

ECUADOR: PROCESOS CONTEMPORÁNEOS DE REFORMA DEL MERCADO Y MEJORA REGULATORIA

Jennifer Elizabeth Lara Alvear¹, Rubén Méndez Reátegui¹, Lissangee Stefania Mendoza García¹, José Carlos Portilla Ruiz¹, Jostin Gabriel Suarez Jacome¹

¹Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Quito / GIDE

*Autor para correspondencia: gide@puce.edu.ec

Recibido: 2021/08/02

Aprobado: 2021/08/31

DOI: <https://doi.org/10.26621/ra.v1i25.706>

RESUMEN

En la historia ecuatoriana se han promovido importantes procesos de reformas legales con la intención de introducir mejoras regulatorias en el mercado. Para implementarlas en el marco normativo nacional se debe considerar la estructura de incentivos y costos sociales para facilitar un prototipo de "diseño" eficaz que prevea, por ejemplo, trámites y servicios simplificados, es decir, con un bajo costo de oportunidad social. Por ello, este artículo se enfoca en el análisis ius-económico cualitativo (teórico y conceptual) de instituciones jurídicas contemporáneas como el régimen de concentraciones, el concurso preventivo, el pacto entre accionistas, el buen gobierno corporativo y de aquellas barreras legales que pueden entorpecer la necesaria mejora regulatoria.

Palabras clave: Economía de mercado, legislación, régimen jurídico, economía de la empresa

ABSTRACT

In Ecuador's history, critical regulatory reform processes have been developed to introduce regulatory improvements in the market. For implementing these reforms in the national regulatory framework, the structure of incentives and social costs must be considered to facilitate an effective "design" prototype that foresees, for example, simplified procedures and services, i.e., with a low social opportunity cost. Therefore, this article focuses on the qualitative legal-economic analysis (theoretical and conceptual) of new legal institutions such as the merger regime, reorganization proceedings, shareholders' agreements, good corporate governance, and those legal barriers that may hinder the necessary regulatory improvement.

Keywords: Market economy, legislation, legal regime, business economics



INTRODUCCIÓN

A lo largo de la historia ecuatoriana, se han introducido innumerables reglamentos administrativos y normas legales, que han variado según la forma en que se promulgaron, las costumbres, la orientación política del gobierno de turno y las concepciones sociales que la sociedad vivía y experimentaba en ese momento.

Por lo tanto, este artículo alude en grandes rasgos a las políticas que se han mantenido vigentes hasta la fecha, las cuales, desde el análisis jurídico, revelan y reflejan los lineamientos y orientaciones que tuvieron los gobiernos anteriores, dado que, a lo largo de este aporte, se refleja la realidad normativa que rige, dirige y establece las *reglas de juego* del mercado ecuatoriano (Méndez, 2017 y 2019). Por otra parte, primero es necesario determinar qué se entiende por "mercado"; el mercado es el marco ideal en el que se produce la interacción entre la oferta y la demanda de un producto o línea de productos, en el que se relacionan oferentes y demandantes, independientemente del marco legal que rijan un mercado específico (Cachanosky, 2007; Sumar, 2018).

Así, el desarrollo de este artículo se inicia con el estudio del "régimen de control de concentraciones en el Ecuador" y supone la revisión del "derecho a la libertad de asociación y competencia" como derecho reconocido por la Constitución de la República del Ecuador. Posteriormente, se fundamenta si las concentraciones efectivamente violan el derecho a la competencia y los diferentes tipos de concentraciones establecidos en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Asimismo, se analiza desde el punto de vista normativo en cuanto a la eficacia de la aplicación de la norma, la competencia de la Superintendencia de Control de Poder de Mercado para conocer y resolver los temas de control de concentraciones.

Así las cosas, tras el análisis de la normativa existente, así como de las competencias de la Superintendencia de Control del Poder del Mercado, se concluye que las concentraciones económicas son un peligro cuando el agente económico restringe la competencia de otros en el mercado de manera que se perjudica a otros agentes económicos; sin embargo, las concentraciones pueden definirse como positivas, porque contribuyen al crecimiento de la economía del país (Botello y Guerrero, 2019).

Sin embargo, debido a la inevitable crisis empresarial provocada por la pandemia del COVID-19, es necesario analizar aquellas herramientas legales de rescate empresarial que permitan a una empresa permanecer en el mercado o salir de él de manera ordenada mediante un acuerdo con sus interesados. Por ello, en el segundo apartado se destacan aquellos aspectos generales del procedimiento de reorganización ecuatoriano y la posible obligación de fortalecer el procedimiento a través de los parámetros del Análisis Económico del Derecho.

El tercer apartado desarrollado en este artículo se ha denominado "El pacto de accionistas como mecanismo de posicionamiento de las empresas familiares en Ecuador". Esta sección revisa el pacto de accionistas y el buen gobierno corporativo como herramientas/instrumentos eficientes para mejorar la estructura orgánica de la empresa y su posicionamiento en el mercado. El estudio se centra explícitamente en las empresas familiares, definiendo la propiedad de las acciones como un problema porque restringe el acceso a los mercados secundarios.

Por ello, nos centramos en el último apartado de este trabajo denominado "Desafíos para un plan estratégico de Mejora Regulatoria en Ecuador", ya que creemos en la reforma regulatoria como la generación de normas

claras, procedimientos y servicios simplificados, e instituciones eficaces para la creación y aplicación de todos los aspectos mencionados (normas, leyes, políticas, entidades encargadas, entre otros). Como se mencionó en los apartados anteriores, la reforma regulatoria se considera necesaria debido a los constantes problemas institucionales en el Ecuador derivados de la errónea manifestación para dar soluciones a los temas y la elaboración de extensas normas vigentes de escasa o nula aplicación (Olivares y Medina, 2020).

