

La fusión de empresas y su viabilidad en la legislación ecuatoriana en comparación con la legislación de Estados Unidos¹

The merger of companies and its viability in Ecuadorian Law compared to US Law

Pamela Guayasamín²
pame.guayasamingf@gmail.com

RESUMEN

La fusión es una operación societaria con relevancia e influencia en las actividades empresariales. El presente artículo busca determinar la viabilidad de la mencionada figura en la legislación ecuatoriana, mediante una investigación cualitativa, de tipo exploratoria y deductiva, y el uso de análisis de derecho comparado, teniendo como base fuentes secundarias. Los resultados obtenidos muestran que, en el Ecuador, tanto los procedimientos como tiempos dispuestos por la normativa dificultan la utilidad de la operación societaria de la fusión en el Ecuador, y desincentiva a los operadores económicos. A diferencia de los Estados Unidos, cuyos sencillos procesos incentivan al desarrollo de actividades económicas en el mencionado país.

PALABRAS CLAVE: Fusión, operaciones societarias, procedimientos.

ABSTRACT

The merger is a corporate operation with relevance and influence on the business activities. The present. This article seeks to determine the viability of the above-mentioned provision in Ecuadorian legislation, through qualitative research, of an explorative and deductive nature, and the use of comparative law analysis, based on secondary sources. The results obtained show that, in Ecuador, both the procedures and the times provided for by the regulations make it difficult for the company to operate the merger in Ecuador and discourage economic operators. Unlike the United States, whose simple processes encourage the development of economic activities in that country.

KEYWORDS: Merger, corporate operations, procedures.

Fecha de lectura: XX de XXXX de 2020
Fecha de publicación: XX de XXXX de 2020

SUMARIO

1. Introducción. 2. La operación societaria de la fusión. 2.1. Definición de la fusión 2.2. Características, clases y beneficios. 2.3 Distinción entre la fusión y otras figuras de cooperación empresarial. 2.3.1 Fusión versus Joint-Venture. 2.3.2. Fusión versus adquisición. 3. Derecho comparado: Ecuador y Estados Unidos de América. 3.1. Ecuador 3.1.1. Regulación. 3.1.1.1. Normativa aplicable. 3.1.1.2. Entidades regulatorias. 3.1.2. Aplicación de la Fusión en el Ecuador. 3.1.3. Caso de fusión en el Ecuador. 3.2. Estados Unidos de América. 3.2.1. Regulación. 3.2.1.1. Normativa aplicable. 3.2.1.2. Entidades regulatorias. 3.2.1.3. Proceso de fusión en los Estados Unidos. 3.2.2. Aplicación de la Fusión en los Estados Unidos. 3.2.3. Caso de fusión en los Estados Unidos. 3.3. Doing Business: Ecuador y Estados Unidos. 4. Desafíos que supone la normativa ecuatoriana a la operación societaria de la fusión. 5. Conclusiones.

¹ Trabajo de titulación presentado como requisito para la obtención del título de Abogado. Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Dirigido por Bárbara Terán Picconi.

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

1. Introducción

La fusión es una de las operaciones societarias que por tener como resultado una compañía nueva, o por lo menos alterada en su patrimonio, ha sido especial objeto de estudio y discusión doctrinaria. En vista de ello, el presente artículo académico tiene como objetivo establecer la viabilidad de la fusión de compañías en la legislación ecuatoriana, mediante un análisis de derecho comparado con la legislación de los Estados Unidos de América. Además, para responder al planteado objetivo, este trabajo estará compuesto de la siguiente manera:

En primer lugar, se definirá la operación societaria de la fusión, al igual que se establecerán sus características, clases y beneficios. En conjunto con ello, se realizará una distinción entre la fusión y otras figuras de cooperación empresarial, específicamente, Joint-Venture y adquisición. En segundo lugar, se efectuará un análisis de derecho comparado entre el Ecuador y los Estados Unidos de América, para esto, se tomará en consideración tanto su legislación como las entidades involucradas en la regulación de las fusiones. Por último, se desarrollarán los desafíos que supone la normativa para la utilización de las fusiones en el Ecuador.

En relación a la metodología a ejecutar, es vital destacar y resaltar, que el artículo académico a presentar será de tipo cualitativo, mediante la realización de un análisis de derecho comparado. Además, para el desarrollo de la temática, se tendrá como fundamento fuentes secundarias, es decir, libros y artículos de carácter científico y académicos que profundicen en la temática de las fusiones. Por ende, la naturaleza de la presente investigación será de tipo exploratoria y deductiva.

Ahora bien, antes de abordar la materia objeto de estudio, es necesario definir la noción fundamental para la comprensión de la presente disertación, es decir, la fusión. La fusión es la “integración de dos o más sociedades en una única sociedad mediante la transmisión en bloque de sus patrimonios y la atribución a los socios de participaciones en la sociedad resultante”³.

³ Cevallos Vásquez Víctor, *Nuevo Compendio de Derecho Societario*, (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2016).

2. La operación societaria de la fusión

2.1. Definición de la fusión

Es objetivo plantear que las operaciones societarias juegan un papel importante en el mundo corporativo, sus distintas formas permiten a los empresarios captar nuevos mercados, expandir sus industrias o incrementar su valor en aras de acceder a oportunidades de negocio.

A lo largo de la historia, comerciantes y compañías desarrollaron diversas formas de optimizar su negocio. En este sentido, la aplicación de medidas especializadas al comercio es tendencia desde tiempos tan remotos como aquellos en los que la *Lex Mercatoria* hizo una compilación de usos y costumbres que se venían aplicando sin regulación formal en la Edad Media⁴. Más adelante, la consolidación de operaciones societarias como la fusión se introdujeron para hacer frente a las cambiantes exigencias del mercado.⁵

La fusión es la operación societaria que en palabras del Dr. Víctor Cevallos, nos permite la “Integración de dos o más sociedades en una única sociedad mediante la transmisión en bloque de sus patrimonios y la atribución a los socios de participaciones en la sociedad resultante”⁶. Es decir, que la fusión permite al empresario expandir su operación ante el incremento del patrimonio de su compañía. Con la facilidad que representa el manejo de “una única sociedad que desarrolla la actividad económica, y cuya administración y propiedad es común”.⁷

La fusión en el Ecuador está contemplada en la Ley de Compañías en la sección X denominada De la Transformación, de la Fusión y de la Escisión. Esta figura está regulada en el artículo 337 que reconoce dos tipos tradicionales de fusiones: creación y absorción.

⁴ Berman Harold J, “The New Law merchant and the Old sources, content, and legitimacy”, en *Lex mercatoria and Arbitration*. (Paris: Transnational Juris Publications, 1990), 120-125.

⁵ Gloria de la Luz Juárez; Alfredo Sánchez Daza; Germán Sánchez Daza, “Nueva oleada de fusiones y adquisiciones”, Revista *Panorama Económico* (2017), 95. (Procesos precisamente importantes para crecer. Son acuerdos y operaciones entre empresas que por periodos en la historia (...) han cobrado relevancia económica en los mercados, tanto locales como a nivel internacional.)

⁶ Cevallos Vásquez Víctor, *Nuevo Compendio de Derecho Societario*, (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2016).

⁷ Id.

