de forma que se pueda restringir la competencia o abusar del poder adquirido, trascendiendo esto a los compradores. Tanto consumidores como ofertantes, se podrían ver afectados en este caso, ya que la fusión podría lesionar el mercado si llega a ser un peligro a la sana competencia.

El tener poder de mercado no denota prácticas maliciosas de por sí, muchas veces es legal y lícito (Superintendencia de Control y Regulación del Poder de Mercado, Ciudad Quinde, Preguntas Frecuentes), en el sentido de que no sólo respeta la norma sino también su espíritu y principios, en su forma de haber sido alcanzado, incluso el mismo mercado podría haber propiciado su existencia, por falta de competidores, por falta de interés o por motivos distintos, que no atañan al operador que goce de poder de mercado.

Existe la posibilidad de que sea beneficioso para el mercado que haya un operador con gran poder de mercado, que puede resultar positivo para el interés general (González N., “Las fusiones y adquisiciones como fórmula de crecimiento empresarial”, Dirección General de Política de la Pequeña y Mediana Empresa Elabora, Madrid, 2007, p. 3 a 10), pero, de no ser así, es la ley, es decir el Estado, quién debe sancionar y prevenir las prácticas ilegales que son negativas para el mercado y el interés general.

La Ley Orgánica de Control y Regulación del Poder de Mercado, dispone en su artículo número 7:

“Poder de Mercado, es la capacidad de los operadores económicos para influir significativamente en el mercado. Dicha capacidad se puede alcanzar de manera individual o colectiva. Tienen el 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.

La obtención o el reforzamiento del poder de mercado no atenta contra la competencia, la eficiencia económica o el bienestar general. Sin embargo, el obtener o reforzar el poder de mercado, de manera que impida, restrinja, falsee o distorsione la competencia, atente contra la eficiencia económica o el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios, constituirá una conducta sujeta a control, regulación y, de ser el caso, a las sanciones establecidas en esta Ley". (Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, Ecuador, 2011)

La competencia y el poder de mercado no son opuestos, si no, más bien, consecuentes y constructivos, ya que la competencia debe, como se ha mencionado, ser el motor que propicie la innovación, superación y mejora de las ofertas. De esta forma todo el mercado se beneficiaría de la existencia de una competencia justa y de calidad que no busque dañar al otro operador, sino que busque mejorar la calidad del producto y los servicios que dentro del mercado se ofertan, con estándares de excelencia en ello y que este supuesto genere en el otro el impulso de mejorar también su oferta a la par de promover su crecimiento y así fomentar conjuntamente un mercado de mejor calidad, más eficiente y a la vez, mejores ganancias para los operadores

2.5. La Concentración como forma de afectación al derecho de competencia

A diferencia de la fusión, la cual se encuentra determinada específicamente en la Ley de Compañías, la concentración como tal, sólo se trata de forma breve en la Ley Orgánica de Control y Regulación del Poder de Mercado, la cual la menciona en su Capítulo II, sección cuarta, como una operación que deberá ser observada por la autoridad de competencia y que de cumplir con ciertos requisitos deberá ser notificada y analizada por la misma, la Superintendencia

de Control de Poder de Mercado, para el análisis y determinación de la autorización, subordinación o negación de la operación solicitará los documentos necesarios y se basará en ciertos parámetros para tomar la decisión, pero, es importante revisar el hecho de que al encontrarse legislada tan escuetamente se genera un mayor riesgo para abusar de la figura, pues, se dejan mucho sin concretar, de forma que la ley no regula por completo esta operación.

La concentración es un medio de crecimiento de las empresas, por el que se busca aumentar sus dimensiones mediante medios internos o a través de medios externos (Hundskopf O., "Regulación jurídica de los grupos de empresas", Informativo Legal Rodrigo. Lima, Asesores Financieros, 1998, Volumen 149, p. 19), por ello, la concentración es una opción importante para las empresas ya que a favor de ella se pueden lograr grandes crecimientos, en sentido de rentabilidad, diversificación de la producción, amplitud de mercado, etc.

Ahora bien, la concentración, según palabras del doctor Oswaldo Hundskopf, autor de "Regulación jurídica de los grupos de empresas", es "el fenómeno por el cual dos o más empresas convienen en unir esfuerzos y capitales para obtener un beneficio común." La concentración como figura legal, busca en sí la mejora de la productividad y la competitividad de la empresa, no obstante, puede llegar a ser un medio de eliminar a un competidor en el mercado causándole desventajas para adquirir una mejor posición dentro del mismo y con ello, limitar la competencia entre ofertantes, restringiendo la competencia (HUNDSKOPF O., "Regulación jurídica de los grupos de empresas", Informativo Legal Rodrigo, Vol. 449, Lima, Perú, Págs19 a 21).

Si bien existe la posibilidad de que las concentraciones y fusiones empresariales, generen, en base al comportamiento de las empresas, competencia desleal por acuerdos entre competidores, también es necesario tomar en cuenta que estas operaciones también forman parte del estudio de las

prácticas restrictivas de la competencia, que, como señala Jorge Witker, en su libro “Prácticas desleales y prácticas restrictivas”, son aquéllas conductas y actos que restringen la competencia y tienen incidencia en el mercado de un producto o servicio, manipulando con ello, el aparataje mercantil. Además, el autor, señala que si bien las operaciones de concentración, no son exclusivamente un tipo de prácticas restrictivas de la competencia, pueden convertirse en ello y la ley debe regularlas.

Por su parte, la ONU, las define como: actos o comportamientos de ciertos agentes económicos que por medio del abuso o adquisición de una posición dominante de mercado, limita el acceso de los competidores, restringiendo la competencia.