MÉTODOS

En primer lugar, a partir de un enfoque metodológico cualitativo, se puede argumentar que las normas legales y administrativas que regulan el mercado son las que han sufrido un mayor número de cambios y transformaciones. Se explica por qué generalmente las medidas legales y administrativas se han adaptado a la ideología política del gobierno de turno; un posible ejemplo es un cambio ideológico y político que seguramente experimentará Ecuador con el posicionamiento en el "poder ejecutivo" de un personaje que dice romper con la ideología que se ha mantenido en el poder por más de diez años (Cabrillo, 2017; Sumar *et al.* 2018; Méndez, 2019).

En segundo lugar, el artículo propone el análisis conceptual y teórico ius-económico siguiendo los aportes previos de autores como el académico mexicano Andrés Roemer (1994), el profesor argentino Juan Carlos Cassagne (2002) y el investigador peruano Aníbal Sierralta Ríos (2018) para fortalecer futuros estudios de los procesos contemporáneos de reforma de mercado y mejora regulatoria para el Ecuador.

En tercer lugar, debido al objetivo de esta contribución, los enfoques cualitativo y teórico presentan el marco ideal que permite, por un lado, profundizar en la teoría existente respecto al tema en cuestión y, por otro, revisar el marco ecuatoriano relativo a la regulación jurídico-económica, ya que, como afirman Korstjens y Moser (2017), la investigación cualitativa estudia la realidad desde su contexto natural. Además, el uso de la investigación cualitativa a través de las técnicas propuestas responde a la necesidad de indagar en los comportamientos sociales y organizativos que explican los efectos de la interacción de los diferentes agentes económicos, jurídicos y políticos que intervienen en los procedimientos de regulación, de ahí la importancia de utilizar herramientas que permitan una mayor libertad durante el proceso de recogida de información.

Por lo tanto, la metodología propuesta para este artículo ha sido aplicada y replicada para la investigación jurídica con el fin de determinar a) la pertinencia y b) la importancia y c) garantizar su originalidad. La investigación cualitativa (teórica y conceptual) propuesta en este artículo se centra en dos elementos principales:

- a) El análisis jurídico de la reforma del mercado y de la mejora de la reglamentación para Ecuador define los temas de debate.
- b) Búsqueda de información jurídica que pueda ser clasificada como "reconocida", "actual" y "pertinente", principalmente para América Latina y Ecuador. Hemos rechazado propuestas centradas principalmente en la promoción (difusión de ideas) y sin relevancia científica (bajo impacto en el ámbito académico), mostrando principalmente un sesgo ideológico o un enfoque partidista.

RESULTADOS Y DISCUSIÓN

El régimen de control de las fusiones en Ecuador

Concentraciones empresariales

En la actual Constitución de la República del Ecuador, la libertad se atribuye como uno de los derechos personales. En el artículo 66, numeral 13, se establece: "El derecho de asociarse, reunirse y manifestarse libre y voluntariamente" (CRE, 2008). Su principal objetivo es garantizar la libertad de asociación y concurrencia de las personas naturales y jurídicas.

Como ejemplo de este principio, las concentraciones empresariales surgen como operaciones realizadas por agentes económicos dentro del mercado, que pretenden unificar sus activos o absorber el apoyo de otro agente económico y que operan bajo la figura de una sola persona jurídica (Lara y Méndez, 2020). Estas operaciones de control pueden darse de dos maneras: vertical y horizontalmente. Como "actos de concentración económica" en el Ecuador, están regulados por la Superintendencia de Control de Poder de Mercado.

Algunos autores afirman que la concentración de empresas surge cuando un agente económico pierde su independencia al concentrarse mediante la modificación estructural de sus activos (Cevallos, 2005). Así, la práctica de compromisos en el sistema económico puede violar las reglas establecidas a través del derecho de la competencia. Este es el marco institucional que rige la libre competencia de los proveedores o de los propios consumidores.

Existen diferentes tipos de concentración, como total o parcial; temporal o irreversible; horizontal (en el mismo nivel de actividad) o vertical (dentro del mismo sector de actividad económica), en diferentes niveles: producción, distribución, comercialización y otros subsectores (Lizana y Pávic, 2002, pp. 509-510; Cevallos, 2005).

El derecho de la competencia en los últimos años ha tenido un impacto importante en la sociedad, y uno de sus objetivos ha sido incentivar a los agentes económicos a realizar operaciones de concentración para obtener una mayor participación en el mercado (Galvéz y Galvéz, 2020). Estas operaciones de concentración han sido establecidas en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado y son reguladas por la Superintendencia de Control del Poder de Mercado.

Regulación de las concentraciones económicas en Ecuador - Superintendencia de Control de Poder de Mercado (SCPM)

La Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, promulgada en 2011, es el primer régimen de competencia en Ecuador. Tiene aplicación en cinco áreas: 1) conductas consideradas abuso de posición dominante; 2) acuerdos y prácticas restrictivas; 3) competencia desleal; 4) control de concentraciones económicas; 5) ayudas públicas. (Pérez, Marín, Navarrete, 2018).

El organismo regulador del control de las concentraciones en Ecuador es la Superintendencia de Control del Poder de Mercado. Dentro de esta institución está la Intendencia de Investigación y Control de Concentraciones Económicas (ICC), que resolverá las notificaciones de concentración económica presentadas por los agentes económicos.