En la primera, existe la unión de dos compañías para crear una nueva, es decir, las compañías fusionadas se disuelven⁸. En la segunda, la compañía que absorbe a la otra no se extingue, sino que mantiene la razón social y adquiere para sí el patrimonio de la compañía absorbida⁹. Por ello, el ex intendente de compañías Roberto Salgado Valdez¹⁰, define a la fusión como “la unión jurídica de varias organizaciones sociales que se comprometan recíprocamente para que con un organismo jurídicamente unitario sustituya a una pluralidad de organizaciones”.¹¹

Es importante señalar que un tipo de fusión nueva que señala la legislación ecuatoriana, es la fusión transfronteriza: “Se consideran fusiones transfronterizas a los procesos en que una o más sociedades extranjeras se fusionan con una o más sociedades ecuatorianas, para establecerse y operar a través de la compañía ecuatoriana”¹². Se puede observar que se trata de los mismos tipos de fusiones, creación y absorción, pero con un enfoque en sociedades extranjeras.

Además, desde una perspectiva económica, autores como Gloria de la Luz Juárez, Alfredo y Germán Sánchez Daza, definen a la fusión como “un acuerdo entre dos o más compañías, legalmente independientes, por medio de los cuales (SIC) se establece el compromiso de juntar sus patrimonios, para que sólo una de ellas sobreviva o para formar una nueva sociedad”¹³.

Al estar ante un proceso de fusión, no se podría dejar de abordar aspectos esenciales para su configuración, que cabe señalar, no serán sujetos de análisis de la presente

⁸ Ver, Carlos Villegas. *Tratado de las sociedades*. (Santiago De Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1995), 168. (El activo y pasivo de las sociedades se unen con el objetivo de crear una entidad nueva, diferente de las fusionadas, siendo este el motivo por el cual la sociedad se disuelve, pero no se liquida.)

⁹ Ver, Id. (La compañía absorbida deja de existir al momento de completarse este proceso. A esta modalidad la doctrina la ha llamado también fusión por incorporación, puesto que, se la concibe como una forma de concentración donde una entidad crece a medida que absorbe a otras con las que competía dentro de la misma industria.)

¹⁰ Nacido el 16 de septiembre de 1952 en Quito, Ecuador. Estudios profesionales en la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Católica, Quito. Licenciado en Ciencias Públicas y Sociales, Abogado de la República y Doctor en Jurisprudencia.

¹¹ Roberto Salgado, “*Nuevo manual de Derecho societario*” (Quito: Indugraf del Ecuador, 2006), 110.

¹² Ver, Sección Décima, Capítulo Cuarto “Otras formas de reorganización”, Ley de Compañías. R.O. 312, de 05 de noviembre de 1999, reformado por última vez R.O. 28 de febrero de 2020.

¹³ Gloria de la Luz Juárez; Alfredo Sánchez Daza; Germán Sánchez Daza, “Nueva oleada de fusiones y adquisiciones”, Revista *Panorama Económico* (2017), 95.

investigación. El primero es el “*due diligence*”, el cual es definido como “un proceso de recopilación, revisión y valoración de información sobre un determinado negocio, activo o sociedad, para conocer su estado, sus posibles contingencias y riesgos de cara al cierre de una operación”¹⁴. De igual forma, la arista contable es imprescindible al momento de considerar una fusión, ya que, los balances contables son fundamentales para entender la situación económica de la compañía¹⁵. Ambos aspectos son cruciales para la obtención del máximo beneficio en la operación societaria.

2.2. Características, clases y beneficios de la fusión

Es importante señalar las características de los momentos de mayor aplicación de las fusiones, que tienen gran acogida en tiempos de bonanza económica, y son dos: su manejo por ciclos, dado a su relación con variables como el PIB¹⁶ y su utilidad cuando existe una intención por parte de los accionistas de incrementar su cuota de mercado.¹⁷

De esta forma, cuando convergen estos dos elementos circunstanciales, la posibilidad de la efectuación de una fusión se ve considerablemente incrementada, como posible alternativa para los empresarios. Ahora bien, en cuanto a las clases de fusiones, varios autores las clasifican en dos, sin embargo, es imperativo aclarar que no se debe confundir a estas con los tipos de fusiones, es decir, con la fusión por creación y por absorción. Una vez mencionado esto, las dos clases de fusiones que existen son las horizontales y las verticales, cada una de estas contando con sus propios beneficios.

La fusión horizontal es aquella que se expande en su mismo mercado, en otras palabras, en el mismo escalón de la cadena de valor, en los mismos productos o actividades semejantes. Como resultado, los beneficios que trae la fusión horizontal son algunos, entre ellos, la economía de escala para que se llegue a un nivel óptimo de producción, las

¹⁴ Cevallos Vásquez Víctor, *Nuevo Compendio de Derecho Societario*, (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2016).

¹⁵ Teresa Apellániz Gómez y Paloma Apellániz Gómez. “tratamiento contable de las fusiones de empresas “en Revista *Internacional legis de contabilidad & auditoría*. (2004). 137- 172.

¹⁶ Gloria de la Luz Juárez; Alfredo Sánchez Daza; Germán Sánchez Daza, “Nueva oleada de fusiones y adquisiciones”, Revista *Panorama Económico* (2017), 95

¹⁷ Ver, Id.

sinergias¹⁸ y el aumento de barreras de entrada para que haya más innovación ante la reforzada competencia. En términos de expansión, los beneficios pueden ser, ya sea, aumentar poder de mercado y/o expandirse territorialmente.

Al contrario, las fusiones verticales son aquellas que se manejan a lo largo de la cadena de valor, incluyendo elaboración, distribución, comercialización y al consumidor. En esta clase de fusiones también existen beneficios tales como: reducción de costos de transporte, aumento de canales de distribución, innovación por medio del aumento de las barreras de entrada, y una mejor coordinación a través de la cadena¹⁹. Adicionalmente, es importante mencionar que, en ambas clases de fusiones, el objetivo que las compañías persiguen es garantizar un crecimiento sostenible a largo plazo. En palabras de los expertos Gloria de la Luz Juárez, Alfredo y Germán Sánchez Daza: “[La fusión tiene] la finalidad de crecer, en un sentido horizontal y/o vertical, es decir, ampliando su cuota de mercado ante su competencia o adquiriendo compañías que le son proveedoras a su proceso de producción, distribución y comercialización.”²⁰

2.3. Distinción entre la fusión y otras figuras de cooperación empresarial

Es necesario diferenciar la figura contractual del Joint-Venture, la adquisición de acciones o participaciones y nuestro objeto de estudio que son las fusiones. Mediante cualquiera de estas herramientas jurídicas se podría consolidar una concentración de poder en el mercado, tema que como veremos posteriormente, es de vital importancia para las fusiones. Estas figuras, en concepto no son iguales, pero podrían asemejarse en sus objetivos. Es por ello, que se realizará a continuación una breve diferenciación entre las mencionadas.

2.3.1. Fusión versus Joint-Venture

Existen diversos escenarios donde surge confusión entre la operación societaria de la fusión con los contratos de Joint-Venture. Este último, hasta el 27 de mayo de 2019 era un

¹⁸ Ver, Id. 96. (Este concepto hace referencia a una fusión en donde un grupo de empresarios encuentra que su actividad combinada puede ser más rentable que realizarla de forma individual.)

¹⁹ Ver, Id. (Realizar operaciones de M&A, para así lograr un domicilio fiscal donde se paguen menos impuestos, lo que puede llegar a ser posible dentro de un mismo país o en el extranjero.)

