



UNIVERSIDAD DE ESPECIALIDADES ESPÍRITU SANTO

FACULTAD DE POSTGRADO

TÍTULO:

**LOS CRITERIOS DE APROBACIÓN DE LOS PROCESOS DE INTEGRACIÓN
EMPRESARIAL Y SU TENSIÓN SOBRE LAS LIBERTADES DE EMPRESA,
ASOCIACIÓN Y COMPETENCIA**

**TRABAJO DE TITULACIÓN QUE SE PRESENTA COMO REQUISITO PREVIO A
OPTAR EL GRADO DE MAGÍSTER EN DERECHO DE EMPRESAS**

AUTOR:

Abg. Juan Carlos Lamota Mejia

NOMBRE DEL TUTOR:

Fabricio Chica Martínez, Ab. Mgs.

SAMBORONDÓN, JUNIO, 2019

APROBACIÓN DEL TUTOR

En calidad de tutor del maestrante Abg. JUAN CARLOS LAMOTA MEJIA, quien cursa estudios en el programa de cuarto nivel en la MAESTRÍA DE DERECHO DE EMPRESAS, dictado en la Facultad de Postgrado de la Universidad de Especialidades Espíritu Santo.

CERTIFICO:

Que he analizado el Paper Académico con el título **“LOS CRITERIOS DE APROBACIÓN DE LOS PROCESOS DE INTEGRACIÓN EMPRESARIAL Y SU TENSIÓN SOBRE LAS LIBERTADES DE EMPRESA, ASOCIACIÓN Y COMPETENCIA”** presentado por el maestrante señor abogado JUAN CARLOS LAMOTA MEJIA, portador de la cédula de ciudadanía No. 0917063877 como requisito previo a optar el grado de MAGÍSTER EN DERECHO DE EMPRESAS, cumpliendo con los requisitos y méritos tanto académicos como científicos, razón por la cual lo apruebo en su totalidad.

Fabricio Chica Martínez, Ab. Mgs.

Tutor

Los criterios de aprobación de los procesos de integración empresarial y su tensión sobre las libertades de empresa, asociación y competencia

The criteria for approval of business integration processes and their tension on the freedoms of business, association and competition

Juan Carlos LAMOTA MEJIA¹

Fabricio Chica Martínez²

Resumen

La presente revisión se enfoca en la potestad que tiene el Estado para aprobar las integraciones empresariales, y la tensión que el ejercicio de esta provoca en las libertades de empresa, de asociación y de competencia, bajo la regulación de la Ley Orgánica de Control del Poder de Mercado. Partiendo de un enfoque racionalista, a través del método inductivo y el uso de técnicas cualitativas, expone la regulación actual para las integraciones empresariales y el procedimiento previo a su autorización. Se presenta un caso considerado como un abuso de las potestades públicas por parte del órgano de control, que distorsiona la garantía de ejercicio pleno establecida a favor de las libertades que se revisa.

Palabras claves

Integraciones empresariales, libertad de competencia, libertad de asociación, libertad de empresa, operaciones económicas.

¹ Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador
Universidad Espíritu Santo – Ecuador Facultad de Postgrado Edificio E, Universidad Espíritu Santo, Km. 2.5 Vía Puntilla Samborondón

² Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador (UCSG). Magíster en Derecho Constitucional (UEES).

Abstract

The present review focuses on the power that the State has to approve the business integrations, and the tension that the exercise of this causes in the freedoms of company, association and competition, under the regulation of the Organic Law of Power Control of Market. Starting from a rationalist approach, through the inductive method and the use of qualitative techniques, he exposes the current regulation for business integrations and the procedure prior to their authorization. A case considered as an abuse of the public powers by the control body is presented, which distorts the guarantee of full exercise established in favor of the liberties that are reviewed.

Keywords

Business integration, freedom of competition, freedom of association, freedom of enterprise, economic operations.

Introducción

En el ejercicio de las relaciones comerciales y/o económicas entre operadores del sector económico, se observa la conjugación práctica de una serie de principios societarios, que en un Estado de derecho social y democrático, como el ecuatoriano, se encuentran enmarcados como derechos constitucionales y por ende cuenta con el respaldo de los preceptos constitucionales para garantizar su fiel cumplimiento, asimismo estos principios juegan un rol importante, ya que el Estado al atribuir derechos a los operadores del sector económico también aspira al reconocimiento de los derechos de la generalidad, es decir de toda la población.

En concreto, los operadores del sector económico buscan satisfacer las necesidades de la población, fruto de sus actividades económicas y relaciones empresariales en estricto apego a las leyes del país donde operan, es por ello, que es imperativo que dicho Estado observe los principios de libre empresa y asociación en la elaboración de sus normas para el cumplimiento de sus fines. Asimismo, es posible observar que existen varias empresas capaces de ofrecer la satisfacción de las necesidades de la población, más aún en el escenario de un mundo globalizado, por lo tanto, la libertad de competencia es consecuencia de este y ocupa un rol importante en este sentido.

Es por ello, que muchas empresas buscan integrarse para poder alcanzar un mayor número de consumidores y ofrecerles sus bienes o servicios. Accionar que es regulado por los órganos de control, en el caso de Ecuador, se trata de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, que debe vigilar, principalmente, el cumplimiento de la Ley Orgánica de Control del Poder de Mercado.

Forma parte de la regulación del poder de mercado, todas las actuaciones sobre la libertad de competencia, pues a lo largo de las actividades empresariales, se han desarrollado prácticas anticompetitivas, que no solo afectan a sus semejantes sino también al Estado, por ende, a la generalidad.

Las prácticas anticompetitivas serán entonces el punto base de los criterios para autorizar una integración empresarial, pero asimismo es posible la existencia de un abuso de poder público frente a la necesidad de ser autorizada una operación económica entre empresas, es decir que en

ciertas circunstancias el Estado podría llegar a limitar injustificadamente las libertades empresariales, por velar por la no concentración económica.

La presente revisión se orienta partiendo de un enfoque racionalista, exponiendo una relación problemática dentro de un cuerpo cierto de conocimientos y formulando argumentos a través del uso del método inductivo y el empleo de técnicas cualitativas para el tratamiento de los elementos jurídicos.

Marco teórico

La libertad de empresa es un derecho que permite al individuo desarrollar actividades económicas, sea de forma individual o colectiva, en cualquier ámbito de la economía (Aragón, 1996), asimismo es un derecho de orden abierto, porque debe compaginar la apertura económica con el hecho de un Estado social, requisito que respalda la idea de que el contenido de las libertades económicas viene delimitado por la función social de estos derechos, lo que supone límites y deberes de carácter positivo (Viera, 2010).

En armonía con líneas anteriores, García (2011) señala que “...la libertad de empresa tiene una doble dimensión: se consagra en un ámbito de autonomía individual, vinculado al libre desarrollo de la personalidad, a la vez que establece un principio general del orden económico...” (p. 2).

Dicha libertad debe ser entendida como “...aquella que permite a la empresa una esfera de autonomía en donde posee amplias facultades de decisión como por ejemplo al crear una empresa, decidir el giro que se le da la misma...” (Martinez, 2015, p. 85). Es decir, invita a las personas para que desarrollen ese potencial de creación e integración en el ámbito económico sin mas restricción que la no limitación de los derechos de la generalidad. Debiendo cumplir con la función social, de satisfacer las necesidades de la colectividad, “...buscar fundamentalmente crear riquezas y por tanto bienestar, basada propiamente en dos pilares: el valor de la libertad y en la iniciativa privada organizada en las empresas” (García, 2013, p. 10).