Luego, el modelo de control de fusiones implicará un análisis desde el punto de vista regulatorio sobre la eficiencia de la aplicación de la

norma y la competencia de la Superintendencia de Control de Poder de Mercado para conocer y resolver los temas de control de fusiones.

Como se indica en Trujillo *et al.* (2017), "la competencia es necesaria y saludable en cualquier mercado y sector del mundo, ya que genera varias ventajas, entre las que podemos mencionar, que permite la autorregulación de los precios en el mercado y fomenta la productividad del sector" Por ello, las concentraciones económicas representan un peligro cuando las actividades que realiza el agente económico restringen la competencia a través de las barreras de entrada y salida, acuerdos colusorios de tal manera que generan daños a otros agentes económicos.

Retos para la reformulación y consolidación del sistema concursal en Ecuador

Las consecuencias de la crisis sanitaria mundial provocada por la pandemia del COVID-19 han sido incalculables. En Ecuador, los agentes económicos se han visto severamente afectados, en particular las empresas que tuvieron que adaptar su modelo de negocio al uso de plataformas y canales logísticos basados en nuevos desarrollos tecnológicos que, en algunos casos, dieron resultados, pero, en otros, no permitieron superar la disminución de la producción y la prestación de servicios.

La permanencia o agravamiento de este trance se debe en parte a la cantidad de obligaciones contractuales, legales y económicas pendientes con los *grupos de interés* u otros agentes con una relación jurídico-económica directa o indirecta con la empresa, entre otros impedimentos que no hacen más que agravar una crisis económica empresarial hasta convertirla en sistémica y estructural.

A partir de estas consideraciones y ante una crisis económica importante, las empresas deben contar con un abanico de opciones para determinar adecuadamente la probabilidad de salir o permanecer en el mercado de manera ordenada. En cualquiera de estos casos, es fundamental que exista un procedimiento eficaz de reestructuración y reconversión de activos, para lo cual debemos considerar una intervención proactiva del Estado para establecer una agencia especializada eficiente que permita el *enforcement* (cumplimiento) de las *reglas de juego* (North, 1990) necesarias para generar un ambiente cordial entre la empresa deudora y sus acreedores. Esta solución institucional se conoce en el ámbito jurídico como *procedimiento de reorganización*, que desde el punto de vista económico permite afrontar los elevados *costes de transacción* y los *costes de agencia* típicos de los vaivenes del proceso de mercado.

El sistema de quiebra preventiva en Ecuador

Una Ley de Quiebra Preventiva (2006) se dirigió explícitamente a las sociedades mercantiles de Ecuador con ciertas limitaciones normativas. Sin embargo, ésta ha sido escasamente aplicada por lo que posteriormente se emitió la Ley Orgánica de Emprendimiento e Innovación (2020). Esta ley prevé un procedimiento de reestructuración para las empresas abiertas al sector de la microempresa. Por último, debido a la pandemia, se publicó la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario (2020) para combatir la crisis sanitaria derivada de la COVID-19 en junio de 2020, la cual prevé un concordato preventivo excepcional con dos subinstituciones legales que proporcionan rapidez y eficacia, con una amplia cobertura de sujetos que pueden acogerse a dicho concordato.

Teniendo en cuenta que sólo algunas empresas pudieron seguir operando durante el encierro y que otras no encontraron la forma de continuar con

sus actividades comerciales, estas últimas generaron obligaciones que no son afrontadas con recursos debido a la gestión "ordinaria". Además, se toma en cuenta que los acreedores pueden asimismo haber contraído deudas. Habían previsto pagar para cumplir con las obligaciones de la empresa, lo que lleva a un conflicto más importante (Fushimi, 2020).

Además, debido a la actual crisis empresarial, es necesario considerar una alternativa legal para el rescate empresarial, como es el concurso preventivo, el cual es un mecanismo que "propone una solución legal para aquellas empresas que atraviesan dificultades económicas y necesitan pagar y responder a sus acreedores" (Mendoza y Méndez, 2020). Esta herramienta también tiene la finalidad de que el acreedor renuncie al derecho de exigir la quiebra de la empresa, y ésta pueda superar sus deudas (Mendoza y Méndez, 2020).

El procedimiento de reorganización y su fuerza institucional

La Ley de Concurso Preventivo ecuatoriana no cumple con el objetivo de permitir la permanencia y salida del mercado de las empresas que lo solicitan de manera ordenada y eficiente. Por lo tanto, la reformulación de este mecanismo legal debe implicar el establecimiento de un marco regulatorio sólido e institucionalmente competitivo.

Además, la nueva Ley Orgánica de Emprendimiento e Innovación y la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario a la Lucha contra la Crisis Sanitaria, derivada de Covid-19 deberían unificar el procedimiento concursal. Una alternativa sería su integración legal para implementar un marco consolidado y fácilmente discernible para que las empresas organizadas a través de "esquemas convencionales" y los emprendedores y las PYMES puedan acceder a su tutela, afrontando menores costes de transacción. También implica la introducción de un paquete de mejoras normativas para eliminar las barreras burocráticas y legales.

Existe una necesidad única de facilitadores que se encarguen de las negociaciones entre la empresa deudora y los interesados para no sobrecargar al Poder Judicial. Para ello, es necesario crear vías alternativas administrativas o privadas, por ejemplo, evitando el reconocimiento de créditos sin sentido que es una mera formalidad, paso que puede simplificarse si este organismo contrata a empresas calificadas para evaluar esta situación de forma rápida y con menores costes, de forma que el organismo especializado tendría más tiempo para supervisar.

