



Las fusiones y adquisiciones en América Latina como estrategia para el crecimiento de los monopolios

Mergers and acquisitions in Latin America as a strategy for the growth of monopolies

Fusões e aquisições na América Latina como estratégia para o crescimento dos monopólios

Fausto Mauricio Tamayo-Vásquez ^I
fm.tamayo@uta.edu.ec
<https://orcid.org/0000-0003-1987-160X>

Juan Carlos Paz-Mena ^{II}
Pazmena75@yahoo.com.ar
<https://orcid.org/0000-0001-7449-1728>

Cecilia Catalina Toscano-Morales ^{III}
ceciliac.toscano@uta.edu.ec
<https://orcid.org/0000-0002-1982-4814>

Ana Graciela Molina-Jiménez ^{IV}
agmolina@uta.edu.ec
<https://orcid.org/0000-0001-9481-2365>

Correspondencia: fm.tamayo@uta.edu.ec

Ciencias Técnicas y Aplicadas
Artículo de Investigación

* **Recibido:** 23 de septiembre de 2022 * **Aceptado:** 18 de octubre de 2022 * **Publicado:** 02 de noviembre de 2022

- I. Abogado de la República, Doctor en Ciencias de la Educación, Máster en Proyectos, Máster en Gestión Financiera, Máster en Mediación Familiar, Candidato a P.Hd, en Ciencias Jurídicas, Docente Titular de la Universidad Técnica de Ambato, Mediador Arbitro, Abogado en Libre Ejercicio, Ecuador.
- II. Abogado de Profesión, Maestría en Derecho Constitucional, Máster en Derechos Humanos y Seguridad Humana por la Universidad Milano de Bicocca, Italia, Especialista en Justicia Constitucional, Interpretación y Tutela de los Derechos Fundamentales por la Universidad Castilla, La Mancha, España, Actualmente es Candidato a Doctor (PHD) en Derecho por la Universidad de Mar del Plata, ha sido Secretario de Amnistía Internacional Capítulo Ecuador, ha sido Juez de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de Guayaquil, se ha desempeñado Profesor de pregrado de la Universidad Ecotec en las materias de Ciencias Políticas, Constitucional, Historia del Derecho y Filosofía del Derecho, Actualmente es Juez de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia en Cuenca, Ecuador.
- III. Doctora en Contabilidad y Auditoría, Magíster en Auditoría Integral, Docente Titular de la Universidad Técnica de Ambato, Asesoría Contable, Ecuador.
- IV. Doctora en Contabilidad y Auditoría, Magíster en Auditoría Integral, Docente Ocasional de la Universidad Técnica de Ambato, Contadora General, Ecuador.

Resumen

El presente artículo hace referencia sobre los aspectos básicos de las fusiones y adquisiciones en América Latina desde el aspecto normativo, al igual que los elementos fundamentales que la ley previene acerca del surgimiento de monopolios; esto, con el fin de evidenciar si en efecto la fusión y adquisición de personas jurídicas en el país, han normalizado y permitido el surgimiento y consolidación de monopolios, partiendo de la base de que se tratan primordialmente de figuras completamente legalizadas y reconocidas cuyo objetivo originalmente se centra en la posibilidad de entrar a un entorno comercial altamente competitivo a nivel global y donde los desafíos del día a día y la sobreviniente crisis económica derivada de diversos aspectos han llevado a muchas compañías nacientes a acogerse a estas figuras, con la esperanza de tener un mayor respaldo de ingreso al mercado y solidificar sus estructuras legales, económicas, administrativas, etc.

Palabras claves: Adquisición; Competitividad; Efectos fusión; Monopolio.

Abstract

This article refers to the basic aspects of mergers and acquisitions in Latin America from the regulatory aspect, as well as the fundamental elements that the law prevents about the emergence of monopolies; this, in order to demonstrate whether in fact the merger and acquisition of legal entities in the country have normalized and allowed the emergence and consolidation of monopolies, based on the fact that they are primarily fully legalized and recognized figures whose objective was originally focuses on the possibility of entering a highly competitive business environment at a global level and where the day-to-day challenges and the ensuing economic crisis derived from various aspects have led many nascent companies to take advantage of these figures, hoping to have greater support for entering the market and solidifying its legal, economic, administrative structures, etc.