²⁰ Gloria de la Luz Juárez; Alfredo Sánchez Daza; Germán Sánchez Daza, “Nueva oleada de fusiones y adquisiciones”, *Revista Panorama Económico* (2017), 95.

contrato atípico, ahora se encuentra contemplado, en el Código de Comercio, en su artículo 585, el cual dispone: “La Empresa Conjunta o Joint -Venture es un contrato de carácter asociativo, mediante el cual dos o más personas ya sean naturales o jurídicas convienen en explotar un negocio en común por un tiempo determinado, acordando participar en las utilidades resultantes del mismo, así como responder por las obligaciones contraídas y por las pérdidas.”²¹

Diversos autores, siendo Richard Whish uno de estos, definen al Joint-Venture como “acuerdos mediante los cuales dos o más empresas independientes se centran en la integración parcial de sus actividades comerciales que se someten a un control conjunto para lograr algún objetivo comercial”²². Es por ello, que el Ecuador, en su normativa lo califica como un contrato mercantil, donde las compañías involucradas deciden explotar conjuntamente un negocio.²³

En síntesis, los Joint-Venture son convenciones que tienen como resultado la unión de dos o más personas para trabajar conjuntamente en un determinado proyecto que no necesariamente pertenezca al mismo mercado, manteniendo cada una de estas su independencia.

De esta forma, este contrato mercantil permite a los participantes cambiar su aptitud y capacidad técnica, para llevar a buen término el proyecto para el cual se han unido. Así como, disminuir los riesgos y las cargas financieras de la operación; y permitir la realización de obras, que por motivos de costo y²⁴ complejidad, sería dificultosa su realización por parte de una sola compañía.

Para ejemplificar, una clara demostración de lo que es un Joint-Venture, es la realizada por News Corp, Disney y Comcast para la creación HULU en el 2010. Año en el que estas tres compañías, que compiten entre sí en el mundo de la televisión en vivo, decidieron lanzar en conjunto la plataforma digital HULU que ofrece servicios de *streaming*.

²¹ Artículo 585, Código de Comercio. R.O. Suplemento 497 de 29 de mayo de 2019.

²² Richard Whish, “Mergers”, en *Competition Law*. (Oxford: Oxford University Press, 2015), 838. (Traducción No Oficial)

²³ *Ver*, Id.

²⁴ Bar Merril, “*Disney-Fox merger gives the mouse everything it needs to fight Netflix*”, en Forbes, acceso el 23 de febrero de 2020.

Los programas de televisión, pertenecientes a las tres compañías, se encuentran disponibles en el catálogo de esta página de servicios online. El lanzamiento de HULU fue un éxito rotundo, logrando en poco tiempo superar los mil millones de dólares en ganancias. Esto fue gracias a que estas compañías independientes decidieron realizar el mencionado negocio en conjunto para de esta forma tener un alcance mucho más significado, y lograr un mayor éxito que el posiblemente obtenido de forma individual.

En base a lo explicado, las diferencias entre las fusiones y los Joint-Venture se encuentran ilustradas en la Tabla I, expuesta a continuación.

| DIFERENCIAS ENTRE JOINT-VENTURE Y FUSIÓN | |
|--|--|
| JOINT-VENTURE | FUSIÓN |
| No necesariamente los participantes se encuentran en el mismo mercado. | Si se tratase de una fusión horizontal necesariamente los participantes pertenecerán al mismo mercado. |
| El objetivo del contrato es explotar un negocio en común, por un tiempo determinado. | El objetivo de la operación es el incremento patrimonial de la compañía resultante, los efectos son definitivos. |
| El patrimonio de los participantes es independiente. | El patrimonio de las compañías fusionadas pasa a convertirse en unitario. |

Elaborado por: Pamela Guayasamín, 2020.

2.3.2. Fusión versus adquisición

Generalmente la fusión y la adquisición comparten múltiples características, aunque es vital resaltar que sus métodos difieren significativamente uno del otro. La adquisición busca “la compra del capital de una empresa con el fin de dominarla total o parcialmente”²⁵. Normalmente, esto acontece cuando una compañía decide adquirir participaciones o acciones de otra. Dependiendo de cuantas acciones o participaciones adquiera, la compañía tendrá un porcentaje de control mayor o menor, cuya equivalencia se observará con el poder que ejerce en la compañía adquirida. Existen casos, en los que se realiza una compra del 100% de lo

²⁵ Ver. Luz Israel Llave “Fusiones y Adquisiciones” en Revista *Pontifica Universidad Católica de Perú*. (2005). 29.

que representan las acciones o participaciones en el capital social, teniendo como resultado que la compañía compradora sea la dueña total de la otra compañía²⁶.

El método más común para proceder a una adquisición, generalmente, es la compraventa. No obstante, no es un método único, debido a que existen otros tales como el apalancamiento financiero o “*leverage buy-out*” y la compra por parte de la administración o mayormente conocido como “*management buy-out*”²⁷. Resulta evidente que las operaciones anteriormente señaladas poseen un carácter más financiero. El “*leverage buy-out*” o “compra apalancada” es una forma de adquisición a base de deuda y que se pretende amortizar con los recursos y ganancias de la propia compañía²⁸. Los “*management buy-out*”, por su parte, son aquellos donde los directivos pasan, generalmente, a ser los mayores accionistas de la nueva adquisición²⁹.

En base a lo explicado anteriormente, de manera concisa se mostrará en la tabla II todo lo relevante en cuanto a las diferencias entre las adquisiciones y fusiones.

| DIFERENCIAS ENTRE ADQUISICIONES Y FUSIONES | |
|---|---|
| ADQUISICIONES | FUSIONES |
| En ningún caso se forma una nueva compañía. Los patrimonios de las participantes se mantienen independientes. | El patrimonio de las compañías involucradas se une para formar uno solo. |
| En la adquisición el accionista que las vendió ya no tiene ninguna injerencia en los asuntos de la compañía | Los accionistas de ambas compañías pueden participar en las decisiones y percibir utilidades. |

Elaborado por: Pamela Guayasamín, 2020.

²⁶ Leire Mínguez, “*Análisis económico de la fusión y adquisición de empresas*”. Tesis doctoral. Universidad del País Vasco. (2018) 7-8.

²⁷ Ver, Will Kennton. “Leverage buy-out”. en *Investopedia. Mergers and Acquisitions* (2019) (Una compra apalancada (LBO) es la adquisición de otra compañía utilizando una cantidad significativa de dinero prestado para cubrir el coste de adquisición. Los activos de la compañía adquirida se utilizan a menudo como garantía de los préstamos, junto con los activos de la compañía adquirente) (Traducción no oficial.)

²⁸ Ver. Antonio Serrano. “¿Qué es un LBO? Las compraventas apalancadas de empresas”. En *Lawckchain*. Acceso 11 de mayo del 2020.

²⁹ Ver. Carlos Casas “Management Buy out”. En *Diccionario Económico*. Acceso 11 de mayo del 2020.

3. Derecho comparado: Ecuador y Estados Unidos de América

3.1. Ecuador

3.1.1. Regulación del estado ecuatoriano

3.1.1.1. Normativa aplicable

La Ley de Compañías es la encargada de la creación y regulación de la figura jurídica societaria de la fusión, que se aplica a las sociedades de comercio que se encuentran enlistadas taxativamente en su artículo 2. De igual forma, el procedimiento para llevar a cabo la fusión se encuentra en el artículo 338 de la mencionada ley.