La unificación normativa y la implementación de organismos de alto nivel podrán configurar una figura jurídica con fuerza, realizando un análisis económico de costos y beneficios. Es relevante ya que se ha demostrado que las prestaciones integrales obtenidas para la empresa deudora y sus acreedores, con parámetros adecuados, pueden ajustarse a la realidad nacional y, más aún, a las consecuencias financieras provocadas por la pandemia del COVID-19.

El pacto de accionistas como mecanismo de posicionamiento de las empresas familiares en Ecuador

En Ecuador, las personas jurídicas comerciales son tradicionalmente administradas por estructuras familiares que vinculan su existencia a la participación de los descendientes en su administración. Sin embargo, la legislación societaria ecuatoriana contempla cinco tipos de personas jurídicas mercantiles, entre las que se encuentra la sociedad anónima, que, según la Ley de Compañías, se caracteriza por ser un tipo de sociedad cuyo capital está dividido en acciones negociables constituidas por los aportes de los accionistas (LC, 1999, Art. 143).

Además, en este país, las estructuras familiares también gestionan sociedades anónimas, que también concentran la propiedad de sus acciones. El predominio del carácter familiar en las sociedades anónimas ecuatorianas limita sus posibilidades de diversificación de fondos, y este escenario restringe su crecimiento y acceso a los mercados secundarios nacionales e internacionales. Como fuente alternativa de financiamiento, la legislación societaria pone a disposición de las sociedades comerciales el establecimiento de acuerdos de accionistas denominados convenios de accionistas para hacer frente a estas restricciones. Se trata de instrumentos contractuales que pretenden regular las relaciones entre los accionistas o entre éstos y el órgano de administración de las empresas, y el buen gobierno corporativo, que son normas y principios cuyo objetivo es controlar la actividad económica de las empresas a través de la publicación transparente de la información financiera no financiera.

La realidad empresarial ecuatoriana

La estructura familiar presente en las sociedades anónimas cerradas que buscan financiación limita sus posibilidades de diversificación de fondos, ya que no pueden acceder a mercados secundarios como las bolsas de valores, y este escenario restringe su crecimiento. Además, se produce en la medida en que, para cotizar sus títulos en bolsa, deben ofrecerlos a un mercado que será nuevo accionista de la empresa tras adquirir las acciones que circulan en la bolsa. Este escenario implica que la estructura familiar se desprenda de todas las acciones de la empresa, lo que les disuade de tomar esta decisión.

Como se mencionó anteriormente, para que las empresas familiares enfrenten estas restricciones de financiamiento, el derecho societario internacional y ecuatoriano proponen el establecimiento de contratos entre accionistas denominados "pactos parasociales" prescritos a nivel nacional en la Ley de Compañías; y normas y principios de regulación de la actividad económica de las empresas, conocidos como buen gobierno corporativo, contemplados en las Normas Ecuatorianas de Buen Gobierno Corporativo, emitidas en la Resolución SCVS-INC-DNCDN-2020-0013 de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, publicada el 1 de septiembre de 2020.

Desde el punto de vista de la política legislativa, cabría esperar una tendencia al reconocimiento de la validez de este tipo de acuerdos cuando se trata de acuerdos que forman parte del contrato social. En cambio, al no ser así, lo lógico sería esperar que se proscibiera la apropiación de algunos accionistas del papel de administradores. Esto es lo que se observa en la regulación de dos sistemas jurídicos extranjeros con tradiciones jurídicas diferentes, como se explica a continuación. (Lagos, 2019)

Si bien la legislación ecuatoriana ha desarrollado un primer marco legal para los acuerdos de accionistas, no contempla aspectos como sus elementos constitutivos y los efectos de su exigibilidad.

Consideraciones generales sobre el acuerdo de accionistas

La entrada de nuevos accionistas en las empresas familiares es una consecuencia directa de las acciones en las bolsas. Este escenario dificulta la toma de decisiones dentro de las empresas, ya que deben ponerse de acuerdo más accionistas, lo que implica que sus intereses deben converger. Sin embargo, la aplicación de un modelo contractual en el que los accionistas delegan el control de la empresa en un gestor o administrador (modelo de agencia) para simplificar el proceso de toma de decisiones les permitirá gestionar estos casos con eficacia.

Incluso en una aplicación exitosa del modelo de agencia, surgen problemas debido a las asimetrías de información y a los conflictos de intereses entre la dirección de las empresas (gerencia) y la propiedad (accionistas). Los acuerdos de accionistas que regulan las relaciones entre los accionistas y entre éstos y la dirección pueden servir para resolver estos problemas.

Además, se pueden destacar reflexiones esenciales, como la opinión de Bonmatí (2011), quien -en resumen- sostiene que los pactos parasociales, al formar parte de un contrato extraestatutario -o parasocial-, permiten optimizar la regulación de las relaciones entre los socios, ya que a través de este instrumento es posible establecer pautas jurídicas mercantiles que las partes suscriptoras deben cumplir obligatoriamente.

Las anteriores conceptualizaciones del pacto de accionistas nos permiten identificar -en términos generales- realidades normativas funcionales para el establecimiento de una futura complementación de la normativa societaria nacional en la que los pactos de accionistas establezcan reglas eficientes de acceso al mercado de valores dentro de las empresas familiares y éstas logren una financiación con menores costes de agencia y de capital.

Acuerdos parasociales en la legislación ecuatoriana

En el caso de los pactos parasociales para facilitar la entrada de las empresas en el mercado de valores y para allanar el camino para la complementación de la normativa existente sobre pactos parasociales, es necesario incluir elementos para mejorarlos como instrumento para ayudar a las empresas familiares a diversificar sus posibilidades de financiación y, en consecuencia, mejorar su competitividad en el mercado.