Keywords: Acquisition; Competitiveness; Fusion effects; Monopoly.

Resumo

Este artigo refere-se aos aspectos básicos das fusões e aquisições na América Latina desde o aspecto regulatório, bem como os elementos fundamentais que a lei impede sobre o surgimento de monopólios; isso, com o objetivo de demonstrar se de fato as fusões e aquisições de pessoas

jurídicas no país normalizaram e permitiram o surgimento e consolidação de monopólios, tendo como base o fato de serem primordialmente figuras plenamente legalizadas e reconhecidas cujo objetivo originalmente se concentrava na possibilidade de entrada num ambiente empresarial altamente competitivo a nível global e onde os desafios do dia-a-dia e a conseqüente crise económica derivada de várias vertentes levaram muitas empresas nascentes a tirar partido destes números, esperando ter maior apoio para entrar no mercado e solidificando suas estruturas jurídicas, econômicas, administrativas etc.

Palavras-chave: Aquisição; Competitividade; Efeitos de fusão; Monopólio.

Introducción

La fusión y adquisición de sociedades en todo el mundo es una estrategia que puede contribuir al crecimiento de pequeñas y medianas empresas, dado que su finalidad se encuentra directamente ligada a la posibilidad de creación de nuevas compañías, desde una base forjada por dos o más personas jurídicas con la intención de unir esfuerzos para ingresar al mercado de una manera mucho más competitiva. En América Latina la norma comercial habla de las fusiones y adquisiciones en diferentes instancias, por lo que no solo se encuentra la norma positiva al respecto, sino que, de igual forma, es un tema que ha sido considerado por la jurisprudencia y la doctrina; empero estas consideraciones, se ha presentado un fenómeno a través del tiempo y es el surgimiento de grandes monopolios a partir de la fusión y adquisición de empresas, teniendo en cuenta que lo que ha permitido esta figura legal, es la posibilidad de que grandes grupos empresariales, sustraigan del mercado todo tipo de competencia naciente a través de pequeñas y medianas empresas, es por ello que el presente estudio se centra en el siguiente interrogante: ¿Es la fusión y adquisición de empresas una estrategia que permite el surgimiento y consolidación de monopolios en América Latina?

Desarrollo

La fusión y adquisición en américa latina a la luz de la ley comercial

Concepto de fusión

La fusión de sociedades se encuentra regulada en el ordenamiento jurídico América Latina y especialmente en el de Colombia por el artículo 172 del Código de Comercio y la ley 1258 de 2008, siendo el punto de partida la prerrogativa que se encuentra en el Código de Comercio de la siguiente manera: Artículo 172. Habrá fusión cuando una o más sociedades se disuelvan, sin liquidarse, para ser absorbidas por otra o para crear una nueva. La fusión de personas jurídicas para (Alfaro, 202) es “suele definirse como un procedimiento a través del cual se logra la unificación económica y jurídica de dos o más sociedades preexistentes.”. En el campo del derecho la fusión de sociedad es una operación de mayor trascendencia, por el efecto mismo de acuerdo a los ordenamientos jurídicos de los estados, considerando además que tiene efectos en el ámbito del Derecho Laboral, competencia y tributarios, entre otros campos más del derecho, por lo que otros autores les han denominado poliédrico que quiere decir relacionado con otros aspectos del derecho (Marcelo, 2006).

La fusión de sociedades es en la actualidad una de las operaciones de mayor trascendencia en el campo del Derecho, debido a los efectos que la misma trae consigo en los más diversos ámbitos del ordenamiento jurídico. La fusión de sociedades no sólo conlleva consecuencias en lo que es la estructura organizativa de las sociedades que se fusionan, sino que asimismo surte importantes efectos en el ámbito del Derecho laboral, Derecho de la competencia y Derecho tributario, entre otros. Esta multiplicidad de efectos inherentes a la fusión, ha llevado a algún autor a calificar a la misma como una operación de carácter “poliédrico”.