Por lo expuesto renglones antes, es muy importante el control de operaciones de concentración, ya que es una herramienta que permite a la autoridad de competencia, en este caso la Superintendencia de Control de Poder de Mercado, el impedir operaciones que puedan perjudicar la competencia, o bien, autorizarlas condicionadamente y de esta manera garantizar la preservación de la libre competencia en los mercados, sin que implique restringir la libertad de empresa. (Miranda, A. y Gutiérrez, J. “Control de las concentraciones en Colombia”. Bogotá, Colombia. 2007, págs. 30 a la 45)

Capítulo III

3. Análisis de la Realidad Jurídica

3.1. Realidad Jurídica ecuatoriana

Es importante contrarrestar los datos, las teorías y la lógica con la realidad, para ello es necesario revisar ciertos casos que tienen por objetivo reflejar las circunstancias en las que se desenvuelven las micro, pequeñas y medianas empresas y la relación de éstas con las concentraciones y fusiones empresariales.

La poca información oficial y actualizada al respecto del tema, plantea un reto al buscar presentar casos para analizar la realidad del mercado sobre las concentraciones y fusiones empresariales. Esto además de un desafío académico, debe ser motivo de generar investigaciones para la autoridad de competencia, ya que el conocimiento es básico para propiciar avances contestatarios a las necesidades.

A manera de ejemplo, con el fin de analizar y profundizar en el tema, se presentan dos casos de concentraciones, que derivan en posibles prácticas anticompetitivas, lo que se revisará en los siguientes literales.

3.2. Caso Farmaenlace

Farmaenlace, nace como una pequeña distribuidora de insumos farmacéuticos, que poco a poco va creciendo, es dueña de las marcas Medicity y Farmacias Económicas que a su vez, son segmentos del grupo. La idea de desarrollar nuevos servicios y productos, es fruto de la experiencia, así, se empezó a implementar farmacias, con la idea de que tuviesen un plus sobre las que, siendo muy tradicionales y familiares se mantenían iguales. La propuesta es

una farmacia con productos de uso cotidiano además de medicinas, lo que genera una cercanía hacia las personas, mayor satisfacción de necesidades y además, mayores ingresos, lo que permite, una oferta mayor para el consumidor.

Hoy en día, Farmaenlace cuenta con más de trescientas farmacias propias y asociadas a la cadena, lo que ha permitido su crecimiento es el haber hecho convenios con las farmacias pequeñas, conocidas como farmacias de barrio, con las que se llegó a acuerdos que buscan beneficiar a los dos lados, de forma que, Farmaenlace, le ayude a tecnificar su proceso, tener mayor oferta, generar mayores ganancias, contar con personal capacitado, herramientas de crecimiento y por otro lado, la farmacia aporta con su local, que usualmente es propio, su relación con la gente del barrio y su calidad humana. Esta idea dio buenos resultados y se fue replicando.

Las farmacias de tamaño mucho menor al de las cadenas farmacéuticas, tienen varios puntos débiles, entre ellos, está la forma de ser manejadas, el que, por la familiaridad en la que se han desarrollado, no cuenten con tecnología, organización, planificación técnica para lograr objetivos y aun si ello existiera no es igual en condiciones a lo que puede lograr una farmaceutica, o cualquier negocio, que sea grande y que tenga posición de mercado.

La asociación y convenio que se tiene con las farmacias que ahora son parte de Farmaenlace u otros grupos de cadenas farmacéuticas en general, ha ocasionado que sea visible la disminución de farmacias con nombres no conocidos, por ello, hoy en día, las farmacias de barrio, las pequeñas boticas, cada vez son más raras de encontrar.

De esto, no existe un dato certero, ya que ciertos estudios que se han hecho al respecto, y, que han generado discusiones sobre este tema en particular, son realizados por la Superintendencia de Control y Regulación del Poder de Mercado, que, señala, son documentos reservados, sin embargo, hay en este caso en puntual, varias aristas que observar, como el increíble crecimiento del

grupo, mediante convenios y asociaciones con pequeñas farmacias. La fuerte tendencia a las cadenas farmacéuticas.

Este proceso no ha sido registrado como una concentración o fusión empresarial, explica Jorge Ortiz Cevallos, Vicepresidente financiero de Farmaenlace en la entrevista realizada el día 19 de febrero de este año, (ver Anexo 1) señala que esto es debido a que su porción de mercado, no supera el 30 por ciento establecido en la Ley y que, si bien el manual para llevar a cabo las concentraciones y fusiones, determina un capital que es superado por Farmaenlace, se han basado en el conocimiento de otras legislaciones que señalan que al usar, como es su caso general, el modelo de franquicia, no se entiende como una operación de concentración empresarial. El superar el monto establecido por la Junta de Regulación, indica que debería haberse registrado las concentraciones empresariales, sin embargo, explica también, que no ha existido inconveniente alguno hasta ahora por ello.

Sin embargo, justamente este punto, permite centrar la atención en la importancia de este análisis: probablemente la ley, necesite reflejar la realidad y no sólo la situación económica de una empresa, es decir que, si bien Farmaenlace, señala haber actuado conforme a la Ley, es evidente, que existe una ejecución de ella, que poco responde a la realidad.

Si el porcentaje sería menor o si se desarrollaran filtros de análisis acordes al sector de mercado al que afectaría la concentración o fusión empresarial, sería más real la respuesta de la ley ante estos casos, que si bien, no son negativos por sí mismos, justamente, merecen ser profundizados. El porcentaje necesita, bien disminuirse o bien ser revisado en cada caso.