En cuanto a la libertad de asociación, es un derecho constitucionalmente establecido por medio del cual los ciudadanos pueden vincularse para un fin determinado, si se enfoca en la libertad de asociación a nivel de empresas, se tratará del derecho que tienen aquellas para unir sus fuerzas de trabajo y capital, derecho que debe ser gozado conforme la ley. Pues es la

manifestación de la cooperación social cuyos fines benefician la vida en sociedad, superando así sus limitaciones individuales frente a las exigencias del mercado y/o progreso, con ella la posibilidad de obtener un resultado con mayor eficacia y facilidad, que de modo individual sería poco menos realizable (Nuñez, 2011).

Rosales (1999) considera que el concepto de asociatividad tiene su génesis “...en un sistema de colaboración mutua entre pequeñas y medianas empresas, donde cada una de ellas, contribuye voluntariamente con un esfuerzo, manteniendose independientes y autonomos a nivel juridico...” (p. 314). De esta forma estableciendo relaciones bajo la premisa de la cooperación social, pues el principal motor para una asociación, siempre debe ser la existencia de una necesidad mutua, es decir el sostén de uno al otro para cumplir sus fines.

Es por tanto que para el desarrollo eficiente de la libre empresa y asociación, intervienen una serie de elementos tales como: la libertad, la paz, la cooperación social, el Estado, el Derecho, la democracia y la economía de mercado.

El Estado ecuatoriano como un ente regulador de las actividades que realizan los operadores económicos, controlará el ejercicio de las mencionadas libertades de empresa y asociación por medio de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado -en adelante, SCPM-, y poder garantizar el derecho a la libertad de competencia, donde el empresario pueda competir por atraer clientes, mejores precios y calidades, en consecuencia logre obtener el mayor número de consumidores posibles, sin que se vea entorpecido por prácticas prohibidas de otros operadores de mercado en virtud de una supuesta libertad no entendida cabalmente en su espíritu legal, pero que ante ello el Estado debe activar sus mecanismos de control, muchas veces derivando en ciertos casos limitaciones al goce de estos mismos derechos.

La integración empresarial

Dentro de las actividades de las empresas a la que recurren para ser más competitivos se encuentran los procesos de integración empresarial, lo que para Dini (1997) es un proceso por medio de la cual las empresas independientes se vinculan por un mismo objetivo, el de lograr una ventaja competitiva al complementar sus recursos.

La integración empresarial inicia como herramienta para sobrevivir económicamente en el mundo globalizado actual, lo cual pone un manifiesto imperativo de cambio en el mundo

empresarial, en la forma de organización y obtención de resultados óptimos (Tamayo & Piñeros, 2007). Logrando potenciar varios ejes, entre ellos, la organización, la obtención de materia prima, financiamiento, desarrollo de tecnologías, mejor distribución y comercialización de productos en los mercados (Colmenarez & Delgado, 2003).

La integración empresarial, también significa convertirse en una unidad productiva que reúna todas las etapas de la producción, sin tener que recurrir al mercado por complementos, o en su defecto, dedicarse a producir u ofrecer una sola actividad o servicio complementario. Dichos aspectos son propios de las actividades económicas en sus relaciones internas y externas dentro de un entorno económico, definida como el costo del uso del mercado. Es decir, que mientras más alto sea el costo en el mercado para adquirir el complemento para el bien o servicio que ofrece una determinada empresa, menos será solicitado el mismo, y a su vez la empresa buscará crearla por sí misma, disminuyendo así los altos costos de producción. Por ello, es un aspecto importante para decidir en la integración empresarial y en consecuencia la eficiencia o poder de mercado (Coase, 1997).

Existe un temor respecto de las integraciones empresariales, por la concentración de poder que se genera al constituirse la unión de empresas, y que los efectos de sus actividades influyen en el sistema económico del país. Por ello, de cierta forma la concentración de poder podría en ciertos casos afectar la estructura social y política de un Estado, consecuentemente afectar el interés general de la población. Considerando dichos efectos, el fundamento de la regulación del poder económico de las empresas, para que no ocurran escenarios de monopolios que afecten al Estado, en su estructura económica y/o el sistema de competencia.

Sin duda, las integraciones empresariales pertenecen al desarrollo del sistema capitalista, lo que conlleva a procesos de liberalización económica, circulación de inversiones y mercancías a nivel mundial, procesos creados en la búsqueda de generación de riquezas, no obstante, es necesario se observen las reglas competitivas, para que puedan sobrevivir en el mercado y garantizar las condiciones de competencia en el mismo (Gómez Mejía, 2011).

Tipos de integración empresarial

En las integraciones empresariales se pueden encontrar tres tipos de uniones empresariales: integraciones horizontales, integraciones verticales e integraciones de conglomerados.

Las integraciones horizontales “se realizan entre empresas que compiten entre sí” (Jiménez, 2019, p. 62), lo que pone en evidencia los resultados negativos para la libre competencia, situación en la cual el Estado debe analizar si otorga la autorización, la no autorización, o la autorización bajo alguna condición.

La integración horizontal “es una estrategia de las empresas para enfrentar las amenazas del mercado y mejorar su rentabilidad, que consiste en fusionarse o comprar empresas competidoras” (Torrico Tumaev, 2010, p. 172), ello se traduce en la posible conformación de monopolios o carteles que manejan un segmento del mercado. Este tipo de integraciones se consideran de mayor riesgo por su inobservancia al principio de competencia.

Ejemplificándose, en la práctica se trataría del caso en que dos cadenas de supermercados se fusionen.

En la integración horizontal las empresas que se unen producen un mismo bien, y cuya unión significa que lo seguirán realizando de forma conjunta, según Tamayo & Piñeros (2007) la finalidad este tipo de integraciones es producir un mismo bien de manera más eficiente en un mercado. Asimismo que suele ser más común que este tipo de integraciones se produzcan en mercado oligopólicos o donde tengan mayor poder, con la definida intención de erradicar la competencia, consecuentemente lograr acuerdos beneficiosos con proveedores y ofrecer eficientemente sus productos a los consumidores.

Las integraciones verticales comprenden el control de empresas en diversos niveles, pueden ser de la producción y la distribución, creando así un nuevo criterio potenciador de la eficiencia económica, es decir que permita un mayor rendimiento de la empresa. Particularmente este tipo de integraciones son revisadas por el Estado con mayor detenimiento (Jiménez, 2019).

Asimismo en las integraciones verticales se puede optar por realizar, diversos actos jurídicos, ejemplificándose, como la posibilidad de compra en su totalidad o en parte la empresa que le provee los insumos, de esta forma incorpora una actividad más en su cadena de valor, o estrategia competitiva, asegurando su proceso de producción (Torrico Tumaev, 2010).

Torrigo (2010) agrega que las integraciones verticales se denominan de dos maneras, en el caso de una empresa que se fusione o compre otra empresa proveedora se denominará integración vertical hacia arriba y en cambio en el caso de una empresa compra a su empresa cliente se denominará integración hacia abajo.