A partir de la revisión de la doctrina argentina, colombiana y española sobre acuerdos de accionistas, proponemos integrar tres elementos en la regulación ecuatoriana: la coincidencia objetiva, la suscripción del acuerdo mediante instrumento público y el interés social.

La "coincidencia objetiva", elemento extraído de la jurisdicción argentina, según Adad (2012), establece que las obligaciones del pacto de accionistas no pueden contravenir las que los accionistas hayan suscrito previamente con la sociedad. Por lo tanto, incluir este elemento en la legislación ecuatoriana permitirá controlar a aquellos accionistas que no suscriban a través de los pactos de accionistas obligaciones contrarias a las que tienen con la sociedad. Por lo tanto, el cumplimiento de este instrumento es práctico y no perjudica a las sociedades familiares cerradas.

El elemento extraído de la jurisdicción colombiana es el "interés social". Según Córdoba (2014), este elemento debe entenderse como la convergencia de los intereses de los accionistas, los de la sociedad representada por el órgano de administración y los de terceros interesados, que pueden ser: a) el Estado, a través de las entidades de control o, b) los inversionistas, en el mercado de valores. Por lo tanto, la implementación del interés social como elemento constitutivo de los pactos de accionistas en la normativa ecuatoriana permitirá integrar los intereses de los órganos de control y de gestión de las empresas familiares y asegurar la correcta toma de decisiones para ingresar al mercado de valores.

Finalmente, a partir de la revisión de la jurisdicción española y tal como lo menciona Maldonado (2017), la ejecución del acuerdo de accionistas a través de un instrumento público hace necesaria su anexión a la escritura de la sociedad (estatutos o acta constitutiva), y es necesaria

porque permite ejercer un control sobre su contenido. Así, en el caso ecuatoriano, tanto la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, como los inversionistas (terceros interesados) podrán ejercer control sobre el contenido del acuerdo. Especialmente estos últimos conocerán su contenido y formularán una oferta con base en esa información.

Buen gobierno corporativo

El buen gobierno corporativo es un instrumento empresarial que tiene su origen en las empresas que cotizan en bolsa, cuya mala gestión ha provocado en ocasiones su quiebra y ha perjudicado por ende a sus accionistas e inversores en el pasado. La quiebra de empresas que cotizan en bolsa, como Enron, Worldcom en Estados Unidos y Polly Peck en Inglaterra, llevó a la creación de normas y principios para controlar la actividad económica de las empresas y proporcionar información financiera y no financiera relevante para el mercado de valores.

Asimismo, el buen gobierno corporativo se ha convertido en un elemento esencial a la hora de atraer inversores y maximizar el valor económico de las empresas cotizadas. Su objetivo es aumentar la transparencia en la información relacionada con su actividad económica, que sirve como elemento decisivo a la hora de realizar una operación bursátil. (Vásquez-Palma y Vidal-Olivares, 2016).

El Código *Cadbury*, uno de los primeros códigos de buen gobierno corporativo a nivel mundial, implantó una norma que promulgaba el cumplimiento facultativo de sus leyes y principios y la obligación de explicar los casos en que su cumplimiento fuera parcial o nulo. Esta norma permitía una aplicación flexible del buen gobierno corporativo, pudiendo adaptarse a las circunstancias de cada una de las sociedades anónimas que cotizaban sus valores.

Las principales aportaciones de la teoría de la agencia a la hora de pensar y reformar el gobierno corporativo son las ideas de riesgo, incertidumbre de los resultados, incentivos y sistemas de información. El estudio de las conjeturas que aplica la teoría de la agencia a los temas de gobierno corporativo sigue creciendo, porque con frecuencia trata de explicar hechos reales que ocurren en el mundo. (Garzón, 2021)

También sirve para que el mercado de valores controle el cumplimiento de las medidas adecuadas de gobierno corporativo, ya que, en función del nivel de cumplimiento, es decir, de la cantidad de información disponible sobre la empresa emisora, el mercado de valores invertiría en una u otra empresa. Esta regla se conocería posteriormente como la "regla de cumplir o explicar".

El buen gobierno corporativo en la regulación empresarial ecuatoriana

A nivel nacional, el buen gobierno corporativo ha sido incluido en la Resolución No. SCVS-INC-DNCDN-2020-0013 del 1 de septiembre de 2020, que contiene las Normas Ecuatorianas de Buen Gobierno Corporativo, emitidas por la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, organismo regulador de las empresas en el Ecuador. Este instrumento recopila las normas y principios de buen gobierno que aplican las sociedades anónimas familiares cerradas cuyo objetivo es abrirse al mercado de valores como mecanismo alternativo de financiamiento para mejorar su posición en el mercado.

Al igual que el Código *Cadbury*, este instrumento reconoce la aplicación voluntaria como uno de sus principios, pretende regular las relaciones dentro del órgano de control (accionistas) y entre éste y el órgano de gestión de las empresas. Por lo tanto, permite la formulación de medidas destinadas a resolver los problemas de agencia dentro de su estructura para garantizar la gestión eficiente de los inversores en su línea de negocio.

Posteriormente, aquellas sociedades anónimas cerradas de propiedad familiar que adopten las Normas Ecuatorianas de Buen Gobierno Corporativo podrán acceder al mercado de valores con un mecanismo que les permita enfrentar futuros problemas de agencia. Además, estas empresas ingresarán al mercado con un incentivo para recibir inversiones, ya que el cumplimiento de las normas, estructuras y procedimientos establecidos por este instrumento aseguran que los inversionistas obtengan una ganancia y que los administradores no hagan mal uso de los fondos que reciben a cambio de los inversionistas (Kaen, s.f.) (citado por Tsagas, 2020).