Jorge Ortiz Cevallos, considera que no existe un daño o limitación a la competencia por parte del grupo, señala que, han sido acuerdos voluntarios y legales, que pretenden beneficiar a las dos partes, pero, que los establecimientos comerciales que aún mantienen su empírica manera de desarrollarse, siguen existiendo y son completamente competitivos con las cadenas o grupos grandes, como es su caso y el de muchos otros

3.3. Análisis Jurídico del Caso Farmaenlace

Farmaenlace es una compañía limitada con sede en Quito, que nace en el año 2005, por medio de una alianza estratégica empresarial entre Representaciones Ortiz Cevallos y Farmacéutica Espinosa. Actualmente esta compañía es propietaria de las marcas: Farmacias Económicas, Farmacias Medicity, Farmacias El Descuento y Difarmes (página web oficial de la empresa) y se encuentra dentro del ranking de los cien grupos más importantes de empresas de Ecuador, según la Revista Ekos (página oficial de Revista Ekos, 5 de mayo, 2014, Ecuador). Tiene presencia en 16 provincias del Ecuador y actualmente cuenta con más de 350 establecimientos farmacéuticos.

La compañía ha crecido de forma acelerada, principalmente, gracias al modelo de “franquicia” que implantó, el que invita a los farmacéuticos independientes a unirse a la empresa, de forma que se genere una alianza entre las farmacias tradicionales y este gran grupo empresarial, de forma que puedan adquirir una mejor posición para competir en el mercado, además de que Farmaenlace aporta con procesos, equipos de trabajo, normas claras y actualización constante, lo que también le añade un plus al farmacéutico tradicional.

El porcentaje de mercado que tiene la compañía no supera el 11% (Revista electrónica LÍDERES, “La fijación de precios a las medicinas moverá el mercado local”), sin embargo, es su forma de crecimiento la que precisamente merece atención. Como se expuso, Farmaenlace ha crecido con el modelo de franquicia, es así, que la mayoría de establecimientos farmacéuticos que son parte de la empresa, son precisamente franquiciados, seguidos cuantitativamente, de los establecimientos iniciados por ellos y luego, un número pequeño, corresponde a sociedades estratégicas, que son aquellas farmacias que no han perdido su identidad pero, trabajan también con Farmaenlace, pero, en comparación con los dos primeros es mínima la aplicación de esta figura (Sociedad Calificadora de Riesgo Latinoamericana,

“Resumen de la calificación de riesgo inicial a la ii emisión de obligaciones y programa de papel comercial de FARMAENLACE CIA LTDA.”)

Ahora, bien, el literal b del artículo 16 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, señala que los operadores económicos que se agrupen, deberán igualar o superar el 30% del mercado relevante del producto o servicio en el territorio nacional en un mercado geográfico definido. Farmaenlace, no alcanza el porcentaje determinado por la Ley, sin embargo, la forma en la que ha sido adquirida su posición en el mercado, es ciertamente una forma de concentración económica. El porcentaje mayor de cuota de mercado relevante, recae en otras cadenas farmacéuticas, sin embargo, el caso de Farmaenlace, tiene características interesantes para ser analizadas, como el que, a pesar de no cumplir con el literal b del artículo 16, para merecer una notificación obligatoria a la Superintendencia de Control y Regulación del Poder de Mercado, cumple con el literal a, que señala que el volumen de negocios debe superar el establecido por la Junta de Regulación, este porcentaje se encuentra en la Guía Técnica emitida por la Superintendencia, señala que debe ser igual o mayor a los \$68.000.000 y en este aspecto, Farmaenlace cumple con ello ya que supera este monto (Revista EKOS, 2012).

Sin embargo, en la entrevista realizada a Jorge Ortiz, del grupo Farmaenlace, se señala que su caso, es distinto ya que al utilizar el modelo de franquicia para su crecimiento no forman parte de las concentraciones o fusiones empresariales, y habla de legislaciones comparadas para sustentar esta posición.

Si bien, existe en algunos países esta disposición, la Ley en Ecuador establece una norma para los casos de concentración y fusión empresarial, sin embargo, el que existan espacios para que las empresas puedan realizar este tipo de autodeterminaciones legales es signo claro de que existe un vacío en la Ley, que permite que esto suceda, eso como un punto, pero, un punto aún más

importante es analizar cómo un caso en particular, que no cumple con la cuota de mercado relevante, puede afectar al mercado.

Farmaenlace, no se ha inclinado por el mercado macro farmacéutico, sino más bien por el micro, es decir su crecimiento ha sido enfocado desde las pequeñas boticas, pequeñas farmacias de barrio y establecimientos tradicionales, los que son parte importantísima en el grupo, más que los establecimientos propios y si bien quizás esto no tenga incidencia con otras cadenas farmacéuticas, tiene un efecto fuerte en el sector de las empresas y negocios pequeños y medianos farmacéuticos, pero, esto no lo contempla la Ley ni el análisis que hace la Superintendencia para determinar los efectos de una concentración o fusión en el mercado.

Lo que se pretende con la mención de este caso, es analizar, cómo este caso, que se acerca a una concentración, aún sin cumplir con ciertos requisitos económicos, determinados, también afecta a la competencia, a los sectores de la micro, pequeña y mediana empresa.

Farmaenlace, es sólo un ejemplo de cómo la Ley Orgánica de Control y Regulación del Poder de Mercado, su Reglamento y demás regulaciones, no consideran la realidad del mercado en el país. Con este ejemplo se hace evidente que el análisis que plantea la regulación, no es lo suficiente profundo, ya que no se estudia al mercado en sí para determinarlo, sino que se basa en indicadores económicos generales sin trascender en ellos.

3.4. Caso Corporación GPF

La Corporación GPF es una empresa ecuatoriana, líder en el área principalmente farmacéutica, de la que Farmacias Fybeca y SanaSana forman parte, además tiene más de 6000 locales a nivel nacional, no sólo de insumos

médicos, sino también en proveer productos de consumo diarios en sus tiendas Oki Doki, que han crecido fuertemente en los últimos tres años.