El primer paso es convocar una junta general de socios/accionistas para que se pueda aprobar la fusión. Una vez aprobada, se procede a realizar la disolución³⁰ de cada una de las compañías involucradas y se hace la transferencia de todos los activos, pasivos y patrimonio, en conjunto a la nueva compañía o a la que absorbe³¹. Es decir, que se transfiere el total del patrimonio de la compañía a la nueva entidad, ya sea esta creada o absorbida. El doctor Paul Cahn establece que la fusión se caracteriza principalmente por “la transmisión del patrimonio total de una sociedad a otra u otras, nuevas o preexistentes, a cambio de acciones que entrega la sociedad que recibe el patrimonio a los socios o accionistas de la sociedad absorbida o fusionada.”³²

Como resultado de los procesos de fusión, la compañía resultante tendrá el patrimonio de cada una de las compañías que formen parte de este proceso; su nuevo capital se compondrá, en consecuencia, del capital que absorba³³. En términos prácticos, una vez extinguidas las compañías absorbidas, los accionistas tendrán, en la compañía resultante, una cuota proporcional a la que tenían en las compañías por separado.

³⁰ Ver, Id. (La disolución de la junta tiene que proceder mediante la participación de todos los accionistas y el número de votos establecido en los estatutos, según establece el Art 141 de la Ley.)

³¹ Ver, Id. (Si la fusión hubiere de resultar de la absorción de una o más compañías por otra compañía existente, ésta adquirirá en la misma forma los patrimonios de la o de las compañías absorbidas, aumentando en su caso el capital social en la cuantía que proceda.)

³² Paul Cahn – Speyer Wells *“Fusiones y Adquisiciones – Aspectos Internacionales”*. Instituto Colombiano de derecho Tributario (2010), 10.

³³ Roberto Salgado, *“Nuevo manual de Derecho societario”* (Quito: Indugraf del Ecuador, 2006), 110.

Todas las compañías involucradas deberán aprobar el proyecto de fusión. Las absorbentes deben, además, hacerlo mediante la escritura pública de fusión, y solicitar la aprobación de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros (en adelante, “SCVS”), para posteriormente, inscribir este acto en el registro mercantil del cantón correspondiente. La escritura pública debe contener varios anexos: actas de juntas generales, balances cortados al día anterior a la celebración de la escritura de las compañías a fusionarse expresados en dólares de los Estados Unidos de América; balance consolidado de las compañías; y el cuadro de la integración del capital.

3.1.1.2. Entidades regulatorias

La entidad reguladora encargada de aprobar la fusión siempre será la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros. Dado que, el artículo 342 dispone que: “La fusión de compañías será aprobada por la Superintendencia conforme al artículo 340 en todos los casos en que alguna de las compañías que se fusionen o la nueva compañía sea de responsabilidad limitada, anónima, en comandita por acciones o de economía mixta.”

Cabe destacar, que el artículo 342 de la Ley de Compañías no establece ningún plazo para efectuar la aprobación de fusión entre compañías.

Existen ciertos casos en que se vuelve necesaria una segunda aprobación, esta vez, por parte de la Superintendencia de Control de Poder de Mercado. Esto ocurre cuando se reúnen los presupuestos establecidos en el artículo 16 de la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder del Mercado. Estos parámetros explicados por el Dr. Diego Pérez Ordoñez, en mayo del 2015, serían los siguientes: (i) que el volumen total de negocios de las partes en Ecuador supere (en el ejercicio anterior) la cifra que dicte la Junta de Regulación (un organismo interministerial) (...); o (ii) En casos de operadores que se dediquen a la misma actividad, la adquisición o incremento del 30% del mercado relevante materia de la transacción.³⁴

³⁴ Pérez Ordoñez Diego, “*Cómo funciona el control de fusiones y adquisiciones en Ecuador*”, Pérez, Bustamante & Ponce, acceso el 08 de mayo de 2020.

Cuando nos encontramos ante esta situación, la obligación de notificar a la Superintendencia de Control de Poder de Mercado es norma imperativa. Es importante acentuar que nuestro ordenamiento positivo, hace bien en considerar, que la fusión entre compañías u operadores económicos³⁵, posiblemente significan una concentración económica.

La notificación deberá efectuarse por parte de los operadores económicos en el plazo de 8 días desde la conclusión del acuerdo. Esta notificación deberá realizarse por el absorbente, que es la denominación que la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado otorga a la compañía que ve incrementada su cuota de poder económico. El organismo regulador tendrá el plazo de 60 días calendario para emitir una resolución motivada en donde: Autorice la operación, subordine el acto al cumplimiento de las condiciones que la misma Superintendencia establezca o, niegue la autorización. Este término podrá tener una única prórroga de 60 días³⁶. La autorización de aprobación tácita opera cuando los operadores económicos no han tenido respuesta en el plazo mencionado.

De igual forma, es importante anotar que el incumpliendo de las disposiciones de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado acarrear sanciones, mismas que se encuentran en el artículo 78. Si se notifica sin respetar el plazo máximo de los 8 días, se estaría frente a una multa del 8% del volumen de negocios del operador económico infractor. De igual forma, “La ejecución o cierre de una transacción antes de haber sido notificada o autorizada es una infracción grave, sancionada con una multa de hasta el 10% del volumen de negocios del infractor. En cambio, la ejecución de actos o contratos derivados de la transacción, antes de haberla notificado o antes de haber sido autorizada, podría acarrear una multa de hasta el 12% del volumen de negocios del infractor, es decir una infracción muy grave.”³⁷

Es necesario destacar que el Código Orgánico Monetario y Financiero, de igual forma, regula ciertos aspectos de las fusiones que se desarrollan entre compañías del sistema

³⁵ Ver, Artículo 14, Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado, [LORCPM] R.O. 364, de 10 de noviembre del 2011, reformado por última vez R.O, el 09 de diciembre de 2016.

³⁶ Artículo 21. LORCPM

³⁷ Pérez Ordoñez Diego, “*Cómo funciona el control de fusiones y adquisiciones en Ecuador*”, Pérez, Bustamante & Ponce, acceso el 08 de mayo de 2020.

financiero nacional. No obstante, es la misma Ley Orgánica la que reconoce en su artículo 176 “La fusión y conversión serán aprobadas previamente por los respectivos organismos de control, de conformidad con la regulación vigente.” Concluyendo que son las Superintendencias de Compañías, Valores y Seguros y la Superintendencia de Control de Poder de Mercado los organismos reguladores encargados de aprobar las fusiones en el Ecuador.

3.1.2. Aplicación de la Fusión en el Ecuador

La información disponible por parte de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros es escasa en lo referente a los datos de las fusiones que han tenido lugar en el país. Los únicos datos a los que se puede recurrir son los proporcionados por la Superintendencia de Control de Poder de Mercado. En base a los mismos, el equipo de competencia del estudio jurídico Pérez, Bustamante & Ponce realizó una investigación, en la cual presentó estadísticas de aprobación de concentraciones por parte de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado. Como resultado, entre los años 2014 y 2019, localizaron 93 concentraciones de poder de mercado que son resultados de fusión de compañías.³⁸

A continuación, se expondrán algunas de las concentraciones que se dieron a causa de las fusiones aprobadas por la Superintendencia de Control de Poder de Mercado, en la Tabla III:

| FUSIONES EN EL ECUADOR | | | |
|-------------------------------|-----------------------------------|----------------------------|----------------------------|
| Expediente | Operadores | Industria | Fecha de aprobación |
| 003-SCPM-CRPI-2015 | Corporación Favorita y Librimundi | Comercialización de libros | 12/01/15 |
| 008-SCPM-CRPI-2014 | Arca Continental y Toni | Bebidas y alimentos | 02/14/14 |
| 020-SCPM-CRPI-2014 | Bimbo y Supan | Sector Panificación | 06/24/14 |

³⁸ Equipo de Competencia, “*Estadísticas de aprobación de concentraciones por parte de la Superintendencia de Control de Poder de Mercado*”, en Pérez, Bustamante & Ponce, acceso el 08 de mayo de 2020.

| | | | |
|---------------------|-----------------------------|--------------|----------|
| SCPM-CRPI-0024-2017 | Bayer AG y Monsanto Company | Farmacéutico | 06/15/17 |
| SCPM-CRPI-041-2018 | Muquin y Rothschild | Farmacéutico | 09/07/18 |

Elaborado por: Pamela Guayasamín, 2020.