Un ejemplo de integración vertical, es la unión de una empresa dedicada a la producción y comercialización de alimentos al por mayor, con otra dedicada a distribuir al por menor, por lo tanto al fusionarse construyen un complemento para que se desarrolle de forma plena su actividad económica.

Es por tano, que en la integración vertical una empresa produce sus propios factores de producción o posee su canal de distribución, su cadena de producción es compuesta tanto por actividades anteriores a la actividad principal y hasta su etapa final, que es el momento en que llega el bien o servicio a manos del consumidor (Rodríguez , 2017).

Y las integraciones de conglomerado son aquellas que incluyen distintas empresas que desarrollan actividades en diferentes niveles de la cadena de valor, haciendo parte de un grupo empresarial en el que existen sociedades matriz y filiales. Este tipo de integraciones lo conforman empresas que no tienen mayor relación con el giro de un negocio, por ejemplo: si una empresa dedicada al sector de las telecomunicaciones compra una fábrica de papel o cartón, lo que aporta a minimizar riesgos de perdidas, obteniendo así un conjunto de negocios rentables, al ser líneas completamente distintas.

En el conglomerado empresarial se presentan diversas empresas dedicadas a diferentes bienes o servicios, que no se relacionan entre sí, ni son competidores, ni mucho menos complementan la cadena de producción. En este conjunto de empresas se designará cual llevará el control de las demás empresas (Tamayo & Piñeros, 2007).

Obligación de informar sobre integraciones empresariales

En el Ecuador los operadores económicos deberán informar sobre las integraciones empresariales de acuerdo a lo señalado en los artículos 14 al 24 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (LORCPM).

Debido a que las integraciones empresariales significan una concentración económica, la norma *ibídem*, identifica y establece las formas y/o actos en las que se puede presentar un cambio de control empresarial entre los operadores económicos, el artículo 14 *ibídem* señala los siguientes actos:

- Fusiones entre empresas, entendiéndose por tal conforme el artículo 33 de la Ley de Compañías, a la unión de dos o más compañías, para formar una nueva que adquiere todos los derechos y obligaciones, también puede darse cuando una compañía absorbe a otras pero continua subsistiendo. Doctrinariamente definido como un proceso de unión de dos o más empresas, por medio de la compra o intercambio de acciones; acto mediante el cual se unen dos o más patrimonios

Las empresas no se unen sin ninguna finalidad, siempre se uniran con el objetivo de incrementar su valor, desarrollarse o incorporarse en nuevos mercados, así como aumentar su capacidad innovadora y ventajas en el mercado (Peñalver, 2009).

- La transferencia de la totalidad de los efectos de un comerciante;
- La adquisición, sea de forma directa o indirecta, las acciones, la propiedad, las participaciones, o cualquier titulo de deuda, lo mencionado que permita ejercer el control o influir sobre las decisiones de una empresa;
- La vinculación mediante una administración común;
- Finalmente, cualquier otra forma de acuerdo de hecho o jurídica, por medio del cual se pueda ejercer control o influencia en las decisiones de un operador económico.

Actos que deben ser informados de acuerdo al artículo 16 *ibídem*, que establece, todos los operadores económicos que realicen concentraciones económicas verticales u horizontales deberán notificar a la SCPM, para que sea autorizada dicha operación empresarial, siempre que presenten una de las siguientes características:

Primero, si el volumen de negocios supera en el ejercicio anterior el monto de las remuneraciones básica según lo que establezca la Junta Monetaria para el efecto, para este

efecto, el por medio de una resolución n° 009, se establecen tres tipos de operaciones: (a) las concentraciones que involucren a instituciones del sistema financiero nacional y del mercado de valores, si supera 3.200 SBU, (b) las integraciones que involucren a entidades de seguro y reaseguro, si superan 214 SBU, y, (c) concentraciones que involucren a operadores económicos que no se encuentren detallados en los numerales antes mencionados si superan 200 SUB (Junta de Regulación, 2015). Segundo, si la concentración entre los operadores de mercados significa una representación mayor al 30% del mercado.

El procedimiento para autorizar una operación inicia una vez haya sido realizado el acuerdo de concentración económica, posterior a ello, en 8 días la empresa que lleva el control deberá notificarle a la SCPM, sobre la concentración de cualquiera de las formas antes señaladas, en caso de no notificar al ente de control se establecen sanciones. Una vez recibida la notificación la SCPM tendrá que decidir en el término de 60 días, decisiones que pueden ser: la aprobación o autorización de la operación económica; el establecimiento de condiciones subordinando la concentraciones a lo que establezca el ente de control; y, la negación de la autorización. Otro aspecto importante que señala la legislación, son los casos en que la administración pública no decide sobre su solicitud, quienes caerán en silencio administrativo, y la operación económica se entenderá como aprobada. Todo ello conforme los artículos 16, 21 y 23 *ibidem*.

Los criterios a valorar para conceder al autorización de concentración económica versarán sobre la situación competitiva en el mercado relevante por parte del operador económico, se debe analizar el grado del poder de mercado e identificar sus principales competidores, verificar la necesidad de mantener una estructura de competencia, analizar si se planea un fortalecimiento del poder, obstaculización o distorsión de la competencia, y finalmente si la concentración económica generará beneficios en el sistema de producción, en el avance tecnológico del país, en el desarrollo de la competencia a nivel nacional como internacional, observar el bienestar de los consumidores del país, si su operación económico fortalecería el sistema competitivo o no, y finalmente que al existir mayor diversidad de capitales, existan mayor participación de los trabajadores, conforme el artículo 22 *ibidem*.

Teorías económicas sobre el desarrollo de los mercados

Sin embargo, su eficiencia deviene mucho de la teoría económica que elija el Estado para manifestar su imperio, vale revisar las siguientes teorías que aportan al entendimiento del desarrollo de los mercados.

La teoría económica de Adam Smith, que plantea que la economía no debe ser intervenida por regulaciones del Estado, más bien, debe buscar un equilibrio por sí misma. En consecuencia, debe existir una libertad de competencia que dirija la forma de producción, la distribución de la riqueza y la satisfacción de las necesidades, puesto que indirectamente los operadores económicos al conseguir sus fines están satisfaciendo los de la generalidad, siendo así que la idea principal es que la riqueza proviene del comercio (Rodríguez, 1996). Teoría que se usa en algunos de los sistemas capitalistas, como el ecuatoriano, unido a la idea del Estado social, donde es posible la existencia de inversión de capitales y distribución de la riqueza de acuerdo a los esfuerzos dados por cada persona en su desenvolvimiento diario, teniendo como límite el bienestar social.

Otra teoría sobre el desarrollo de los mercados, es la teoría económica de Karl Marx, quien señala que la libertad de competencia, coadyuva a que se reproduzca la lucha entre la clase obrera y la empleadora, puesto que el trabajo de producción siempre será realizado por trabajadores, quienes participarán, a través del denominado salario, de una mínima parte del valor obtenido por las transacciones dentro del mercado, siendo así que ante la competencia entre capitalistas, se opta por producir la mayor cantidad, acaparando incluso el mercado, y en consecuencia la riqueza queda distribuida en pocas manos, las de los dueños del capital, y por ende ello provoca una mala distribución de la riqueza generada también con la participación de los trabajadores, lo que finalmente afecta a la sociedad, concretamente empeorando el nivel de vida de la población (Seda-Irizarry, 2011).