Ana María Molina, Gerente de Asuntos Corporativos de GPF, señala que si bien sus marcas son muy fuertes, también existe una lucha por el desarrollo y crecimiento del grupo, además, que expone que lo que les define como grupo no es su nivel de ventas sino el concepto innovador que busca mejorar constantemente (Revista Semana, Diario Expreso). Lo cual en cierto aspecto puede ser cierto, pero esto no significa que se deba limitar el análisis del caso a ello,

Esta corporación, contiene a grandes cadenas, cuyos locales se encuentran distribuidos a nivel nacional, además, de que también, como en el caso de Farmaenlace, son imponentes operadores de mercado, con los cuales para algún actor del sector de pequeños o medianos productores y empresarios, les sería difícil competir, dadas varias circunstancias que pueden entorpecerse, como la cercanía de distribuidores, la capacidad de endeudamiento y por ende crecimiento, la fuerza de publicidad y marketing para fomentar la compra de sus productos y llegar al competidor, etc, son posibilidades que se dan mucho más sencillas para las grandes empresas y razón por la que muchos negocios pequeños se han visto en necesidad de realizar acuerdos y generar alianzas, lo que causa la disminución de los mismos.

3.5 Análisis Jurídico del Caso Corporación GPF

La Corporación GPF está presente en el mercado de Ecuador desde hace más de 84 años, es una de las cadenas más grandes y con mayor participación en el mercado nacional.

La Corporación GPF, tiene a Fybeca y a Sana Sana como dos de sus segmentos más destacables, con ello sobrepasa el umbral del 30% de mercado, para llegar a esta posición de mercado, se han adquirido varias

farmacéuticas también por parte de la Corporación GPF, pero, tampoco se encuentra registro de que se haya realizado el proceso mediante concentración o fusión empresarial, sin embargo el fuerte de esta Corporación es la diversidad de marcas que tiene, todas bien posicionadas en el mercado y con reconocimiento por importantes analistas económicos, como la Revista Ekos, la cual ubica a este grupo económico en el puesto número 26 de los 100 más importantes (Revista Ekos, "Top Marcas", Ed. 245, Septiembre, 2014, Ecuador p.67 a 114).

La posición tan fuerte en este preciso caso, permite analizar cómo puede afectar esto a las pequeñas y medianas industrias dentro del mercado. A las cuales se les dificulta más la entrada y el crecimiento dentro del mercado, es importante entender cómo estas posiciones de mercado, muchas veces adquiridas mediante fusiones o concentraciones empresariales, aunque no estén registradas como tales, pueden afectar el comportamiento, crecimiento y la competencia dentro del mercado.

Es innegable que para un mediano o pequeño empresario, le sería difícil competir contra una cadena así de fuerte, el que la Ley permita que se den estos casos, puede significar varias cuestiones: que tenga vacíos, que no sea contestadora a la realidad del mercado ecuatoriano o que el análisis que realiza es superficial.

Si bien, no se ha realizado el proceso de crecimiento de esta empresa mediante operaciones de concentraciones y fusiones empresariales, hay semejanzas entre ello y lo que se señala en la ley, con ello se comprueba que existe también un vacío en la ley y sus instrumentos, que permite, que las empresas puedan aprovecharse de ello y sacar ventaja, sin que se tenga que contravenir lo que señalan las disposiciones.

La concentración del poder de mercado que tiene esta empresa, cuadra dentro de las prácticas restrictivas de mercado, ya que es difícil que puedan entrar nuevos agentes al campo farmacéutico y competir de forma igualitaria.

En este caso, a diferencia del anteriormente presentado, se observa cómo existe el porcentaje dispuesto por la ley, pero tampoco se registran operaciones de concentraciones ni fusiones, aunque se hayan utilizado acuerdos con características similares para adquirir la posición que tiene la empresa, es decir que las regulaciones existen sobre fusiones y concentraciones empresariales, no son vastas para las necesidades del mercado.

En general, competir en un mercado representa una fuerte lucha por ganar posición, por crecer, por formar una marca y conseguir la cercanía a los consumidores, pero, estas situaciones, hacen que ello se vuelva aún más complicado para los pequeños y medianos empresarios, que son un grupo que está en constante competencia por alcanzar una posición en el mercado. La Ley debe tomar en cuenta que existe esta porción del mercado, en la cual se refleja también el crecimiento económico del país y que es necesario tomar en cuenta su protección para poder generar mayor crecimiento en el mercado mismo.

3.6 Vulneración de los derechos de los micro empresarios a través de los literales a y b del artículo 16 de la Ley Orgánica de Control y Regulación del Poder de Mercado

Después de revisar los casos expuestos, se puede apreciar que la Ley Orgánica de Control y Regulación del Poder en el artículo 16, en su literal a, tiene falencias en la regulación del mercado ecuatoriano, ya que el porcentaje que se ha establecido en la ley no considera la realidad del mismo pues, dentro de su análisis para determinar la afectación que podrá tener una operación de

concentración o fusión empresarial, pasa por el alto el sector de las micro, pequeñas y medianas empresas.

De la evidencia presentada se puede observar que el sector más afectado por la ley es este, lo cual inevitablemente significa una vulneración a los derechos de los micro empresarios, puesto que el artículo 16, no extiende un trato igualitario a todos los empresarios, ya que no considera este segmento dentro del estudio, análisis y regulación de estas operaciones.

Además, existen otras herramientas que forman parte de la política gubernamental, como el Plan de Cambio de Matriz Productiva, el cuál busca fomentar también el crecimiento de nuevos sectores de mercado e impulsar a empresarios emprendedores, sin embargo, el porcentaje que establece el artículo 16 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, dificulta la competencia dentro del mercado, además, limita la entrada a nuevos competidores, en el sentido en que genera barreras para ello, dada la desigualdad de condiciones competitivas que se puede generar al no considerarse la realidad del mercado nacional, para el cual las micro empresas son un motor de desarrollo y un indicador de crecimiento económico, jurídico y social.

Por otro lado, se genera una competencia desleal dentro del mercado, al no tomar en consideración cómo las operaciones de fusión y concentración empresarial podrían afectar la sana y leal competencia dentro de la dinámica del mercado, lo que vulnera la misma Ley y además limita el desarrollo de los micro empresarios en el país.