La absorbente o la nueva compañía adquiere los derechos y obligaciones de la sociedad o sociedades disueltas una vez se encuentra formalizado el acuerdo de fusión. La fusión en América Latina al igual que otros países de Latinoamérica, versa sobre la unión de dos o más sociedades, para que una de las sociedades participantes absorba a las otras a través de, la transferencia de patrimonios y la migración de los asociados de la sociedad absorbida a la sociedad absorbente o para que se cree una nueva sociedad. La fusión se trata de una operación compleja que implica la extinción de alguna, o algunas de sociedades que integran el acuerdo, al igual que, la migración de socios, reforma o constitución de otra y la transferencia de patrimonios. Por otra

parte, la fusión de empresas en América Latina tiene una clasificación, según la naturaleza del acto que la materializa, por lo que se puede hablar de fusión por creación, que consiste en la unión de dos o más sociedades, con el fin de constituir una nueva sociedad; fusión por absorción que se diferencia de la fusión por creación en el sentido en que no crea una sociedad, sino que, una de las sociedades participantes absorbe el patrimonio, los derechos y obligaciones de las demás sociedades; fusión inversa considerada como una clase de fusión por absorción, la cual consiste en “la absorción de una sociedad matriz por su filial” (Robles, 2002, pág. 48) y que a pesar de no encontrar una regulación específica en la normatividad mercantil, se entiende desde la doctrina como “aquella fusión vertical por la cual una sociedad filial absorbe a su matriz, la que se disuelve transmitiendo la totalidad de su patrimonio y accionistas o socios a esta última, que la sucede en todos sus derechos y obligaciones (Superintendencia de Sociedades, 2016); finalmente, se encuentra la fusión impropia, que encuentra su regulación en la sección II del Código de Comercio artículo 180, así:

Artículo 180. Lo dispuesto en esta Sección podrá aplicarse también al caso de la formación de una nueva sociedad para continuar los negocios de una sociedad disuelta, siempre que no haya variaciones en el giro de sus actividades o negocios y que la operación se celebre dentro de los seis meses siguientes a la fecha de disolución.

Es por lo anterior que la fusión impropia se puede entender como una operación en la cual una sociedad que se encuentra disuelta pero no liquidada, decide crear una nueva sociedad con el propósito de continuar las actividades que venía desarrollando siempre y cuando cumpla con los requisitos que señala el Art. 173 del Código del Comercio de Colombia. Finalmente, se encuentra la fusión abreviada, que nace del Art. 33 de la Ley 1258 de 2008 de Colombia, que consagra que “en aquellos casos en que una sociedad detente más del noventa (90%) de las acciones de una sociedad por acciones simplificada, aquella podrá absorber a esta, mediante determinación adoptada por los representantes legales o por las juntas directivas de las sociedades participantes en el proceso de fusión.”.

Concepto de adquisición

La adquisición de empresas es un acuerdo mediante el cual una empresa adquiere parcialmente o en su totalidad a otra compañía. Existen adquisiciones de empresas, de activos o de gestión, en función del objeto de la compra, que irá de una compañía en su conjunto, a determinadas de sus

partes o participaciones en la misma. La adquisición es “ [...] es el acto jurídico a través del cual se incorpora a un patrimonio una cosa, mueble o inmueble. Las formas en que una persona pueda adquirir bienes pueden ser de muy diversa naturaleza [...]”. (Jurídico, 2022)

El fenómeno creciente de las fusiones y adquisiciones en América Latina

Una vez puntualizados los conceptos básicos de fusiones y adquisiciones según la normatividad América Latina, es importante resaltar las cifras más recientes publicadas que hacen referencia a los porcentajes de fusiones y adquisiciones de empresas en el país y es que según la edición de Octubre de 2021 de la revista portafolio (Portafolio, 2021) Por otra parte, se resalta igualmente que América Latina es el cuatro en la región en ese tipo de negocios, después de Brasil, México y Chile y respecto al mercado de operaciones fuera del país, las empresas América Latina han apostado principalmente por invertir en Brasil, Perú, y Chile, con 5, 5 y 3 transacciones, respectivamente, pero además de ello, se destaca que, Estados Unidos es el país que más ha apostado por realizar adquisiciones en América Latina, con 42 operaciones al 2021.