Finalmente, dentro de la teoría económica de John Maynard Keynes, se resalta que el mercado no es un sistema perfecto, y que por esa misma razón es necesaria la intervención del Estado, que el libre mercado carece de un auto-equilibrio para el pleno empleo y estabilidad de los precios. No obstante, la libertad de empresa se sigue manteniendo, denominándolo como un sistema mixto. Siendo así el Estado debe intervenir ante caídas económicas de los mercados y para moderar los ciclos de auge (Jahan, Saber Mahmud, & Papageorgiou, 2014).

Libertad de competencia

En estricto sentido, la competencia económica, se presenta como una evolución de los mercados, el que provoca una disyuntiva entre los operadores económicos frente a los consumidores, en su interacción económica, debido a que los primeros buscan apropiarse de un segmento del mercado, para conseguir mayores beneficios económicos (Panchi Vasco, 2004).

Ahora bien, acerca de la libertad de competencia, Garrigues (1987) explica que partiendo del significado de la palabra competencia, se tiene que ella consiste "...en la concurrencia de un mismo deseo, el cual aspiran conseguir varios agentes que realizan una misma actividad y al mismo tiempo" (p. 223). En concordancia con ello, señala que se encuentran en situación de competencia uno o más empresarios que realizan la misma actividad, pudiendo satisfacer la misma necesidad de diferente forma, por lo cual se encuentran en una situación de conflicto al ofertar frente a un mismo grupo de consumidores.

De igual forma, otros autores señalan que la rivalidad entre las empresas que desempeñan sus actividades en un mismo sector, es decir competidores que ocupan un mismo nivel en la cadena de producción, provoca que se esfuercen por ofrecer mejores precios en sus productos, ajustados a la ley, pero si no respetan las normas de competencia, en ocasiones podrían ser expulsados ilegítimamente del mercado (Calvo & Fernandez, 1993).

En concreto, Guillem (2017) define a la libertad de competencia, como el régimen dentro del cual toda empresa puede ofertar su bien o servicio, de forma individual o conjunta, sin que de ninguna manera interfieran en el normal desarrollo del mismo, pudiendo tratarse de métodos de restricción a los productos de la competencia o simplemente abusar de su poder de mercado.

Se debe resaltar que la libertad de competencia, genera una libre concurrencia de ofertantes dentro de un mismo mercado, y a la vez los consumidores gozan de la libertad de elegir y hacer sus transacciones, bajo sus propios criterios de precio y calidad, sin que sean influenciados por fuerzas externas al mercado.

La libertad de competencia constituye una herramienta de protección para garantizar el desenvolvimiento de la actividades económicas en el mercado, y que exista una transparencia en las decisiones de los operadores. Asimismo delimita hasta donde puede llegar la intervención del Estado, pues el fruto de estas actividades, debe servir al interés general.

Este principio genera aspectos positivos en las empresas, pues coadyuva a la innovación, al mejoramiento de la producción, e impulsa a la empresa a crecer dentro de un mercado equitativo. Es por tanto, que deben fijarse reglas claras que fomenten espacios propicios para el desarrollo, proponiendo así un mercado más atractivo para los inversionistas.

Regulación sobre el derecho a la libre empresa y asociación de los operadores de mercado en el Ecuador

En el Ecuador los derechos de libertad de empresa y asociación, como su nombre lo señala, pertenecen al ámbito de las libertades concedidas a las personas por tener calidad de tales y son consideradas de rango constitucional.

Las mencionadas libertades juegan un rol muy importante al garantizar la libertad de competencia en el país, pues el Estado al asumir su rol en el contexto de los mercados económicos, debe proteger a los consumidores de ciertas prácticas que restringen los derechos.

Es por ello, que la Constitución del Ecuador, en el artículo 66 establece las libertades que gozan las personas, en su numeral 13 ordena “el derecho a asociarse, reunirse y manifestarse en forma libre y voluntaria”, en su numeral 14 dispone “el derecho a desarrollar actividades económicas, en forma individual o colectiva, conforme a los principios de solidaridad, responsabilidad social y ambiental”, en su numeral 25 establece “el derecho a acceder a bienes y servicios públicos y privados de calidad, con eficiencia, eficacia y buen trato, así como a recibir información adecuada y veraz sobre su contenido y características”, y en su numeral 26 garantiza “el derecho a la propiedad en todas sus formas, con función y responsabilidad social y ambiental. El derecho al acceso a la propiedad se hará efectivo con la adopción de políticas públicas, entre otras medidas”.

Se colige que la normativa ecuatoriana ofrece a los operadores económicos, sean estas personas naturales, jurídicas, nacionales, extranjeras, públicas o privadas, la libertad para que realicen actividades económicas y de la cual puedan obtener un beneficio económico, actividades catalogadas como generadoras de riqueza donde se emplean diversos recursos productivos, y de esta manera ser partícipes de un mercado determinado. El derecho a la libertad de empresa consagrado en la Constitución es compatible con un criterio manifestado por la Corte Constitucional de Colombia, que indicó que:

...el término empresa en este contexto parece por lo tanto cubrir dos aspectos, el inicial: la iniciativa o empresa como manifestación de la capacidad de emprender y acometer, y el instrumental: a través de una organización económica típica, con abstracción de la forma jurídica (individual o societaria) y del estatuto jurídico patrimonial y laboral (Caso Francisco Coello Duarte, 1995, numeral 3, párrafo 10).

La Constitución de la República del Ecuador, en su parte orgánica, establece el régimen del sistema económico del Ecuador, que de acuerdo con su artículo 283 establece el sistema económico como social y solidario, que impulsa a un equilibrio de relaciones entre la sociedad, el Estado y el mercado; configurándose este en el medio para garantizar el goce los derechos, que con su política económica debe "...propiciar el intercambio justo y complementario de bienes y servicios en mercados transparentes y eficientes..." conforme el numeral 8 del artículo 284.

De la misma forma, la Constitución establece la política comercial, en el artículo 335, estableciendo el marco dentro del cual deben desenvolverse las actividades de los operadores económicos, que prescribe la posibilidad de que el Estado intervenga en las operaciones económicas, ante conductas que atenten contra los derechos económicos de la población, como prácticas de monopolio, oligopolio o de abuso de la posición de mercado, y demás prácticas que signifiquen una competencia desleal. Puesto que la premisa del Estado, de acuerdo con el artículo 336 *ibídem*, es velar por un comercio justo, el acceso a bienes o servicios de calidad, ofreciendo un mercado transparente a los consumidores, donde se promueva la competencia en igualdad de condiciones y oportunidades.

Según la Superintendencia de Control del Poder de Mercado (2016), la Constitución de la República del Ecuador prevé las siguientes directrices para la regulación y formulación de la política pública en materia de competencia.

Entre las directrices destaca la finalidad del sistema económico ecuatoriano, la cual dispone que toda actividad económica de forma imperativa debe velar por el interés general de la sociedad, que quienes posean los medios de producción propicien el desarrollo económico y el bienestar de la población, que las actividades económicas sean ejecutadas de forma equilibrada, en lo que respecta, a la libertad económica de las personas, tanto para los productores como los consumidores. Libertad económica entendida como la libertad que tiene toda persona de realizar

actividades de carácter económico, de acuerdo a sus preferencias, cuya finalidad es la de aumentar y hacer crecer su patrimonio, actividad que siempre deberá observar las limitaciones del Estado en la economía (Navarro, 2001).