Fuente: <https://www.pbplaw.com/es/estadisticas-aprobacion-concentraciones-scpm/>.

3.1.3. Caso de Fusión en el Ecuador

El 24 de diciembre de 1921 se constituye la Compañía de Cervezas Nacionales C.A. Su objeto social engloba la producción, elaboración y distribución de cerveza, malta y otras bebidas malteadas (bebidas no alcohólicas), elaboración y venta de materias primas, elementos necesarios para la elaboración de dichos productos³⁹. Se trataba de una compañía grande, con poder de mercado de casi el 75%. Por otro lado, la Compañía Ecuatoriana de Maltas y Cervezas S.A. fue constituida el 17 de agosto de 1951⁴⁰, teniendo como objeto social la producción y elaboración de bebidas malteadas y malta. Esta compañía está considerada como una compañía mediana por lo que su cuota de poder de mercado no es muy elevada.

En este caso se decidió que la fusión sería mediante absorción, donde Cervezas Nacionales C.A sería la compañía que vería incrementado su patrimonio, mientras que, la Compañía Ecuatoriana de Maltas y Cervezas S.A. sería la compañía a disolver. La Compañía Ecuatoriana de Maltas y Cervezas S.A. estaba pasando por una crisis económica, tenía un pasivo complicado, su liquidez y ventas iban a la deriva; y la planta que se encontraba en Quito dejó de producir por un tiempo⁴¹. Por su parte, Cervezas Nacionales quería expandir su producción en otras ciudades del país. Como se puede observar, cada una de las compañías atravesaba situaciones distintas.

Cada una de ellas contaba con algún recurso que la otra necesitaba, Cervezas Nacionales C.A contaba con rentabilidad, mientras que, la Compañía Ecuatoriana de Maltas

³⁹ López Plumed María Dolores, *“Plan de empresa de una fábrica de cerveza artesanal”* (Valencia: Universidad Politécnica de Valencia, 2013).

⁴⁰ Ver, Verónica Murillo Moncayo. *“La fusión de empresas en el Ecuador como opción de crecimiento: Un análisis de casos”*. Tesis de grado. Escuela Superior Politécnica del Litoral, 2007, 119-125. (Antes de la fusión la situación económica y financiera era contradictoria entre las compañías, reflejando la condición de quiebra para CEDMYC y la alta solvencia para CCN que podía afrontar 150 veces los pasivos de la absorbida.)

⁴¹ Id.

y Cervezas S.A. contaba con la infraestructura en una ciudad distinta. Es decir, al tener estos intereses entrecruzados, la primera compañía buscando ampliar su giro de negocio y la segunda procurando soluciones a las pérdidas naturales de su operación. Como fruto de la fusión, Cervezas Nacionales C.A obtuvo como beneficio la adquisición de un bien inmueble con la infraestructura y equipos necesarios para elaborar sus productos en otra ciudad y por medio de otra planta de producción. A su vez, Compañía Ecuatoriana de Maltas y Cervezas S.A. finalmente encontró remedio a sus inconvenientes económicos.

Esta fusión fue registrada el 24 de enero del 2003 en el Registro Mercantil del cantón Guayaquil, y es un ejemplo importante de fusión realizado en Ecuador. Cervezas Nacionales C.A gozó un aumento de capacidad productiva y expansión, y en el 2005, su capital llegó a alcanzar los \$110.25 millones⁴². Otro aspecto por considerar fue la diversificación de productos que tuvieron gran acogida por los consumidores.⁴³

3.2. Estados Unidos de América

3.2.1. Regulación

3.2.1.1. Normativa Aplicable

Antes de Analizar en la legislación de los Estados Unidos es ineludible resaltar que el presente análisis se realizará tomando en consideración la normativa Federal del mencionado país, sin considerar, la normativa particular que cada Estado puede tener sobre la temática.

En los Estados Unidos, las fusiones son reguladas bajo el derecho de competencia. La primera normativa aplicable en esta temática es *The Sherman Act*⁴⁴, como una “carta de libertad económica con el objetivo de preservar la libre competencia, sin restricciones, como regla de mercado”⁴⁵. Posteriormente, en 1914, fueron aprobadas por el Congreso dos normativas adicionales en materia de competencia, las cuales son: *The Federal Trade*

⁴² Ver, Id.

⁴³ Ver, Id.

⁴⁴ Ver, William Letwin. *Law and Economic Policy in America. The evolution of Sherman Antitrust*. (Chicago: University of Chicago Press, 1995), 130.

⁴⁵ Gobierno Federal de los Estados Unidos, “Sherman Anti-Trust Act (1890)”, acceso el 08 de mayo de 2020.

Commission Act, y *The Clayton Act*. En síntesis, estas tres normativas nombradas son el núcleo de la legislación federal vigente en los Estados Unidos en materia de competencia.⁴⁶

Sin embargo, en materia de fusiones, en específico, es vital resaltar que además de las normas mencionadas anteriormente, el Hart-Scott-Rodino *Antitrust Improvements Act of 1976*, es aquel que establece tanto los parámetros como los procesos para que una fusión se pueda llevar a cabo.⁴⁷

Ahora bien, es necesario señalar que, a diferencia de lo que ocurre en Ecuador, en los Estados Unidos no todos los operadores económicos tienen la obligación de notificar a la autoridad competente la fusión que se va a realizar, y, por tanto, de pasar por un proceso de revisión y/o aprobación. Al contrario, solo ciertas fusiones que cumplan con los requerimientos mínimos, de tamaño y monto, tendrán que someterse al proceso de revisión⁴⁸. Determinados parámetros están establecidos en *Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvements Act*, específicamente, en la sección denominada *Premerger Notification Requirements*⁴⁹. Sin embargo, es necesario destacar que dichos umbrales de presentación son publicados año a año.⁵⁰ Con esta actualización o emisión de nuevos umbrales la regulación tiene armonía con los cambios del mercado.

3.2.1.2. Entidades Regulatorias

Existen dos agencias antimonopolio en los Estados Unidos: la Comisión Federal de Comercio y el Departamento de Justicia.

La Comisión Federal de Comercio tiene como objetivo el “prevenir las prácticas comerciales anticompetitivas, engañosas o desleales hacia los consumidores; mejorar el nivel de información de las opciones disponibles para los consumidores y aumentar el grado de

⁴⁶ James Lowe y Marc Rave “Merge Control Law and Regulations” en “*USA: Merge control 2020*. 2019

⁴⁷ *Id.*

⁴⁸ Comisión Federal de Comercio de los Estados Unidos, “Premerger Notification and the Merger Review Process”, acceso el 07 de mayo de 2020, <https://www.ftc.gov/tips-advice/competition-guidance/guide-antitrust-laws/mergers/premerger-notification-merger-review>.

⁴⁹ Majoras Platt Deborah, “Reforms to the merger review process”, *Federal Trade Commission* (febrero, 2006): 1-24.