El monopolio en América Latina, regulación y prohibición como técnica de limitación mercantil

Definición de monopolio

Para (Nicole, 2017) el monopolio es “ [...] una estructura de mercado en donde existe un único oferente de un cierto bien o servicio, es decir, una sola empresa domina todo el mercado de oferta.”. Se puede entender el monopolio como una situación dentro de la economía en la cual existe un productor que es el monopolista que posee un gran poder de mercado y es el único en una industria dada que posee un producto, bien, recurso o servicio determinado y diferenciado. Este monopolio se puede identificar cuando hay un producto único, que no existe en el mercado y ningún otro bien lo puede reemplazar, no hay opción para el comprador de conseguirlo de otro modo o a otro proveedor y el monopolista controla la cantidad de producción y el precio.

En principio es importante resaltar que el monopolio en América Latina cuenta con una regulación estricta y específica, bajo el entendido que se busca proteger la competencia desleal y en ese mismo sentido, cabe aclarar que existe un organismo encargado específicamente de la vigilancia y control a este tipo de escenarios donde puede promoverse la competencia desleal a

través de la creación de monopolios de diferentes maneras, este organismo llamado Superintendencia de Industria y Comercio, encabeza la fiscalización de todo tipo de situación donde puedan trazarse situaciones contrarias a la ley donde puedan verse afectados los derechos de los consumidores, la actividad valuadora del país, entre otros y dirime las controversias que se presenten ante afectaciones de derechos particulares relacionados con la protección del consumidor, asuntos de competencia desleal y derechos de propiedad industrial, siendo entonces, el organismo América Latina regulador de la competencia.

Es entonces importante resaltar en ese sentido que bajo la premisa constitucional de Estado Social de Derecho, se garantiza el derecho a la libre competencia basada en el comercio libre beneficia a consumidores, empresas y la economía en general, por lo que se aclara que, únicamente están permitidos los monopolios en favor del Estado cuando el interés social lo haga imprescindible a fin de garantizar la libertad empresarial y proteger al consumidor, lo que permite concluir que en América Latina lo que se prohíbe es la protección, creación, favorecimiento y reconocimiento legal de los monopolios.

Con el fin de establecer esta regulación de manera clara, desde la Carta Política de 1991, en el Art. 336 se estableció el siguiente precepto:

Artículo 336. Ningún monopolio podrá establecerse sino como arbitrio rentístico, con una finalidad de interés público o social y en virtud de la ley. La ley que establezca un monopolio no podrá aplicarse antes de que hayan sido plenamente indemnizados los individuos que en virtud de ella deban quedar privados del ejercicio de una actividad económica lícita. La organización, administración, control y explotación de los monopolios rentísticos estarán sometidos a un régimen propio, fijado por la ley de iniciativa gubernamental. Las rentas obtenidas en el ejercicio de los monopolios de suerte y azar estarán destinadas exclusivamente a los servicios de salud. Las rentas obtenidas en el ejercicio del monopolio de licores estarán destinadas preferentemente a los servicios de salud y educación. La evasión fiscal en materia de rentas provenientes de monopolios rentísticos será sancionada penalmente en los términos que establezca la ley. El Gobierno enajenará o liquidará las empresas monopolísticas del Estado y otorgará a terceros el desarrollo de su actividad cuando no cumplan los requisitos de eficiencia, en los términos que determine la ley. En cualquier caso, se respetarán los derechos adquiridos por los trabajadores.