Las adecuadas medidas de gobierno corporativo que adopten deben permitirles posicionarse en el mercado facilitándoles hacer frente a una mayor competencia y reforzar sus estrategias de competitividad mejorando su marco institucional. Y es que "los inversores institucionales buscan empresas con buenas prácticas de gobierno ya que necesitan garantías para que su inversión esté protegida" (Duh, 2017). Por ello, se debe incentivar a las empresas a adoptar las normas de buen gobierno corporativo emitidas por la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros.

Asimismo, la complementación de la normativa que regula los pactos de accionistas es necesaria para que este instrumento facilite a los socios de una empresa la celebración de contratos privados para acordar la gestión y el control de esta y así reducir los problemas (costes) de la agencia dentro de una empresa familiar y asegurar la permanencia de la estructura familiar en el órgano de control de la empresa. Por lo tanto, la armonización de los dos instrumentos societarios en la normativa societaria ecuatoriana y la práctica de gestión de las empresas les permitirá fortalecer su estructura interna y las relaciones entre sus órganos de dirección y control. Además, esto les permitirá tener un acceso alternativo al mercado de valores como mecanismo de financiación para mejorar su competitividad en el mercado.

Desafíos para un plan estratégico de mejora regulatoria en Ecuador

En América Latina y Ecuador, los organismos estatales o burocráticos han estado constantemente sometidos al servicio de los intereses privados. Como consecuencia de esta problemática, los gobiernos de turno no han podido dar una respuesta clara y efectiva al mal funcionamiento de estos organismos y del servicio que prestan (Lepage, 1980) ya que se pretende solucionar estos problemas mediante la elaboración de nuevas normativas, las cuales se pueden encontrar vigentes, pero no en cumplimiento. (Polga-Hecimovich, y Trelles, 2016).

Este problema de "naturaleza normativa" ha generado una sobreproducción de normas en el Ecuador; por lo tanto, también genera antinomias, anomalías y otros tipos de conflictos normativos (Gherzi, 1991). Estas normas se formulan sin la debida técnica legislativa (por ejemplo, no se considera la "amalgama" legal, por lo que surgen antinomias). Además, este problema afecta a la población en todos los niveles de gobierno del país, ya que no existe una adecuada garantía

de seguridad jurídica debido a la alta probabilidad de cambio del marco legal, especialmente en materia económica (Gherzi, 1991; Lauroba Lacasa, 2003).

En consecuencia, la mejora regulatoria es una herramienta de revisión normativa de carácter económico que promueve el desarrollo del mercado. Por ello, la OCDE fomenta fuertemente esta política pública para ayudar a los países emergentes en diversos aspectos del desarrollo. Además, la OCDE genera continuamente nuevas herramientas para los países miembros y no miembros que deseen adoptar este tipo de políticas públicas que mejoran el escenario económico y social.

Recién en 2013 se estableció el "Plan Nacional del Buen Vivir del año 2013-2017", que incluye en cierta medida la reforma regulatoria, dentro del Objetivo 1.4, que gira en torno a mejorar el poder de regulación y control del Estado, donde se determinan varios pasos para lograr el cumplimiento efectivo de este objetivo (SENPLADES, 2013).

Dentro del Eje 2 y 3, se indica que se debe mejorar la regulación a nivel de todos los gobiernos para atraer la inversión extranjera directa para otorgar mejores condiciones, así como facilitar el acceso al mercado estatal y a la vez reducir los trámites burocráticos como los costos administrativos e incentivar a la población para el desarrollo de actividades económicas. (SENPLADES, 2017).

Siguiendo el Plan Nacional, revisado en 2018 y denominado "Plan Toda una Vida", se emitió la "Ley para la Optimización y Eficiencia de los Procedimientos Administrativos". Esta ley busca eliminar y reducir el sistema de trámites de los organismos del Estado para promover la simplificación administrativa, entendida como una política pública que busca desburocratizar las instituciones del Estado reduciendo las cargas que se les imponen en el ejercicio de sus funciones (López y Ariño, 2003). Sin embargo, no existen procedimientos o mecanismos claros a seguir para el cumplimiento efectivo de la ley en todas las organizaciones públicas de todos los niveles de gobierno.

En cambio, la mejora regulatoria también pretende identificar y eliminar las barreras burocráticas, definidas como el conjunto de exigencias, requisitos, limitaciones o prohibiciones establecidas por las entidades de la administración pública materializadas en reglamentos u ordenanzas (Pacharres, 2014). Además, se puede entender como el resultado de normas rígidas o irreales por parte de las administraciones estatales (Cordero, 2019). Estas barreras dificultan y restringen el acceso al mercado dentro de un escenario económico al afectar directamente a los agentes económicos, divididos en tres grupos: familias, empresas y gobiernos. (Guimara y Romero, 2017).

El Estado ecuatoriano debe establecer una política regulatoria más solvente que permita monitorear la evolución normativa de sus sujetos obligados para eliminar normas contradictorias que frenen el acceso o desempeño de actividades por parte de los agentes económicos. Sin necesidad de generar un gasto público excesivo dentro de esta política, ya que, como se ha demostrado en otras legislaciones, como la mexicana, no es necesario contar con muchos agentes estatales encargados de supervisar las políticas regulatorias, sino con un pequeño grupo encargado de coordinar acciones específicas para el fin establecido.