El problema que ha evidenciado este trabajo de investigación es que el porcentaje establecido en el art 16 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, permite la vulneración de los derechos de las micro, pequeñas y medianas industrias, a través de prácticas de fusión y concentración, por lo que es necesario revisar el porcentaje establecido en esta

norma jurídica y los demás instrumentos legales como el reglamento y la guía técnica que utilizan las autoridades para medir la afectación en una determinada zona geográfica o segmento del mercado, con el fin de que respondan a la realidad del mercado ecuatoriano y cumplan con los principios legales, propiciando el desarrollo general y buscando el bien común.

CONCLUSIONES

- El mercado es el espacio en el cuál los agentes de mercado, buscan satisfacer las necesidades de los consumidores. Los competidores que forman parte de él, están en constante búsqueda de crecimiento y desarrollo, lo que la Ley debe propiciar, pero regular, para que no se realicen prácticas anticompetitivas que dañen o restrinjan la competencia.
- Dentro del mercado está el segmento del macro y micro mercado, los que necesitan ir de la mano para generar un crecimiento económico integral.
- Las pequeñas y medianas empresas son importantes indicadores del crecimiento económico y del desarrollo nacional, por lo que deben ser impulsadas y protegidas mediante políticas gubernamentales, que deben ser propiciadas para su realización mediante la norma.
- La concentración y fusión empresarial son figuras legales que hacen parte de las herramientas de desarrollo de las que pueden hacer uso los operadores económicos para su crecimiento.
- Llevar a cabo una operación de concentración y fusión empresarial pueden ser beneficioso para el mercado, sin embargo, debe existir especial cuidado con las operaciones ya que pueden ser un riesgo mayor para propiciar circunstancias en las que se generen abusos de mercado o prácticas desleales o restrictivas, que limiten la competencia, sobre todo en sectores vulnerables de la economía y del mercado, como es el caso de las pequeñas y medianas empresas.
- La falta de información respecto al tema de la relación entre las concentraciones y fusiones empresariales y el sector de las micro, pequeñas y medianas empresas, es un grave obstáculo en el desarrollo de investigaciones y respuestas a la realidad. Es necesario que el Estado, mediante las instituciones pertinentes, promueva la realización de estudios al respecto, para que así, pueda tomar en cuenta de forma seria y concluyente la fuerte necesidad que tiene este sector del

mercado y el fuerte riesgo que corre por no ser tomado en cuenta dentro de los análisis para legislar temas de mercado, como precisamente, ha sido y es el caso de las operaciones de concentración y fusión.

- La figura de concentración al carecer de especificaciones legales, corre un gran riesgo de ser mal utilizada, al tratar de ser disimulada con convenios, acuerdos o similares que afecten al derecho de competencia y al mercado, dañando o restringiendo la sana competencia de los mismos.
- La Superintendencia de Control y Regulación del Poder de Mercado, es la institución encargada de velar por la sana competencia y la protección al mercado, es preciso que esta institución tenga en cuenta que es necesario responder a una realidad del mercado en la que se debe impulsar y proteger a los pequeños y medianos empresarios y en consecuencia de ello se generen iniciativas legales que permitan un análisis real de cómo el artículo 16 en sus literales a y b podrían afectar gravemente el desarrollo de este sector de mercado.
- La Ley Orgánica de Control y Regulación del Poder de Mercado en su artículo 16, no responde a las intenciones de crecimiento económico y desarrollo social del país, ya que limita su atención a revisar las operaciones que puedan, como consecuencia, alcanzar un 30% del poder de mercado o que superen o igualen el monto señalado por la Junta de Regulación, sin embargo, esto deja de lado el efecto que tienen las operaciones en el sector de las medianas y micro, pequeñas y medianas empresas, el cuál por ello se podría encontrar en un mayor riesgo de afectación.
- La redacción de la norma, el porcentaje y los montos dispuestos, atienden a un sector macro del mercado, produciendo que los sectores que no forman parte de este sector, se encuentren descuidados por la Ley, la que podría estar generando condiciones en las que se generen vulneraciones para éstos segmentos de mercado.
- Toda aquella operación de concentración y fusión que no alcance al 30 por ciento puede afectar a un sector del mercado, el hecho de que no

cumpla con los parámetros, no significa que no haya un riesgo para el mercado, lo cual la Ley también debería revisar y analizar previamente a la decisión sobre este tipo de operaciones.

RECOMENDACIONES

- Es importante realizar estudios con el fin de profundizar y generar datos certeros sobre las micro, pequeñas y medianas empresas, su relevancia en el mercado y cómo se ven afectadas por ciertas conductas u operaciones que suceden dentro del mercado, como las de concentración o fusión empresarial.
- Es necesario revisar la normativa que establece el porcentaje para la notificación obligatoria en casos de operaciones de fusiones y concentraciones empresariales y modificarla o bien mejorar el proceso de análisis por el cual se determina si la operación de concentración es aceptada, así como el análisis y los parámetros que se usan para llevarlo a cabo, de forma que dentro de ello, se considere como parte del análisis la afectación que este tipo de operaciones puede tener en el sector de los medianos y pequeños empresarios, así como a otros sectores del mercado.
- Distintamente de la fusión, la concentración en la ley ecuatoriana no está más que como una práctica empresarial que puede o no afectar al mercado, es importante también que sea legislada y entendida como una operación jurídica.
- Es recomendable que la Superintendencia de Control y Regulación del Poder de Mercado, se encargue de realizar un seguimiento a estas operaciones y sus consecuencias en el mercado.