Según lo anteriormente referido, es claro que en América Latina la existencia de monopolios no se encuentra permitida, dado que, como previamente se dejó claro, en su calidad de Estado Social

de Derecho, garantiza el derecho a la libre competencia, y, por ende, no avala legalmente la creación o consolidación de monopolios en el país, sin embargo, en este punto vale la pena resaltar que la sobreviniente crisis financiera ocasionada por diferentes escenarios que han impactado de manera considerable la economía del país, ha llevado a que muchas empresas busquen aliarse con empresas o grupos empresariales más sólidos, en una búsqueda intensiva de alternativas para no desaparecer del todo del mercado, o simplemente de crecer y posicionarse en medio de la globalización y una competencia mercantil cada vez más acelerada y exigente para las empresas.

Las fusiones y adquisiciones en América Latina como estrategia para el crecimiento de los monopolios

Como se ha dejado dicho a lo largo del presente artículo, y como ha quedado demostrado con las cifras actuales de fusiones y adquisiciones en el país según el último informe de 2021, este tipo de acciones han tenido un incremento exponencial, que puede ligarse a muchos factores, tanto internos como externos, dado que son múltiples las razones que han incidido en el crecimiento de esta brecha económica, sin embargo, llama la atención ver como este fenómeno creciente de fusiones y adquisiciones de sociedades en América Latina, está llevando a la extinción de competencia para diversos sectores económicos, y es que además de la crisis económica los efectos que ha traído la Pandemia por Covid 19 en el país han sumado una serie de eventos de alto impacto que solo han generado un aumento en la presión para pequeñas y medianas empresas de mantenerse vigentes en el mercado, y por ende, ha llevado a que muchas de estas empresas acepten las diversas propuestas que vienen de inversionistas tanto nacionales, como internacionales, para poderse sumar a empresas económicamente más robustas y con mayor músculo económico, en un afán de entrar con mayor apoyo y sostenibilidad en el competitivo mundo comercial a nivel global.

Es por ello por lo que, aun cuando no se habla de esta situación abiertamente, en América Latina se ve cada día más, cómo las empresas grandes absorben en su mayoría a pequeñas y medianas empresas, mostrando una intención de respaldo, pero en realidad, evidenciando una iniciativa de monopolización de mercado, que deja cada vez menos sociedades en condiciones de ejercer una competencia libre según el precepto constitucional que se ampara en la concepción de Estado Social de Derecho, entonces vale la pena preguntarse si en efecto ante este tipo de escenarios es

posible hablar de fenómenos como Monopolización consciente de ciertas áreas del mercado, e incluso de competencia desleal, que a la fecha debería estar bajo la mirada de la Superintendencia de Industria y Comercio como ente fiscal en esta materia, pero sin que a la fecha se haga visible ninguna acción de su parte para frenar los efectos de la inmersión económica de nacionales o internacionales haciendo uso de estas figuras legales para un fin no avalado por la constitución política.

Es por ello que una vez desarrollado el tema del presente artículo, se valida la hipótesis que plantea que es posible hablar de una monopolización de ciertos mercados en América Latina a través del uso de figuras completamente legales como la fusión y la adquisición de sociedades, lo que evidencia que cada vez se abre más la puerta a la inversión internacional en ese sentido dejando muchos sectores del mercado nacional en manos de inversionistas extranjeros y por lo tanto al ser relaciones en desequilibrio económico, imposibilita la competencia en condiciones de equidad y lealtad, y adicionalmente, desestimula a los nacionales en temas tan fundamentales como la creación de sociedades y la inversión interna, debilitando otros aspectos sociales y económicos que a futuro pueden impactar aún más la sostenibilidad del país.