CONCLUSIONES

Ecuador ha pasado por una historia política muy controvertida, que ha repercutido en los modelos económicos adoptados, por lo que es un reto seguir las tendencias cambiantes que surgen.

De la revisión de lo anterior, es posible concluir que, al analizar la normativa ecuatoriana en materia de derecho de la competencia y su determinación conceptual y operativa, es necesario adoptar políticas que contribuyan al crecimiento económico del Estado sin que ello implique contar con un sector público obeso. En cuanto a las concentraciones económicas, se requiere asegurar que la competencia no sea restringida por agentes económicos específicos, como se ve en el análisis realizado, que especifica los términos de referencia para lograr el objetivo deseado.

Posteriormente, los procesos de reorganización requieren una nueva regulación, que debe buscar asignar los recursos a mejores usos, ya que se deben facilitar los canales de acceso a vías expeditas de permanencia y salida del mercado. También sería recomendable enfocarse en publicitar un mecanismo confiable y transparente para promover el dinamismo propio del mercado. Luego, para la correcta implementación de estos mecanismos, se debe realizar un estudio comparativo de las legislaciones que contienen estructuras concursales con resultados positivos y, en otros casos, ciertas falencias que pueden ser consideradas para un correcto Análisis Económico de la Ley de Concurso Preventivo en Ecuador.

El gobierno y los actores privados son ahora conscientes de la necesidad de identificar mecanismos que permitan posicionar a las empresas familiares en Ecuador, y este apoyo podría darse a través de los acuerdos entre accionistas. Es posible consolidar la estructura orgánica de una empresa a partir de su verificación doctrinaria, así como visibilizar una herramienta para que este tipo de asociaciones, que constituyen gran parte del mercado ecuatoriano, emerjan en su posicionamiento en el mercado y tengan la posibilidad de incursionar en mercados secundarios a través de mejoras en la implementación de normas de buen gobierno corporativo.

Finalmente, con base en los puntos discutidos a lo largo de este estudio, es evidente que el escenario jurídico ecuatoriano requiere de una adecuada aproximación de las instituciones que, si bien han sido brevemente incorporadas al ordenamiento jurídico, no han sido desarrolladas de tal manera que la configuración normativa y el espíritu del derecho aplicable a la materia sean herramientas para quienes incursionan en el mercado.

Agradecimientos

Contribución de los autores: Todos los autores enumerados en este trabajo proporcionaron contribuciones académicas al desarrollo de este manuscrito. El profesor Rubén Méndez Reátegui ofició como coordinador y director general del producto.

Fuente de financiamiento: PUCE-Quito.

Conflicto de intereses: Los autores declaran no tener ningún conflicto de intereses.

REFERENCIAS

Adad, C. (2012). *El Protocolo Familiar como Acuerdo Parasocial. Su trascendencia en las empresas familiares*. (Tesis de Maestría). Universidad Austral, Buenos Aires, Argentina.

- Asamblea Constituyente del Ecuador. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial 449.
- Asamblea Nacional de Ecuador (2020). Ley de Apoyo Humanitario para Combatir la Crisis Sanitaria Derivada del Covid-19. [Ley]. (16 de junio de 2020). Registro Oficial Suplemento 225 del 16 de junio de 2020.
- Asamblea Nacional del Ecuador (1993). Ley de Modernización del Estado. [Ley 50]. R. O. 349 del 31 de diciembre de 1993.
- Asamblea Nacional del Ecuador (1999). Ley de Compañías. R. O. 312 del 5 de noviembre de 1999.
- Asamblea Nacional del Ecuador (2006). Ley de Concursos Preventivos. R. O. 422 del 21 de diciembre de 2006.
- Asamblea Nacional del Ecuador (2011). Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. R. O. 555 del 13 de octubre de 2011.
- Asamblea Nacional del Ecuador (2018). Ley para la Optimización y Eficiencia de los Procedimientos Administrativos. R. O. 353 del 23 de octubre de 2018.
- Asamblea Nacional del Ecuador (2020). Ley Orgánica de Emprendimiento e Innovación. R. O. 151 del 28 de febrero de 2020.
- Bonmatí, J. (2011). Acuerdos entre accionistas. *Constable*, (40), pp. 16-21.
- Botello, H. y Guerrero, I. (2019). Competencia, concentración de mercado e innovación en Ecuador. *Ecos de Economía*, 23 (48).
- Cabrillo, F. (2017). Las decisiones judiciales de la administración de justicia: intereses y preferencias. En R. Méndez Reátegui, (ed.), *Reflexiones Jurídicas Vol II*, (pp. 23-63). Quito, Ecuador: Centro de Publicaciones PUCE.
- Cachanosky, J. (2007). *La economía, el derecho y el "Análisis Económico del Derecho"*. http://institutoamagi.org/download/CachanoskyJuanCarlos-Econom%C3%ADayDerecho_An%C3%A1lisisEcon%C3%B3micodelDerecho.pdf
- Cassagne, J. C. (2002). Evolución de los principios aplicables a los servicios públicos y problemas actuales tras los procesos de privatización. *Revista de Administración Pública*, 157, pp. 467-594.
- Cevallos, V. (2005). *Analizando el impacto de la regulación: Hacia una visión pragmática*. Lima, Perú: Regulación Racional.
- Cordero Cuesta, A. B. (2019). *La validez del Manual de Buenas Prácticas Comerciales para el Sector de los Supermercados y/o Similares y sus Proveedores de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado*. Quito, Ecuador: USFQ.
- Córdoba, P. (2014). *Derecho de sociedades y gobierno corporativo: Interés social, órganos, accionistas y administradores*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Duh, M. (2017). Los códigos de gobierno corporativo y su papel en la mejora de las prácticas de gobierno corporativo. *Okechukwu Lawrence Emeagwali, IntechOpen*. DOI: 10.5772/intechopen.69707
- Fushimi, J. F. (8 de mayo de 2020). Posibles salidas de la crisis económica post-Covid-19. *Comercio y Justicia*. <https://comercio-yjusticia.info/opinion/posibles-salidas-de-la-crisis-economica-post-covid-19/>
- Galvéz, I. y Galvéz, R. (2020). Nuevos retos del Derecho de la Competencia ante el auge del Comercio Electrónico. *Revista de la Facultad de Jurisprudencia*, 2 (8), pp. 73-94.
- Garzón, M. (2021). El concepto de gobierno corporativo. *Revista Científica "Visión de Futuro"*, 25 (2), pp. 178-194.
- Gherzi, E. (1991). El coste de la legalidad: Una aproximación a la falta de legitimidad del Derecho. *THÉMIS-Revista de Derecho*, (19), pp. 5-14.
- Guimaray Morales, Á. S. y Romero Serrano, Y. L. (2017). *Manual de prevención y eliminación de barreras burocráticas*, Vol. 1. Lima, Perú: INDECOPI Ediciones. <https://repositorio.indecopi.gob.pe/handle/11724/5703>