Asimismo destaca la directriz acerca del reconocimiento de las diversas formas de organización económica, entre ellas, pública, privada, mixta, popular y solidaria, de acuerdo al artículo 283 de la Constitución, organizaciones económicas que deben observar la no concentración económica, pues significaría una práctica prohibida, entre aquellas prácticas se encuentran el monopolio y oligopolio, concretamente el monopolio es un modelo opuesto a la competencia leal, pues en este caso una sola empresa sería el único vendedor del mercado, por presentar características tales como: control de un producto, mejores precios, bajos costos de producción en cambio el oligopolio se trata de empresas con poco poder de mercado, sin embargo se unen para manejar a su conveniencia los precios del mercado, provocando la inestabilidad de los precios (Agostini, 2011), es por ello, el propósito del estado en fortalecer y promover el comercio justo.

Evitar la concentración del poder económico, o conocido también como el derecho antitrust, significa la prohibición de monopolios, y que los recursos económicos sean manejados por un determinado operador económico del mercado, sin embargo, en el caso que un operador económico alcance el poder de mercado fruto de su esfuerzo, siempre que haya observado las políticas del Estado, cabría la interrogante de si es necesaria la intervención estatal en estos casos, surgiendo así, una ambivalencia ante el propósito de la integración empresarial en el marco de una economía globalizada.

Organismos de control y sus procedimientos a nivel nacional para el control y regulación de la libertad de competencia

El Estado necesita un órgano de control que cumpla los fines del sistema económico ecuatoriano, combata las prácticas anticompetitivas de los operadores económicos y exija la vigencia de la garantía del goce de los derechos correspondientes a los empresarios; motivo de creación de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado -en adelante, SCPM-, así como por medio de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado se establece los parámetros para la existencia de la libertad de competencia, debido a que ello garantiza la

permanencia de los mercados y la democracia económica, y se cruza transversalmente con temas económicos (Llorente & Cuenca, 2013).

Es por ello, que la SCPM, tiene por objeto cumplir con diversos roles, algunos de ellos de índole preventivo, correctivo y sancionador, ante conductas de abuso del poder de mercado u otras prácticas desleales, o anticompetitivas, que restrinjan los derechos de la población, todo ello, según lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.

Para ejercer el control la SCPM, con base en el artículo 36 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, dispone la creación de organismos técnicos especializados en la materia, denominadas Intendencias de Investigación, y otro de Sustanciación y Resolución, considerándose al mismo como de primera instancia. Para ello el numeral 13 del artículo y el artículo 48 *ibídem* les otorga la potestad a dichos organismos para que puedan solicitar toda la documentación necesaria a los particulares y autoridades públicas en cualquier etapa del proceso administrativo de investigación. El proceso de investigación puede iniciar de dos maneras: de oficio o petición de parte, que consiste en la presentación de una denuncia por parte del agraviado, de acuerdo a los artículos 53 y 54 *ibídem*.

Cabe destacar, que al ser la SCPM un órgano que pertenece a la Función de Transparencia y Control Social, la misma podrá conformar a más de las intendencias de investigación, divisiones técnicas zonales que fortalezcan la investigación. Es importante señalar que la carga de la prueba corresponde a la SCPM.

El procedimiento de investigación que establece la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, dispone que una vez calificada la denuncia, el operador económico sujeto a investigación tiene el término de 15 días para pronunciarse al respecto, con o sin su contestación, transcurrido el término concedido, la SCPM debe decidir en el término de 10 días si existen elementos que hagan presumir la existencia para iniciar una investigación o en su defecto deberá ordenar el archivo de la denuncia, conforme los artículos 55, 56 y 57 *ibídem*. Una vez que concluye la investigación se le concede el término de 15 días al sujeto investigado para que descargue sus excepciones en caso de haberlas, con su contestación se dará inicio a un término de prueba por 60 días y después de ello un término de 10 días para presentar alegatos, si

se considera pertinente se llamará a audiencia. Una vez realizado todo ello, el organismo técnico de resolución tendrá 90 días para que emita su decisión, de acuerdo a los artículos 58, 59, 60 y 61 *ibídem*.

Fines del control de la Libertad de competencia

El Estado persigue diversas finalidades al controlar el ejercicio de la libertad de competencia, entre ellas: el proteger el sistema de mercado, promover el bienestar del consumidor, promover la innovación y el progreso tecnológico, garantizar la libertad de empresa, y evitar la concentración del poder económico (Jiménez, 2019).

El proteger el sistema de mercado posibilita la adecuada asignación de los recursos, tanto para los operadores del mercado como para la población en general, puesto que un sistema de mercado es una coordinación de actividades humanas que se vinculan al comprar o vender un bien o servicio, creando al denominado mercado, medio donde se realiza dicha actividad, por lo tanto la conducta de los consumidores con los operadores de mercado y viceversa, deben ser interacciones naturales que coadyuven a la satisfacción de sus necesidades, no obstante, el Estado establece las directrices que la sociedad deberá respetar, para el cumplimiento de este fin, puesto que existen prácticas restrictivas a la libertad de competencia, resumiéndose en comportamientos indebidos de los operadores económicos, que alterarían el funcionamiento virtuoso del sistema de mercado, en que ellos mismos participan (Lindblom, 2002).

En concordancia con líneas anteriores, cabe destacar que el fin principal del Estado, es promover el bienestar del consumidor ante la contingencia de las malas prácticas de los operadores económicos, como el monopolio, pues ello produce una pérdida de las riquezas no solo a los competidores, sino además de los consumidores, debido a los costos que ofrecen en el mercado, al establecer fraudulentamente costos inusuales, que finalmente se convierten en un perjuicio patrimonial para los consumidores, a la vez generan que el consumidor se vea obligado a adquirir un determinado bien o servicio, sin que cuente con opción para escoger un bien sustituto, siendo ello una limitación a sus derechos económicos, pues no existe una libertad de elección sobre los costos en el mercado, y consecuentemente la inexistencia de la libre competencia para los demás operadores económicos. Es por tanto, que el control a la libertad de competencia implica un ajuste de precios adecuados dentro del mercado, frente a los bienes o

servicios que requiere el consumidor, que se garanticen los derechos del consumidor y de los operadores económicos (Sullivan & Grimes, 2015).

La promoción de la innovación y el progreso tecnológico se refiere a la creatividad y capacidad de innovación de los operadores económicos, dentro de su plan de estratégico para captar consumidores, cuya necesidad proviene de mantener su posición en el mercado y mejorar su competitividad. Ello, solo es posible en un mercado equilibrado, y que cuente con medios de defensa ante las malas prácticas limitadoras de la libertad de competencia, siendo que la tecnología se encuentra suplantando los medios obsoletos de antaño, y que por lo tanto son parte de los actuales mercados, pues las medidas de control deberán también observar este aspecto.

Ahora bien, el control de la libertad de competencia, inherentemente propende a garantizar la libertad de empresa, como ha sido expuesto; la libertad de desarrollar cualquier actividad empresarial, y que toda la sociedad sea un ente productivo, ya no solo quede referida la producción para gremios; al conformarse, dichos operadores económicos deben observar entonces dos principios, que concretamente se trata del derecho a competir y a actuar competitivamente en los mercados (Rodríguez-Cano, 2015).