⁵⁰ Para los requerimientos estipulados para el 2020, *Vid:* Gobierno Federal de los Estados Unidos, “Revised Jurisdictional Thresholds for Section 7A of the Clayton Act”, <https://www.govinfo.gov/content/pkg/FR-2020-01-28/pdf/2020-01423.pdf>.

comprensión del proceso competitivo por parte del público; y cumplir con estos objetivos sin imponer una carga indebida sobre la actividad comercial legítima.”⁵¹

Esta entidad a partir de la promulgación del *Federal Trade Commission Act*, tiene como una de sus atribuciones revisar las fusiones que representan posibles riesgos para la libre competencia⁵². Por ello, precisamente, esta institución tiene como uno de sus objetivos “mantener la competencia mediante la prevención de fusiones anticompetitivas y otras prácticas comerciales anticompetitivas en el mercado.”⁵³

Por otro lado, el Departamento de Justicia de los Estados Unidos es otro de los agentes antimonopolio del país. Específicamente, está la División Antimonopolio que tiene como finalidad la vigilancia de la aplicación de las fusiones en el país. Por ello, anualmente establecerán guías y estándares que permitan agilizar los procesos de fusión en el país sin que estos resulten en posibles actividades que puedan resultar riesgosas para otros comercios.⁵⁴

3.2.1.3. Proceso de fusión en los Estados Unidos

Una vez expuesto de forma breve las agencias competentes en la revisión y aprobación de las fusiones, se realizará una síntesis del proceso de revisión y aprobación en los Estados Unidos. El cual se puede resumir en cinco etapas, a exponer a continuación:

En primer lugar, aquellas compañías sometidas al control de las agencias, deben realizar la notificación de presentación del acuerdo de fusión. En esta etapa del proceso, las partes interesadas deberán cumplir con los parámetros establecidos en el *Guides to the Premerger Notification Program* determinado por la Comisión Federal de Comercio. Tal como se manifestó anteriormente, ciertos criterios cambian constantemente y son publicados de forma anual. De igual forma, existe una tasa a cancelar, la cual depende del proceso de

⁵¹ Comisión Federal de Comercio de los Estados Unidos, “About FTC”, acceso el 05 de mayo de 2020, <https://www.ftc.gov/es/acerca-de-la-ftc>.

⁵²Ver, Jaime Villegas Cayón “*Las leyes antitrust de los Estados Unidos de América contra los monopolios y las prácticas restrictivas de la competencia.*” Tesis Doctoral. Universidad Complutense de Madrid, 2005, 70.

⁵³ Comisión Federal de Comercio de los Estados Unidos, “*The Antitrust Laws*”, acceso el 05 de mayo de 2020.

⁵⁴ Departamento de Justicia de los Estados Unidos, “Antitrust Division”, acceso 06 de mayo de 2020,

revisión a llevar a cabo⁵⁵. Una vez completado los parámetros necesarios para la notificación y presentado el acuerdo, las partes deberán esperar un máximo de 30 días para poder ejecutar la fusión. En casos de bancarrota, el mencionado periodo no podrá superar los 15 días.⁵⁶

En segundo lugar, se encuentra la etapa de autorización o despacho del acuerdo a una de las agencias de antimonopolio. Si bien es cierto que la notificación y la presentación del acuerdo de fusión se realiza ante las dos agencias, solo una de estas será la que realice la respectiva revisión. La Comisión Federal de Comercio y el Departamento de Justicia consultan entre ellos sobre el acuerdo presentado y quién será el encargado de dicha revisión. De esta forma, el análisis del acuerdo de fusión es “despachado” a una sola de las entidades. La cual, inclusive, está autorizada para solicitar, a las partes interesadas, información adicional.⁵⁷

La tercera etapa del proceso, es la denominada etapa de expiración del periodo de espera, o de ser el caso, de una segunda solicitud por parte de la agencia encargada. Una vez completada la revisión por parte del organismo regulador, bien puede: terminar el periodo de espera, autorizando de esta forma la fusión; esperar que se expire el plazo de los 30 o 15 días dependiendo del caso, dando su consentimiento a las partes para concluir el acuerdo de fusión presentado; o pedir información adicional, es decir, realizar una segunda solicitud. Cabe decir, que, en los dos primeros casos, las partes son libres para poder concluir con la fusión solicitada. En los Estados Unidos, alrededor de un 95% de los acuerdos de fusiones presentados son aprobados en la primera revisión. Solo un 5% de estos, por presentar determinados indicios de una posible afectación al mercado, pasan a la cuarta etapa de la segunda solicitud.⁵⁸

Como ya se mencionó con anterioridad, la cuarta etapa es solo para aquel porcentaje que no logra superar la primera revisión, y que, por lo tanto, se les solicita más información y datos sobre el negocio que desean llevar a cabo, los productos o servicios que ofrecen, las

⁵⁵ Majoras Platt Deborah, “Reforms to the merger review process”, *Federal Trade Commission* (febrero, 2006): 1-24.

⁵⁶ Comisión Federal de Comercio de los Estados Unidos, “*Premerger Notification and the Merger Review Process*”, acceso el 07 de mayo de 2020.

⁵⁷ Id.

⁵⁸ Id.

condiciones del mercado, y los posibles efectos en el ámbito de la competencia de la fusión. Inclusive, la agencia puede realizar entrevistas al personal de las compañías o a expertos sobre la temática. Por tanto, en esta cuarta etapa del proceso, las partes deben completar todo lo pedido por la agencia encargada en la segunda solicitud. El organismo competente tendrá 30 días para revisar la información dada por las partes y tomar acciones en caso de ser necesarias.⁵⁹

Aquello, implica que en caso de que la fusión resulte violatoria a la normativa antimonopolio de los Estados Unidos, se puede llegar a modificar el acuerdo presentado, con consentimiento de las partes en conjunto con el gobierno. En caso de bancarrota, la agencia tendrá máximo 10 días para realizar su revisión de la segunda solicitud. Es necesario destacar, que, por un acuerdo entre las partes y el gobierno, este plazo de revisión se puede extender para poder solucionar cualquier problema con el acuerdo de fusión.

Como resultado de lo explicado, en esta última etapa, en caso de no existir problemas o haber llegado a un previo acuerdo, se cierra la investigación y se procede a la realización de la fusión. Otro de los posibles resultados, es que la agencia imponga a la compañía ciertas disposiciones o limitantes para no afectar la competencia. Por último, en el peor de los escenarios, la agencia tratará de detener la fusión mediante la presentación de una medida cautelar en un tribunal federal a la espera de un juicio administrativo sobre el fondo.⁶⁰ Es necesario destacar, una vez más, que no todas las fusiones tienen que pasar por el presente proceso.

3.2.2. Aplicación de la Fusión

Según los datos obtenidos del Instituto *for Mergers, Acquisitions and Alliances* (IMAA), las fusiones en los Estados Unidos sobrepasan las diez mil al año. En el 2014, tuvieron lugar más de doce mil fusiones, y fue en el 2017, donde se alcanzó un nuevo récord en cifras, con un total de quince mil quinientas cincuenta y ocho fusiones. En el 2019 se presentó una baja de fusiones a un poco más de trece mil.

⁵⁹ Para los requerimientos estipulados para el 2020, *Vid:* Gobierno Federal de los Estados Unidos, “Mergers”.

⁶⁰ Comisión Federal de Comercio de los Estados Unidos, “*Premerger Notification and the Merger Review Process*”, acceso el 07 de mayo de 2020.