Metodología

El presente trabajo de investigación busca como resultado final determinar si efectivamente, y como bien se ha venido estableciendo a lo largo de este artículo, las fusiones y adquisiciones en el país promueven la creación y consolidación de monopolios. Esto, considerando que a pesar de ser figuras completamente legales, permiten recaer en un fenómeno que desde la carta política se encuentra delimitado a un uso meramente Estatal. Para llevar a cabo esta investigación, se tomará el enfoque deductivo indirecto, tomando en cuenta que como se mencionó en apartes anteriores, la normatividad mercantil vigente en el país que regula las fusiones, las adquisiciones y los monopolios en América Latina, partiendo desde los preceptos constitucionales, la jurisprudencia, la doctrina, los pronunciamientos técnicos, entre otros, que permiten dar cuenta de una normatividad cara dentro del ordenamiento jurídico del país que a pesar de existir desde tiempo atrás, ha sido utilizada recientemente para favorecer a los grupos económicos más reconocidos en la adquisición de pequeñas y medianas empresas, con el fin de “desaparecer” del mercado, cualquier competencia de cualquier proporción que pueda representar una amenaza para ciertas

empresas, infringiendo el precepto legal de la competencia desleal, sin contar hasta el momento con un pronunciamiento claro al respecto o una investigación seria que encause estas figuras legales a su objetivo principal que es el posicionamiento de empresas en un mercado global competitivo. Por otra parte, para poder profundizar la temática de estudio, se tiene como fuente las Constituciones Política de los países de América Latina, como la norma principal que enmarca los principios generales del Derecho Comercial, así como también, el apoyo normativo que brindan la jurisprudencia y la doctrina.

Conclusiones

A partir del desarrollo temático que se ha desarrollado en el presente artículo, se pueden extraer las siguientes conclusiones:

- En América Latina, durante el último año, se evidencia un crecimiento exponencial del uso de fusiones y adquisiciones de empresas, principalmente a través de inversionistas extranjeros, que se agrupan con empresas locales para ingresar al mercado nacional con empresas sólidas y más competitivas.
- La fusión y adquisición de empresas, se ha convertido en la carta de presentación de muchas sociedades para mostrar una intención de favorecimiento a pequeñas y medianas empresas, con una intención real de suprimir del mercado cualquier intención de competencia que pueda ir en detrimento de las ganancias de las grandes sociedades.
- En virtud de estos fenómenos se evidencia si existe un favorecimiento al uso de estas figuras legales con un fin contrario a la constitución nacional, como lo es el nacimiento, creación, consolidación y fortalecimiento de grandes monopolios, que dificultan el acceso de pequeñas y medianas empresas al mercado, debilitando otros aspectos sociales y económicos del país.
- Es importante en ese sentido que el Estado favorezca la inversión nacional, y que promueva las acciones necesarias, a través del organismo regulador encargado de limitar estas situaciones contrarias a la libre competencia en lealtad, amparada en la constitución nacional.

Referencias

1. Alfaro, Á.-R. J. (24 de 04 de 202). Almacén Derecho. Obtenido de <https://almacenederecho.org/la-naturaleza-juridica-de-la-fusion-de-sociedades-sucesion-patrimonial-y-novacion-contractual>
2. Jurídico, D. (1 de 11 de 2022). Obtenido de <http://diccionariojuridico.mx/definicion/adquisicion/#:~:text=para%20el%20Derecho%20la%20adquisici%C3%B3n,herencia%2C%20la%20permuta%2C%20etc%C3%A9tera.>
3. Marcelo, M. O. (2006). Sobre la extinción del régimen de fusión de sociedades establecidos por la Ley No. 18.046. Revista de Derecho de la Universidad Católica del Valparaíso, 125 - 152.
4. Nicole, R. P. (20 de 02 de 2017). Obtenido de <https://economipedia.com/definiciones/monopolio.html>
5. Portafolio, R. (2021). Fusiones y adquisiciones de empresas en Colombia han crecido 36 %. Revista Portafolio.
6. Robles, W. H. (2002). La Fusión de Sociedades Mercantiles en España.
7. Superintendencia de Sociedades. (29 de Marzo de 2016). Obtenido de https://www.supersociedades.gov.co/nuestra_entidad/normatividad/normatividad_conceptos_juridicos/OFICIO%20220-056752.pdf

© 2022 por los autores. Este artículo es de acceso abierto y distribuido según los términos y condiciones de la licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional (CC BY-NC-SA 4.0) (<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>).