Derecho comparado sobre el goce de la libertad de competencia

Respecto de la libertad de competencia en otros países destaca la Ley de Competencias de España, que establece un órgano administrativo especializado, así como jueces en defensa de esta libertad, quienes tienen como propósito luchar en contra de las prácticas restrictivas a este Derecho (Cortes Generales y el Rey, 2007).

Asimismo al revisar su legislación se evidencia un similar establecimiento de normas, respecto de las existentes en Ecuador, que están contempladas en su artículo 7, capítulo II, de las concentraciones económicas, de igual forma incluye similar regulación la forma de control de quienes están obligados a dar a conocer al órgano de control sobre la unión empresarial, de acuerdo a su artículo 8 *ibídem*, se unen a la similitud las formas o criterios para valorar la autorización de una concentración, prácticamente la ley española contempla la misma regulación que la ecuatoriana (Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, 2019).

Caso sobre la autorización de concentraciones económicas en Ecuador y en España en el mercado cervecero

Ecuador

En el año 2015, la empresa denominada [A**B], presentó ante la Superintendencia de Control de Poder de Mercado, un trámite para la autorización de una concentración económica por medio de fusión con la compañía [CN].

Como resultado el órgano de control resolvió subordinar su aprobación, quiere decir que debe cumplir ciertas condiciones que la administración le disponga, todo ello para evitar la creación de un monopolio en el mercado cervecero. Disponiendo el cumplimiento de 11 condiciones, entre ellas, acciones de desinversión sobre procesos de producción, procesos de distribución, venta de ciertas marcas como [Z], [D], [B] y [M], la adquisición de una licencia para el uso y explotación de la marca [B**a], que incluye toda su cadena de producción y comercialización, limitaciones de inversión en la publicidad de las marcas [P], [C], [B**r], [B**6] y [PM], permitir el uso de sus refrigeradores para cervezas nacionales dejando un espacio en las mismas, ofrecer plazas de trabajo, estabilidad laboral, fomentar el consumo de cerveza artesanal, y prohibir exclusividades.

Una vez cumplidas las condiciones de la SCPM, en 2016, nuevamente la SCPM añade una condición más al proceso de desinversión que ya habían implementado la empresa, tratándose de la venta de la cerveza marca [C], pues consideran que este producto tiene un gran participación en el mercado cervecero, acción que pretendería evitar el no acaparamiento del mercado por parte de las empresas que desean hacer la fusión. Condición que fue apelada mientras tanto, su operación económica aun no estaba autorizada.

De acuerdo a un análisis cuantitativo basado en un cuadro de ingresos por ventas de quienes participan en el sector cervecero, señalan que la compañía de [CN] posee más del 96% del mercado, y la compañía [A**B] posee el 3.56% del mercado, y que en caso de aprobarse su fusión podrían alcanzar el 99% del mercado. Lo que pone en evidencia, su participación en el control del mercado cervecero.

Ahora bien, en caso de llevar a cabo la venta de la marca, puesta en condición, ello no significaría cambios en el plano de competencia, pues tendría que verificarse si a corto o largo plazo el nuevo competidor que compre dicha marca se ponga al mismo nivel que la que llevaba su control (Trujillo, Puente, & Andrade, 2017).

Desde la imposición de una nueva condición por parte de la SCPM, misma que fue apelada y negada por la administración pública por medio de resolución del intendente de la SCPM, lo que genera la interposición por parte de [A**B], acciones constitucionales las cuales fueron resueltas a su favor, motivo por el cual la SCPM presentó finalmente un recurso extraordinario de protección ante la Corte Constitucional.

Como antecedentes se estableció que [A**B], y [CN], sí notificaron al respectivo Órgano de Control sobre el acto jurídico que constituye una concentración de poder, y que después de un estudio por parte de la SCPM, se dispuso el cumplimiento de condiciones que debían cumplir las empresas previo a autorizar su operación económica, en este caso la fusión de empresas, es así que transcurre más de un mes, en que se habían cumplido con todos los requisitos solicitados por la SCPM, dando como resultado la autorización de la fusión, sin embargo, la SCPM de oficio dispone una nueva condición que se trataría de la venta de la marca [C].

Finalmente el recurso extraordinario de protección, fue dado sin lugar por parte de la Corte Constitucional, pues consideraron que la SCPM había vulnerado el derecho a la seguridad jurídica y al debido proceso, pues inobservaron los procedimientos obligatorios que pudo aplicar el órgano de control para modificar una resolución que la misma administración ha emitido, norma positiva que debe respetarse, pues en su defecto se estarían comitiendo actos nulos, que no se apegan a los preceptos constitucionales.

De la misma manera la Corte Constitucional pudo determinar que la SCPM, vulneró el derecho al debido proceso, pues coartó su derecho a la defensa, al imponer una condición sin que pueda ser contradicha en lo que fuere pertinente (Recurso Extraordinario de Protección, 2018).

España

En el año 2006, se presentó el caso de la compañía denominada [M] y otra compañía de nombres [SMFCM] agrupadas bajo la denominación [GMSM], con el fin de absorber al [GAA], por medio de la firma de un contrato de compraventa de acciones, para que el [GMSM] sea titular de las mismas.

De acuerdo al estudio de mercado se estableció que ambos grupos representan más del 90% de poder de mercado en el sector cervecero. Similar al caso de Ecuador, el órgano de control no

autorizó dicha concentración económica, y también apelaron de su decisión ante jueces competentes.

Para la resolución de este conflicto se pidió el criterio de quienes podrían resultar afectados por la operación que pretendía realizar el [GMSM] con el [GAA]. Entre ellas, dieron su criterio inclusive diversas entidades, entre ellas la de turismo que manifestó que puede infuir a nivel de aumento de competitividad entre [H] y el nuevo grupo a fusionarse, pues a nivel de región [GAA] abarca el mismo mercado, inclusive cervezas [H] tienen el precio más alto del mercado.

[H] también aportó su criterio, diciendo que su operación económica elevaría las barreras relacionadas a la distribución y al poder de cartera, que no existen elementos de eficacia ni si quiera para que se consideren el establecimiento de condiciones para su autorización, pues considera habrían muchos perjuicios en contra de la competencia.

Damm, quien es otra empresa, aportó con un criterio fundamentado en un análisis económico, destaca que los precios de [GMSM] son muy bajos en zonas que son competitivas, y en zonas donde tienen mayor afluencia de mercado pues nivelan el costo al de la marca [H].

Por parte del grupo [GMSM], también pronunciaron su criterio manifestando que la operación económica generará mejores precios y mayores opciones para los consumidores. Una vez receptado los criterios, se realiza un análisis sobre los criterios de decisión. De esta forma, el Tribunal de Defensa de la Competencia, decide que existen motivos para negar la operación económica (Tribunal de Defensa de la Competencia, 2007).