Anualmente, las fusiones en los Estados Unidos sobrepasan en valor los mil millones de dólares. De las cifras presentadas, sólo alrededor de mil se ven en la necesidad de pasar por una revisión por parte de los agentes reguladores. A continuación, la Tabla IV, que ilustra algunas de las principales fusiones en los Estados Unidos, durante los últimos años:

| FUSIONES EN LOS ESTADOS UNIDOS | | | |
|---------------------------------------|-------------------------|------------------------|----------------------------|
| Operadores | Valor (millones) | Industria | Fecha de aprobación |
| Exxon and Mobil | 81 | Energía no renovable | 1999 |
| H.J Heinz and Kraft Foods | 100 | Productos alimenticios | 2015 |
| Anheuser-Busch InBev and SABMiller | 104.3 | Bebidas | 2016 |
| Dow Chemical and DuPont | 130 | Agricultura | 2017 |
| Praxair and Linde AG | 85.5 | Energía no renovable | 2019 |

Elaborado por: Pamela Guayasamín, 2020.

Fuente: <https://www.foxbusiness.com/markets/the-10-largest-corporate-mergers-in-u-s-history>.

3.2.3. Caso de fusión en los Estados Unidos

Un caso relativamente nuevo que sucedió en Estados Unidos fue en el año 2019, en el mercado de las telecomunicaciones, con las compañías Sprint y T-Mobile, dos de los principales del mencionado mercado. La primera de estas, Sprint, es una compañía fundada en 1886, que se caracteriza por la realización de varias fusiones que la llevaron a posicionarse como el cuarto operador telefónico más grande del país, con alrededor de 64.500.000 clientes. Su objeto social es brindar servicio telefónico y de internet a la comunidad estadounidense⁶¹. En cambio, la segunda de estas, T-Mobile, es una compañía de origen alemán que fue constituida en 1985. Este agente económico se dedica a las telecomunicaciones siendo una de las compañías pioneras en el servicio telefónico y de internet. Tras un gran desempeño y

⁶¹ Pretexsa. “Historia de la Sprint Corporation” (2020).

gran expansión, llegó a ser la tercera compañía de Estados Unidos con una cuota de mercado de 65.500.000 clientes⁶².

A pesar de que ambas compañías son grandes operadores económicos, el mercado de las telecomunicaciones está liderado por AT&T y Verizon quienes tienen una cuota de mercado de 150 millones cada una. Ante esta situación los dos agentes económicos decidieron unirse en abril del 2018 para poder mejorar su rentabilidad y posicionarse de mejor manera en el mercado. Tras la notificación a los agentes de control y hacer el respectivo proceso, tuvieron la autorización y llegaron a pactar la fusión para que puedan competir con sus dos mayores oponentes⁶³. Sin embargo, al inicio del año siguiente, varios fiscales de distintos Estados tomaron instancias legales y cuestionaron dicha fusión.

Finalmente, se emitió la autorización de la fusión para que haya más competitividad entre los tres agentes económicos, siempre y cuando se cumpla con las condiciones impuestas por el gobierno. La primera de estas condiciones es el desarrollo de una red 5G, para brindar mejor servicio a la sociedad. Además, dicha tecnología tendrá que cumplir con un mínimo de cobertura de un 97%. De igual forma, se prohíbe el aumento de precios durante los tres primeros años posteriores a la concentración.⁶⁴

3.3. Doing Business: Ecuador y Estados Unidos

El Doing Business es una publicación realizada, de manera anual, por el Banco Mundial. En esta, se posiciona a un total de ciento noventa países en un ranking, según las facilidades que brindan estos para la actividad empresarial. Generalmente, los países con los mejores puntajes, tienden a tener un alto nivel de actividad empresarial, y además, menores niveles de corrupción.⁶⁵

⁶² Tentulogo.s.f. “*T-Mobile la marca de telefonía alemana que conquistó América*” (2020).

⁶³ Ver, Milenka Peña. “*Todo lo que debes saber de la fusión T-Mobile y Sprint*”. (2019) (La fusión de Sprint y T-Mobile Crearía una compañía con aproximadamente \$74 billones de dólares en ingresos anuales y de 126 millones de clientes. En esa área, Verizon es la mayor operadora de Estados Unidos con \$88 billones de dólares en ingresos por servicios inalámbricos en 2017, y AT&T mantiene un segundo lugar con \$71 billones de dólares en ingresos.)

⁶⁴ Id.

⁶⁵ Banco Mundial, “Doing Business”, acceso el 07 de mayo de 2020.

Para determinar las facilidades que otorgan los países a las actividades empresariales, estos toman en consideración diversos indicadores cuantitativos, que permiten medir la facilidad en relación con las regulaciones establecidas. De esta forma, se toman en cuenta doce parámetros, que están relacionados con el ciclo de vida de una compañía. Entre los indicadores tomados en consideración, por el Banco Mundial, están: aspectos societarios, registro de propiedad, obtención de crédito, protección hacia los inversionistas minoritarios, impuestos, comercio transfronterizo, cumplimiento de contratos y resolución de insolvencia.⁶⁶

El Banco Mundial, para poder medir cada uno de estos parámetros cuantitativamente, realiza una operacionalización de los indicadores antes mencionados, otorgándole determinadas variables, para de esta forma, poder conceder una calificación a cada país, y como resultado, posesionar a estos dentro del ranking. Las principales variables establecidas por esta entidad, son dos: procedimientos y tiempo.

Ahora bien, una vez explicado el estudio realizado por el Doing Business, es imperante destacar que los Estados Unidos se encuentran en el puesto seis, con una calificación de ochenta y cuatro sobre cien, mientras que el Ecuador se encuentra en el puesto ciento veintinueve, con una calificación de cincuenta y siete sobre cien. Sin lugar a dudas, aquello conduce a la interrogante del por qué las regulaciones por parte del Estado ecuatoriano no incentivan las actividades empresariales.

4. Desafíos que supone la normativa ecuatoriana a la operación societaria de la fusión

Es oportuno hacer énfasis en que el control y la regularización son aspectos importantes en una sociedad, estos permiten que se mantenga un orden y una armonía entre las personas, cada uno de sus actos y se evita los abusos contra los más débiles. La función de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros es la de regular el nacimiento, funcionamiento y extinción de las compañías nacionales y controlar a las extranjeras en aras de salvaguardar los intereses de los socios, accionistas y terceros. Por otro lado, la Superintendencia de Control de Poder de Mercado busca evitar el abuso de poder de mercado

⁶⁶ Id.

y las prácticas desleales. Se deduce fácilmente que los objetivos de ambos entes reguladores que forman parte de la Función de Transparencia y Control Social además de nobles, son necesarios.

No obstante, existen principios constitucionales que hay que tener en cuenta al momento de establecer regulaciones. Estos están recogidos en el artículo 66 de la Constitución de la República del Ecuador⁶⁷, y son los derechos de libertad. En los numerales 13, 15 y 16 del citado artículo, la constitución reconoce “el derecho a asociarse, reunirse y manifestarse en forma libre y voluntaria; el derecho a desarrollar actividades económicas, en forma individual o colectiva, conforme a los principios de solidaridad, responsabilidad social y ambiental; y el derecho a la libertad de contratación.”