REFERENCIAS

- Aguiar V., Anderson A., Burgos S., Gualavisí M., Onofa M., Ruiz P., Sáenz M., *“Estudios industriales de la micro, pequeña y mediana empresa”*. FLACSO Sede Ecuador, Ecuador, 2013
- Aizag R., *“Aproximación a la Historia del Derecho Mercantil”*, Tesis doctoral, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá – Colombia, 1981, págs. 19 y 20. Recuperado el 18 de mayo del 2014 de: <http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere4/Tesis-31.pdf>
- Alvear P., Gómez de la Torre B., *“Derecho de corrección económica, defensa de la competencia y competencia desleal”*, Universidad Internacional SEK, Quito, Ecuador, 2012, págs. 17 y 18
- Banco Central del Ecuador y AFI, *“Inclusión Financiera: Aproximaciones teóricas y prácticas”*, Quito, Ecuador, 2012. Recuperado el 12 de febrero del 2015 de: <http://contenido.bce.fin.ec/documentos/PublicacionesNotas/Catalogo/Cuestiones/Inclusion%20Financiera.pdf>
- Banco Interamericano de Desarrollo y Organización de la Cooperación y el Desarrollo Económicos. *“Derecho y Política de la Competencia en Brasil”*. 2005. París, Francia Recuperado a 15 de octubre del 2014 de: <http://www.oecd.org/daf/competition/38864094.pdf>
- Banco de México. *“La historia del dinero”*. Recuperado el 27 de febrero del 2015, de: http://www.banxico.org.mx/mibanxico/historia_del_dinero.html
- Barrera G. Jorge, *“Temas de Derecho Mercantil”*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1983, pág. 21
- Barrera M., *“Situación y desempeño de las PYMES de Ecuador en el mercado internacional”*, Montevideo, Uruguay, 2001, pág. 16)
- Bellmont G., *“Control previo a las integraciones empresariales: Doctrina de la Superintendencia de Industria y Comercio”*, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, Colombia, 20013, p. 13 a 24

Boletín Oficial Español número 159, julio 2007, España. *Recuperado el 18 de septiembre del 2014 de:* <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2007-12946>

Capuñay Z., “El Código de Hammurabi”, 2011, pág. 1 a 5. *Recuperado el 01 de marzo del 2015 de:* <https://es.scribd.com/doc/55896538/El-Codigo-de-Hammurabi>

Carvalho Betancur J., “Contabilidad de los fenómenos societarios”, Universidad de Medellín, Colombia, 2005, p. 155 a 157

Cevallos V., “Manual de Derecho Mercantil”, Editorial Jurídica del Ecuador, Quito – Ecuador, 2007, 4ta. Edición, págs. 33 a 36.

Centro de Artigro “Ley Antimonopolio Clayton, Fondo, Contenido, Excenciones, Aplicación, Legado. *Recuperado el 11 de noviembre del 2014 de:* http://centrodeartigro.com/articulos-educativos/article_4154.html

Cisneros C., Jiménez M. “Análisis comparativo de las fusiones y adquisiciones en los Planes Estratégicos de las empresas mexicanas”, Universidad de las Américas Puebla. Puebla, México. 2003. *Recuperado el 18 de octubre del 2014 de:* http://catarina.udlap.mx/u_dl_a/tales/documentos/lcp/cisneros_t_c/resumen.html

Comisión Europea, Dirección General de Competencia, “Comprender las Políticas de la Unión Europea: Competencia.”, Luxemburgo, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, 2014. *Recuperado el 16 de agosto del 2014 de:*

http://europa.eu/pol/pdf/flipbook/es/competition_es.pdf

Comisión Federal de Defensa de la Competencia, México Distrito Federal, México. *Recuperado el 19 de Octubre del 2014 de:* <http://www.cfc.gob.mx/cofece/index.php/politica-de-privacidad>

Comisión Nacional de la Competencia, 2007, Madrid, España.

Recuperado el 9 de agosto del 2014 de: <http://www.cncompetencia.es/Inicio/ConocerlaCNC/QueeslaCNC/tabid/77/Default.aspx>

Confederación de los Estados Americanos, *Sistema de Información Sobre Comercio Exterior, Decisiones de la Comunidad Andina de Naciones: CAN* Recuperado el 17 de septiembre del 2014 de:

<http://www.sice.oas.org/trade/junac/Decisiones/DEC608s.asp>

Constitución de la República del Ecuador, Publicaciones Jurídicas, Quito, Ecuador. 2008. Recuperado el 4 de febrero del 2014 de:
<http://www.efemerides.ec/1/cons/>

De Chiara O., *Economía Industrial. Conceptos y Aplicaciones*, EdiUNS, Bahía Blanca, Argentina, marzo 2005.

Decisión 608, “*Normas para la protección y promoción de la libre competencia en la Comunidad Andina*”. Recuperado el 18 de octubre del 2014:

<http://www.comunidadandina.org/Normativa.aspx>

Decisión de la Comisión Europea de Competencia, 29 de mayo de 1991, *Asunto nº IV/MO43 - Magneti Marelli/CEAc, Reglamento (CEE) nº 4064/89 del Consejo Europeo, EUR Lex*

Delplanque C., “*El Código de Comercio de 1807*”, Instituto Napoleónico México-Francia. Recuperado el 10 de mayo del 2014 de:
<http://inmf.org/codecommerce.htm>

Diccionario de la Lengua Española, *Real Academia de la Lengua Española, Vigésima segunda edición*. Madrid, España. 2009.