Análisis

De lo revisado por los magistrados de la Corte Constitucional, resaltan violaciones al debido proceso y a la seguridad jurídica, todo ello, por la imposición de una condición que fue agregada sin fundamento legal ni técnico alguno, puesto que si la SPCM observó algún motivo que le sustente proponer una nueva condición a [A**B] debió realizarlo dentro del marco de la Ley de Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, norma que señala, en sus artículos 24 y 26, formas por medio de las cuales podría revisarlas si existieren algún hecho falso que indujo a error al órgano de control que haya permitido la autorización de la operación económica, situación que en el presente caso no sucedió, y asimismo según el artículo 26 ibídem en caso de

que hubiese existido una conducta anticompetitiva, debieron iniciar un proceso de investigación previamente a su decisión.

De forma clara la Corte Constitucional y los jueces que resolvieron la acción de protección presentada por [A**B], víctima de la vulneración de sus derechos por parte de la SCPM, les había dado la razón en todas las instancias, evidenciándose así un abuso del poder del Estado, representado en actos administrativos que limitan los derechos de libertad de empresa y libertad de asociación de [A**B] y [CN] en su afán de fusionarse.

La seguridad jurídica en el Ecuador, supone la existencia de normas claras, previas, que deben ser observadas por todas las autoridades del poder público, siendo así, este derecho constitucional permite que los ciudadanos puedan recurrir a un trato justo e igualitario, frente a las posibles arbitrariedades del poder. Concretamente en la sentencia de la Corte Constitucional se determinó la no justificación por parte de la SCPM, de la vía jurídica que utilizó para modificar de oficio el acto de administración por medio del cual se había autorizado la fusión de [A**B] - [CN], que no existieron las herramientas legales de apelación a la concentración económica ya autorizada, ni el recurso extraordinario de revisión, inobservando el trámite propio del procedimiento administrativo.

De igual manera, coartan la libertad de empresa y asociación, al poner obstáculos a la fusión de empresas, que parte de sus derechos como personas en este caso jurídicas, se encuentra el de poder organizarse y crear las formas jurídicas que requieran, siempre respetando las normas correspondientes. El derecho a la asociación, pues que exista una brecha frente a los demás competidores respecto del porcentaje de participación, no debe significar un impedimento para asociarse, siempre que respeten las normas de la libre competencia.

En cuanto a la vulneración del derecho al debido proceso, la Corte Constitucional señaló que se trata de un conjunto de presupuestos que deben ser observados por las autoridades para tramitar adecuadamente un procedimiento, y de esta forma se garantice el derecho a la defensa de las personas. Todo ello, con el fin de defender los derechos constitucionales, y de esta forma ser el límite para las actuaciones de las autoridades públicas.

En este mismo sentido, el derecho al debido proceso, señala que toda resolución o acto administrativo, deberá ser motivado para que eviten arbitrariedades, pues sus decisiones deben

apegarse a la Constitución y la ley bajo un razonamiento lógico conforme al análisis de los documentos presentados, razón por la cual, se considerará motivado todo acto que presente su parte expositiva, motiva y resolutive. En concordancia, las resoluciones deben además contener una argumentación jurídica prolija sobre la decisión tomada.

Asimismo en el caso español, también existió una vulneración a los derechos del grupo [GMSM], pues el órgano de control de aquel país, también incurrió en el error de prohibir la operación económica, por tratar de precautelar la no existencia de monopolios en el mercado, sin valorar los criterios legales y estudios económicos para tomar su decisión de prohibición rotunda.

Cabe destacar, que en el caso español, en sede judicial se revisó una serie de criterios técnicos previo a la resolución por parte del Tribunal de Defensa de la Competencia, es así que denota un examen más riguroso al momento de resolver causas de índole económico, sin considerar que el objeto de la controversia era distinto al caso ecuatoriano.

El aspecto en común entre ambos casos sujetos a análisis es el porcentaje de participación en el mercado cervecero, y la forma de toma de decisiones en ambos casos por parte de los órganos de control, pues en el caso de Ecuador [A**B] y [CN] representan el 90%, sin embargo uno de ellos en contraste con el otro contiene un bajo porcentaje, si se revisa como un operador económico solitario en el mercado, es por ello que la fusión no significa perjuicios al derecho a la competencia, pues es muy difícil que una empresa que solo represente el 2% pueda influir en obsturir la competitividad en el mercado, para que suceda ello, deberá ponerse al mismo nivel de [CN]. En el caso español, el grupo [GMSM] junto con el [GAA] representan también el 90% del mercado cervecero en su país, y el criterio idóneo es el mencionado en líneas anteriores, pues uno de ellos contenía el 2% si se lo analiza como una empresa solitaria en el mercado, teniendo como única posibilidad de ser competitiva, que crezca al mismo nivel del otro.

Conclusiones

El procedimiento que prescribe la ley ecuatoriana para los operadores económicos obligados a informar a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado se encuentra regulada en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, y dispone los actos jurídicos que son susceptibles de constituir una concentración económica.

La regulación normativa es clara y debe ser acatada por los órganos de control que representan al Estado de forma eficiente, pues el irrespeto a las normas ya establecidas genera un abuso de poder, y en consecuencia la vulneración de varios derechos constitucionales.

Entre los derechos constitucionales que pueden ser vulnerados por los abusos del poder por parte de los órganos de control de las integraciones empresariales, son el derecho a la libertad de empresa, el derecho a la libertad de asociación y el derecho a la libre competencia.

En los casos expuestos del apartado análisis de la presente, se determinó la vulneración a los derechos de los operadores económicos, en dos situaciones, tomando en consideración que Ecuador y España tienen similar legislación a este respecto.

En la situación de Ecuador se evidencia varios derechos violentados, por una parte, los derechos propiamente del procedimiento administrativo, como lo es el derecho a la seguridad jurídica, el derecho al debido proceso y el derecho a la defensa, y por otra parte los derechos inherentes al empresario, como lo es el derecho a la libertad de empresa, el derecho a la libertad de asociación y el derecho a la libre competencia, todo aquello, derivado de la imposición de una condición jamás impuesta dentro de los parámetros legales, sino más bien de manera arbitraria, inobservando el procedimiento que prevé la ley para aquellas situaciones, actuación infundada que perjudica la operación económica esperada por la empresa solicitante, teniendo que llegar hasta instancias judiciales para que la administración no insista en coartar sus derechos, pues fue necesario una resolución de la Corte Constitucional que declare la vulneración de derechos, y así declarar sin lugar la actuación de la SCPM.

En la situación de España se evidenció asimismo un abuso de poder por parte del órgano de control de ese país, pues no se realizó un análisis sobre los criterios para decidir si resultaba perjudicial o no autorizar la concentración económica, motivo por el cual el Tribunal de Defensa de la Competencia, realizó un análisis exhaustivo de los criterios, dando como resultado la respectiva autorización.

No obstante, en ambos casos se trató de empresas con intención manifiesta de fusionarse, teniendo un porcentaje alto de participaciones en el mercado cervecero, posibilitando establecer un criterio de no prejuzgamiento de las posibles concentraciones económicas horizontales, pues se trata de competidores del mismo segmento, sin embargo no poseen entre ellos un mismo

porcentaje de participación, pero que uniéndose pueden dar lugar a un porcentaje casi perfecto, colocándose así como influencias en el mercado, que podrían si bien es cierto manejar los costos en los precios dependiendo del espacio geográfico, es decir, en ciertos puntos una empresa puede tener poder económico y en ciertos lugares no puede tener poder económico, es por ello que en estos últimos, tienden a ser menores los precios de costos del producto que ofrecen.