De igual manera, hay que tomar en consideración que la materia, objeto de estudio del presente artículo, está enmarcada en el derecho privado. Díez – Picazo, en su artículo “Contrato y libertad contractual”, cita a Raider e indica que la “dogmática civilista considera que la autonomía privada es un principio connatural a la estructura del Derecho civil en cuanto que permite al particular auto reglamentar sus propias relaciones”⁶⁸. En cuanto al aspecto jurídico, citando nuevamente a Raider, se tiene que destacar dos hechos relevantes. El primero “el ordenamiento (...) renuncia a entrometerse en las relaciones privadas con mandatos propios y, además, reconoce como jurídicamente vinculantes los acuerdos creados por las partes, atribuyéndoles su tutela jurisdiccional.”⁶⁹

La sociedad y el comercio evolucionaron con el pasar del tiempo, y con ellos se presentan cambios y modificaciones que lograron adaptarse a nuevas circunstancias. El desafío del Estado es lograr una comunión entre una regularización que permita evitar el abuso de los actores y al mismo tiempo motivar las diferentes operaciones mercantiles.

El Ecuador ya está encaminado, puesto que, en los últimos años se presentó la Ley Orgánica para el Fortalecimiento y Optimización del Sector Societario y Bursátil, normativa con la que se evidencia un ánimo del legislador en crear mejores condiciones para el

⁶⁷ Ver. Artículo 66, Constitución de la República del Ecuador, R.O. 449, 20 de octubre de 2008.

⁶⁸ Luis Díez – Picazo y Ponce de León. “Contrato y libertad contractual” en Revista *Themis*. (2004). 9.

⁶⁹ Id.

desarrollo empresarial en el país. Las modificaciones que se realizaron en el Código de Comercio, que, entre otros adelantos, incorporó contratos que tenían un uso consuetudinario, como el Joint-Venture, es otro indicador. Asimismo, el 28 de febrero del año en curso, se publicó en el Registro Oficial la Ley Orgánica de Emprendimiento e Innovación, la cual trae ciertas innovaciones. Entre las más relevantes, se encuentra la creación de las sociedades por acciones simplificadas (SAS), las cuales no precisan cumplir con ciertas formalidades, siendo un ejemplo de esto, la inscripción en el registro mercantil para la obtención de la personalidad jurídica. Esta clase de compañía, se puede realizar por documento privado, y, además, constituir mediante acto unilateral.

Sin lugar a dudas, la Ley de Emprendimiento e Innovación es una revolución en el campo societario, que conjuntamente trae consigo muchos beneficios, especialmente, en lo correspondiente a la tramitología. Es decir, es un avance al mejoramiento y optimización de lo realmente sustancial para el mundo empresarial: procedimiento y tiempo.

Lo expuesto lleva a plantear la interrogante sobre si no sería concordante facilitar operaciones societarias como la fusión, que permitan al empresario expandir su negocio, crear compañías locales más fuertes y evitar una posible quiebra. Claramente, con la incorporación de las fusiones transfronterizas, el Ecuador, está orientado y encaminado a mejorar la figura jurídica tradicional. La fusión está sujeta a dos regímenes que disponen procedimientos diferentes que deben seguirse y que, en ocasiones se entrecruzan. En primer lugar, está la Ley Orgánica De Regulación y Control del Poder de Mercado que regula aquellos operadores económicos con una cuota igual o mayor al 30% en el mercado. La Ley de Compañías, por su parte, establece un procedimiento que todas las compañías registradas deben seguir. El control que establece la Ley Orgánica De Regulación y Control del Poder de Mercado para aquellos operadores económicos es pertinente ya que su poder y concentración pueden llegar a afectar a terceros.

No obstante, la Ley de Compañías al establecer un procedimiento de autorización para todas las compañías que deseen llevar a cabo esta operación societaria obstaculiza la operación. Esto quiere decir que, aquellos agentes económicos que no suponen un riesgo ni afectación a terceros, también tienen que someterse a un control ex-ante que fácilmente se podría suprimir. Esta experiencia ya se vivió en el proceso de constituir una compañía, el

control que hacía el regulador era ex-ante y ahora es ex-post. Es decir, que ahora se inscribe la compañía en el registro mercantil, adquiere su personalidad jurídica y la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, se guarda el derecho de vigilar y controlar los aspectos jurídicos, societarios, económicos, financieros y contables. Esto lo hará mediante las verificaciones e inspecciones que puede ordenar cuando lo considere necesario.

De esta manera, las leyes y el Estado van a procurar que los procesos de fusión sean controlados, pero eficientemente, no llegando a ser obstaculizadores. Lo óptimo sería permitir que se concluya esta operación empresarial y que su impedimento solamente se realice en caso de comprobarse que pueda afectar injustamente a los competidores o a los consumidores.

5. Conclusiones

Como resultado de lo desarrollado en el presente artículo académico existen diversos puntos que son trascendentales a resaltar. En primer lugar, la fusión es aquella integración entre dos o más sociedades en una sola sociedad, por medio de la transmisión en bloque de sus patrimonios, y de la atribución a los socios de participaciones o acciones en la sociedad resultante. De igual forma, existen dos tipos de fusiones, por creación y fusión, y dos clases de fusiones, horizontales y verticales, las cuales tienen beneficios propios de su naturaleza.

En segundo lugar, como resultado del análisis de derecho comparado realizado entre el Ecuador y los Estados Unidos resulta evidente que la normativa ecuatoriana, en materia de competencia y específicamente de fusiones, difiere considerablemente con la estadounidense. Tanto los procedimientos como los tiempos empleados por los Estados Unidos tienen una característica relevante: la celeridad. En cambio, en el caso ecuatoriano, estos poseen otra característica: burocráticos.

Por un lado, los Estados Unidos no obliga a todas las fusiones a pasar por un procedimiento de revisión, sólo aquellas que podrían implicar un riesgo para la libre competencia. En cambio, en el caso ecuatoriano, toda fusión, sin excepción, debe ser aprobada por la Superintendencias de Compañías, Valores y Seguros, e incluso, en determinados casos, atravesar una revisión por parte de la Superintendencia de Control de

Poder de Mercado. Además, hay que considerar que las fuertes sanciones económicas que se imponen son un claro desincentivo al momento de emprender con esta operación societaria. Inclusive, existe una consideración especial en los Estados Unidos para las compañías que están por acabar en bancarrota, prioridad que en el Ecuador no tiene cabida. Realizando un análisis de esto, salta a la vista como en el Ecuador el procedimiento es más complejo y riesgoso, lo cual, dificulta que esta operación societaria pueda realizarse con mayor frecuencia.

Por último, en relación con los desafíos que supone la normativa ecuatoriana a la operación societaria de la fusión, es preciso que la legislación se siga dirigiendo a facilitar las operaciones mercantiles y societarias. Existen muchas innovaciones que fueron marcadas, pero en comparación al mundo y según los indicadores presentados, seguimos atrás. Es imperativo otorgar mayor relevancia a la libertad del derecho privado.

En conclusión, la viabilidad de la fusión de compañías en la legislación ecuatoriana, a comparación de los Estados Unidos, es limitada. En vista de ello, el Ecuador tiene aún camino por recorrer en cuanto a optimización de procedimientos y tiempos que permitan ofrecer una facilidad en la realización de fusiones. De esta manera, se brindará a los operadores económicos mayores facilidades para el desarrollo de actividades empresariales, logrando, estar un paso más adelante en el proceso de transformación en lo que potencialmente es un país atractivo para la ejecución de operaciones comerciales. Ahora bien, es preciso señalar que lo analizado y desarrollado a lo largo del presente artículo académico produce nuevas incertidumbres en la temática ¿Es la presente problemática exclusiva de la operación societaria de la fusión? ¿Es imprescindible una revisión completa, y en caso de ser necesaria, una reforma de los procedimientos establecidos en todas y cada una de las operaciones societarias contempladas en el Ecuador?