E. Bueno Campos, “*Introducción a la Organización de Empresas*”, Unidad 9, “*Tamaño, concentración y crecimiento de la empresa.*” *Universidad a Distancia de Madrid, Madrid, España*. Recuperado el 4 de octubre del 2014 de: http://www.adeudima.com/?page_id=578

Encuesta Nacional de Micro, Pequeñas y Medianas empresas de la industria manufacturera, 2007

E. Quintana, “*¿Rezando entre tinieblas? El credo del control de concentraciones empresariales*, *Revista THEMIS* 39, 1999, págs. 220 a 25, Lima, Perú

Recuperado el 14 de junio del 2014 de:
<http://info.upc.edu.pe/hemeroteca/tablas/derecho/themis/themis39.htm>

- Garrigues J., *“Curso de Derecho Mercantil”, Tomo I, Editorial Porrúa, S.A., México, 1981, pág. 223*
- González N., *“Las fusiones y adquisiciones como fórmula de crecimiento empresarial”, Dirección General de Política de la Pequeña y Mediana Empresa Elabora, Madrid, 2007, p. 3 a 10*
- Hundskopf O., *“Regulación jurídica de los grupos de empresas”, Informativo Legal Rodrigo. Lima, Asesores Financieros, 1998, Volumen 149, p. 19*
- Instituto Boliviano de Investigaciones Jurídicas *“Derecho de la competencia: control de concentraciones bajo la óptica de los mercados dinámicos” en Contribuciones a la Economía, abril 2009. Recuperado el 20 de octubre de: <http://www.eumed.net/ce/2009a/daj.htm>*
- Instituto de Investigaciones Socioeconómicas y Tecnológicas, 2002
- Instituto Nacional de Estadísticas y Censos, 2009
- Jaramillo A. Juan, *“Los mayores grupos económicos del país”. IDE Business School, Revista “Perspectiva. Ecuador. 2014. P. 10 a 14.*
- Ley Argentina de Defensa de la Competencia. *Recuperado el 14 de octubre del 2014 de: <http://www.ucema.edu.ar/u/gcoloma/leydef.pdf>*
- Ley de Estructura del Sistema Brasileño de Defensa de la Competencia, Brasil. *Recuperado el 29 de noviembre del 2014 de: <http://www.oecd.org/daf/competition/38864094.pdf>*
- Ley Federal de Competencia Económica, México, 1992. *Recuperado el 16 de agosto del 2014 de: <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Publicaciones/CDDH05/pdf/8.pdf>*
- Ley de Defensa de la Competencia de Brasil. *Recuperado el 9 de octubre del 2014 de: http://www.lcuc.cl/documentos_down/mapa/brasil.pdf*
- La Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder del Mercado, Ecuador, 2011
- Libio de los Ríos V., *“Las principales olas o ciclos de fusiones y adquisiciones desde finales del siglo XIX hasta la actualidad”. Publicaciones UNAM. “Economía Informa” suplemento 367. 2011., México. Recuperado el 17 de octubre del 2014 de:*

<http://www.economia.unam.mx/publicaciones/nueva/econinforma/pdfs/367/07victorlibio.pdf>

Marín M., Durand J., Ávila D., Ojeda T., Riofrío C., Jaramillo F., Barzallo J., *“Régimen de Competencia”*, Universidad de los Hemisferios., Quito, Ecuador, 2013.

Martínez Cañelas A., “Estudios de Derecho, Introducción al Derecho Mercantil”, Universitat de les Illes Balears, Campus Extens, España

Miranda, A. y Gutiérrez, J. *“Control de las concentraciones en Colombia”*. Bogotá, Colombia. 2007, pág. 30 a 54. Recuperado el 10 de septiembre del 2014 de: http://www.javeriana.edu.co/juridicas/pub_colecc/documents/2-Mirando-Londono.pdf

Miranda J., “Gestión de Proyectos”, pág. 90 a 92 Recuperado el 10 de marzo del 2014 de: http://www.antioquia.gov.co/antioquiav1/organismos/planeacion/descargas/banco_proyectos/libro/4_mercado.pdf

Montoya Pardo M., *“Casos de concentraciones empresariales en el sector energético europeo”*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia, 2012, pág. 21

Pachas C., *“¿Dudar? Quizás el control de las fusiones y concentraciones empresariales”*, Revista Derecho y Cambio Social. Lima, Perú. Recuperado el 18 de marzo del 2014 de: <http://www.derechoycambiosocial.com/revista006/empresarial.htm>

Palacios A., *“El Derecho de la Competencia: ¿Derecho privado, Derecho público, regulación o Derecho económico?”*. Revista Digital de Derecho Administrativo. 2013. P. 85 a 100.

Parducci Romero E., *“¿Un nuevo modo de adquirir el dominio de las cosas?”*, Academia Ecuatoriana de Derecho Societario Revista, Ecuador, 2004, p. 209 a 221

Pindyck S., Rubinfeld D., *“Microeconomía”*. Pearson Education S.A. Madrid, España. 2009. P. 10 y 11.

Quevedo C. Ignacio, “Derecho Mercantil”, Pearson Education, México, 2008,

3ra. Edición, págs. 5 a7

Registro Oficial número 171, Ecuador, 2010, Recuperado el 7 de octubre del 2014 de: <http://www.cit.org.ec/files/RO-No.-171-del-28-01-2014.pdf>

Registro Oficial número 558, Ecuador, 2009. Recuperado el 6 de octubre del 2014 de: <http://www.derechoecuador.com/productos/producto/catalogo/registros-oficiales/2011/octubre/code/20061/registro-oficial-no-558---martes-18-de-octubre-de-2011>

Registro Oficial número 555, Ecuador, 2011. Recuperado el 03 de marzo del 2014 de: <http://www.derechoecuador.com/productos/producto/catalogo/registros-oficiales/2011/octubre/code/20059/registro-oficial-no-555---jueves-13-de-octubre-de-2011-suplemento>

Registro Oficial número 697, Ecuador, 2012 Recuperado el 18 de octubre del 2014 de: <http://www.derechoecuador.com/productos/producto/catalogo/registros-oficiales/2012/mayo/code/20259/registro-oficial-no-697--lunes,-07-de-mayo-de-2012>

Reglamento (CEE) nº 4064/89 del Consejo Europeo. Recuperado el 14 de octubre del 2014 de: http://europa.eu/legislation_summaries/competition/firms/l26096_es.htm

Revista electrónica LÍDERES, “La fijación de precios a las medicinas moverá el mercado local”, Recuperado, el 17 de Julio del 2015 de: <http://www.revistalideres.ec/lideres/fijacion-precios-medicinas-movera-mercado.html>