De igual forma, el representar un alto porcentaje de participación en el mercado no significa una práctica de integración empresarial anticompetitiva, o que obstruya el crecimiento de la competencia, pues se ha puesto en evidencia que una empresa que representa un 2% de participaciones muy difícilmente corresponderá en corto plazo el mismo porcentaje de poder de mercado que otro que represente el 90%, razón por la cual resulta inútil prohibir la unión de empresas con estos porcentajes porque finalmente no provocan ningún perjuicio en sus competidores, más bien generan desarrollo en el país.

Se ha evidenciado un abuso de potestades públicas por parte de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, pues ella no se apegó estrictamente a la norma ya establecida para autorizar una integración empresarial, más bien se observó una actuación arbitraria que fue identificada por la Corte Constitucional.

Recomendaciones

Se recomienda que a corto plazo se añada a los criterios de decisión fórmulas en el procedimiento para la autorización de integraciones empresariales y/o concentraciones económicas; que se solicite los criterios de las empresas del mismo segmento, para que sus opiniones sirvan como referencia del comportamiento de las empresas competidoras y el órgano de control pueda conocer sobre sus interacciones competitivas.

Se recomienda que el Estado ecuatoriano sancione a aquellos funcionarios que irrumpen las libertades de los empresarios, pues aquello significa una mala imagen ante los inversionistas y quienes desean apostar por el desarrollo del país, pues las integraciones empresariales, si son autorizadas bajo los criterios acordados en normas claras y previas, serán los empresarios quienes deban respetar dicha norma y no afectar el principio de competencia, pero en un plano político – económico, un Estado no debería fomentar el mal uso de la normativa para restringir sus derechos constitucionales a la libertad de asociación.

Referencias bibliográficas

- Agostini, J. (2011). Monopolio y Oligopolio: Causa de las empresas cerradas en Venezuela. *Revista Científica Electrónica Ciencias Gerenciales (NEGOTIUM)*, 46-73.
- Aragón Reyes, M. (1996). *Constitución económica y libertad de empresa* (Vol. Tomo I). Madrid: Civitas.
- Calvo Caravaca, L., & Fernandez de la Gandará, L. (1993). Política y Derecho de la Competencia en la C.E.E, una aproximación. *Revista General de Derecho*, 3379-3449.
- Coase, R. (1997). *La naturaleza de la Empresa*. Madrid: Alianza Economía.
- Colmenarez, S., & Delgado, R. (2003). *Reingeniería Socioeconómica y Desarrollo Endogeno Sostenible*. Caracas: Organización profuturo UNESCO.
- Dini, M. (1997). Forjando Aglomeraciones en Chile y Centroamérica. *Enseñanzas de la Experiencia*. Lima: SELA.
- García , F. (2013). *Libertad Empresarial*. Honduras: Melissa.
- García Vitoria, I. (09 de 05 de 2011). *Diccionario Iberoamericano de Derechos Humanos y Fundamentales*. Obtenido de Libertad de Empresa: <http://diccionario.pradpi.org>
- Garrigues, J. (1987). *Curso de Derecho Mercantil*. Bogotá: Temis.
- Gómez Mejía, A. (2011). Liberalización económica y crecimiento económico. Modelo Logit Multinomial aplicado a la metodología de "Doing Business". *Unilibre Cali*, 7(1), 49.
- Guillem Briones, M. (2017). El Derecho de la Competencia. *Revista de Derecho Económico Tomo II*, 1607-206.
- Jahan, S., Saber Mahmud, A., & Papageorgiou, C. (2014). La economía Keynesiana. *Finanzas y Desarrollo*, 53-54.
- Jiménez, F. (2019). *Derecho de la Competencia*. Colombia: LEGIS S.A.
- Lindblom, C. (2002). *El sistema de mercado*. España: Alianza Editorial.
- Llorente & Cuenca. (2013). Ecuador: hacia la regulación y control del poder de mercado. *UNO*, 2.
- Martinez Herrera, K. (2015). *Limites al Ejercicio de la Libertad de Empresa*. España: Universidad de Alicante.
- Navarro, E. (2001). La Libertad Económica y su Protección. *Revista Chilena de Derecho*, 12.
- Nuñez Moncada, S. (2011). Derecho de Asociación. *Revista de Derecho*, 32(1), 35.
- Panchi Vasco, L. (2004). *De ética económica e economía ética*. Quito: Ediciones Ayba-Yala.
- Peñalver, A. (2009). Fusiones y adquisiciones: el valor cualitativo de las personas. *Tendencias de formación*(236), 28-31.
- Rodríguez , G. (2017). *Integración Vertical*. Bogotá: Universidad EAFIT.
- Rodríguez-Cano, A. (2015). *Apuntes de Derecho Mercantil*. Pamplona (Navarra): ARANZADI.

- Rosales, R. (1999). La Pequeña y Mediana Empresa. *Prejuicios y prespectivas*. Santa Cruz de la Sierra, Bolivia: Foro Regional sobre Política Industrial.
- Seda-Irizarry, I. (2011). Un Resumen Completo de El Capital de Marx. *Cuadernos de Economía*, 275-280.
- Sullivan, L., & Grimes, W. (2015). *El Derecho antitrust*. United States: West Academic Publishing.
- Superintendencia de Control del Poder de Mercado. (2016). *Análisis de Concentraciones Económicas y Concentración Estructural en el Ecuador*. Loja: Graficplus.
- Tamayo, M., & Piñeros, J. (2007). Formas de integración de las empresas. *Ecos de la Economía*(24), 27-45.
- Torrico Tumaev, A. (2010). Sinergias y Fusiones de empresas: el factor humano. *Redalyc*(25), 169-190.
- Tribunal de Defensa de la Competencia. (2007). *Expediente de Concentración Económica c103//07*. España.
- Trujillo, D., Puente, C., & Andrade, k. (2017). Concentración económica en el mercado cervecero ecuatoriano. *Revista de Ciencia UNEMI*, 67-68.
- Viera Álvarez, C. (2010). La Libertad de Empresa y algunos límites desde la perspectiva del Estado Social. *Revista Jurídica UNAM*(21), 197-224.

Normas jurídicas y jurisprudencia

- Asamblea Constituyente del Ecuador. (20 de octubre de 2008). Constitución de la República del Ecuador. Norma Suprema. Montecristi, Manabí, Ecuador: Registro Oficial 449.
- Asamblea Nacional. (13 de octubre de 2011). Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Quito, Pichincha, Ecuador: Registro Oficial 555.
- Caso Francisco Coello Duarte, C-524/95 (Corte Constitucional de Colombia 16 de noviembre de 1995).
- Cortes Generales y el Rey. (17 de julio de 1989). Ley de Defensa de la Competencia. España.
- Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. (abril de 2019). Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Obtenido de <https://www.cnmc.es/>
- H. Congreso Nacional. (05 de noviembre de 1999). Ley de Compañías. Quito, Pichincha, Ecuador: Registro Oficial 312.
- Junta de Regulación. (25 de septiembre de 2015). Fijar los umbrales del monto de volumen total en el Ecuador. Quito, Pichincha, Ecuador: Resolución n° 009.
- Recurso Extraordinario de Protección, 0888-17-EP (Alfredo Ruiz Guzman 18 de abril de 2018).