Revista Ekos, “Top Marcas”, Ed. 245, Septiembre, 2014, Ecuador p.67 a 114

Sánchez O. J., “La fusión y la escisión de sociedades. Aportación de activos y canje de valores. Cesión global del activo y del pasivo.”, Editoriales de Derecho Reunidas, 1998, páginas 170 a 180

Soncco Mendoza, Percy Milton, “Control de Concentraciones Empresariales” en Revista de la Facultad de derecho de la universidad Nacional de San Agustín, Perú, Pág. 186. Recuperado el 13 de julio del 2014 de:

<http://limalaw.blogspot.com/2012/07/concentraciones-empresariales.html>

Soriano, J., *“Derecho Público de la Competencia”*, Madrid, España. 2001, pág. 77

Sudarsanan, P.S. *“La esencia de las fusiones y adquisiciones”*, Mexico, Prentice Hall Hispanoamérica, 1996.

Sociedad Calificadora de Riesgo Latinoamericana, *“Resumen de la calificación de riesgo inicial a la emisión de obligaciones y programa de papel comercial de FARMAENLACE CIA LTDA.”*

Superintendencia del Control del Poder de Mercado, *Intendencia de Control de Concentraciones, Informe número scpm-icc-2013-00-i, tema: Informe Normativa Comparada sobre Concentraciones, septiembre de 2013*

Temario de estudio, AIU High School, 2015.

Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. *“La libre competencia en el Chile del Bicentenario”*. 2001. Chile. P. 1 a 7.

Viedma, J.M., *“La transmisión de empresas en España”*, Viama Editores, Barcelona, 1988, p.182

Villavicencio M. *“Factores Críticos para el Desempeño Exportador de las Pymes”*. Costa Rica. *TEC Empresarial*, 2009. Pág 31 a 37. Recuperado el 17 de marzo del 2015 de: <http://www10.iadb.org/intal/intalcdi/PE/CM%202013/12609.pdf>

Witker J., Varela A, *“Derecho de competencia económica de México”*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Distrito Federal. México. 2003. P. 2 y 3.

ANEXOS

ANEXO 1

Entrevista realizada al señor Jorge Ortiz Cevallos, Vicepresidente Financiero de Farmaenlace el día 19 de febrero del 2015

Jorge Ortiz Cevallos nos cuenta sobre el nacimiento y crecimiento de Farmaenlace

Farmaenlace empieza como una distribuidora farmacéutica y hace aproximadamente diez años se empieza a desarrollar la idea de crear cadenas de farmacias, porque la tendencia del mercado apuntaba hacia ese lado. En miras a ello, se busca generar su cadena de farmacias, Medicity y Farmacias Económicas que son dos segmentos del mismo grupo. Para ello se creó una nueva empresa en la que se sumaron los conocimientos y a la par van creciendo la idea de las cadenas de Farmaenlace y el día de hoy existen 352 farmacias alrededor del país.

Jorge Ortiz nos comenta sobre las pequeñas farmacias

Las farmacias pequeñas o de pueblos, se mantienen en cuanto sus negocios sean bien manejados, ya que depende de ello. La mayor parte de estas farmacias tienen un stock muy limitado de inventario, mientras que las cadenas de farmacias o farmacias más grandes pueden ofrecer una mayor variedad de productos y es una de las razones por las que los consumidores las prefieren. Además, que por limitados recursos no cumplen adecuadamente con sus proveedores y eso incrementa el problema.

Jorge Ortiz habla sobre la relación entre las pequeñas farmacias y Farmaenlace

Existe una relación entre Farmaenlace y las pequeñas farmacias, su modelo de crecimiento se ha sustentado en las franquicias. Las pequeñas farmacias que

tenían problemas para crecer, se sumaron a su cadena. El farmacéutico pone conocimiento, experiencia, local generalmente propio, la cercanía en el sector y Farmaenlace proporciona el marketing y un inventario completo.

Jorge Ortiz señala cómo se han beneficiado los consumidores por el crecimiento de las cadenas farmacéuticas

Le da a la gente una cercanía a sus necesidades y ya no necesita trasladarse para poder encontrar los productos que requiere, además, se puede hacer pagos de luz, agua, teléfono. Es decir, que se ayuda llevando soluciones al sector. Además, hace que los precios sean más estables y baratos.

Jorge Ortiz comenta cómo ha repercutido el crecimiento de las cadenas de farmacias en los competidores que no forman parte de las grandes cadenas

Todo depende mucho de la administración que se le da al negocio. Las farmacias no desaparecen sino que se transforman, por ejemplo varias de las pequeñas farmacias, son parte del grupo sin haber perdido su identidad, sin perder su imagen pero sí con cambios administrativos. Esto se ha realizado mediante acuerdos escritos.

Jorge Ortiz, comenta sobre el nuevo manual de prácticas farmacéuticas, emitido por la Superintendencia de Control y Regulación del Poder de Mercado

Comenta que no fueron parte del proceso, pero que ahora se está empezando a conversar. Ya que, existen temas que el manual no está contemplando y que incluso podrían dañar a las pequeñas farmacias, ya que hay muchos requerimientos que las farmacias no podrían cumplir. Ahora que existe un cierto acercamiento con la Superintendencia, se están revisando ciertos puntos al respecto.

Jorge Ortiz, comenta sobre la falta de datos en este tema

Supuestamente hay estudios que señalan que han desaparecido farmacias, pero, a su parecer no es así, estas farmacias se han transformado, sin embargo, no existen estudios que prueben estos hechos, ya que al acercarse a la Superintendencia, para poder revisarlos, se le fue dicho que son estudios y documentos reservados, pero en los que se han basado para determinar que en efecto ha existido una disminución de estos negocios. No existe estadísticas reales que demuestren estos supuestos.