- Korstjens, I. y Moser, A. (2017). Serie: Guía práctica para la investigación cualitativa. Parte 2: Contexto, preguntas de investigación y diseños, *European Journal of General Practice*, 23 (1), pp. 274-279. <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/13814788.2017.1375090>
- Lagos Villarreal, O. (2019). La cuestión de la licitud o ilicitud de los pactos de accionistas relativos al voto de directores de sociedades anónimas. *Revista Chilena De Derecho*, 46 (1), pp. 7-28. <https://doi.org/10.4067/S0718-34372019000100007>
- Lara Alvear, J., y Méndez, Reátegui, R. (2020). *Derecho y Economía: Régimen jurídico del control de las fusiones empresariales en el Ecuador*. Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones - CEP.
- Lauroba Lacasa, M. E. (2003). El principio de seguridad jurídica y la discontinuidad del derecho. *Louisiana Law Review*, 63 (4).
- Lepage, H. (1980), Cómo encauzar el crecimiento del Estado. *Conferencia Española Francesa sobre la Nueva Economía*.
- Lizana, C. y Pavic, L. (2002). El control preventivo de las fusiones y adquisiciones frente a la legislación antimonopolio. *Revista Chilena de Derecho*, 29 (3), pp. 507-555. <https://dialnet-unirioja-es.puce.idm.oclc.org/servlet/articulo?codigo=2650236>
- López, C. G. y Ariño, O. G. (2003). *La competencia en sectores regulados: Regulación empresarial y mercados de empresas*. Granada, España: Comares Editores.
- Maldonado, P. (2017). Los acuerdos parasociales: Naturaleza y eficacia jurídica. En Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio (eds.), *Cuadernos de Derecho y Comercio. Extraordinario*, (pp. 257-295).
- Méndez Reátegui, R. (2017). *Ensayos sobre instituciones, coordinación y teoría jurídica*. Quito, Ecuador: Centro de Publicaciones de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador.
- Méndez Reátegui, R. (2019). *Ensayos sobre instituciones, coordinación y teoría jurídica*, 2da edición. Quito, Ecuador: Centro de Publicaciones de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador.
- Mendoza García, L. S. y Méndez Reátegui, R. (2020). Algunos aspectos teórico-conceptuales de la regulación del procedimiento concursal preventivo de las sociedades mercantiles en el Ecuador. En R. Barcia, M. Safar, G. Lascano y R. Méndez, *Reflexiones jurídicas VI (segunda parte)*, (pp. 357-399). Quito, Ecuador: Centro de Publicaciones de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador.
- North, D. (1990). *Institutions, Institutional Change, and Economic Performance*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Olivares, A. y Medina, P. (2020). La persistente debilidad institucional de Ecuador: protestas, elecciones y divisiones políticas durante el 2019. *Revista de Ciencia Política*, 40 (2).
- Pérez, D., Marín L. y Navarrete, M. (2018) El régimen de fusiones en Ecuador. En A. Brown, D. Robalino y O. Santos (eds.), *Estudios de Derecho de Competencia Ecuatoriano*, (pp. 71 - 85). Quito: FRediciones.
- Polga-Hecimovich, J. y Trelles, A. (2016). Las consecuencias organizativas de la política: Una agenda de investigación para el estudio de la política burocrática en América Latina. *Latin American Politics and Society*, 58 (4), pp. 56-79. doi:10.1111/laps.12002.
- Roemer, A. (1994). *Introducción al Análisis Económico del Derecho*. México D.F., México: Fondo de Cultura Económica - ITAM.
- Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo. (SENPLADES) (2013). *Buen vivir: Plan nacional 2013-2017: todo el mundo mejor*. SENPLADES. <https://www.planificacion.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2013/12/Buen-Vivir-ingles-web-final-completo.pdf>
- Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo. (SENPLADES) (2017). *Buen vivir: Plan nacional 2017-2021: toda una vida*. SENPLADES. https://www.planificacion.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2017/10/PNBV-26-OCT-FINAL_OK.compressed1.pdf
- Sierralta Ríos, A. (2018). *Negociaciones y Teoría de los Juegos*. Lima, Perú: CIAC Ediciones.
- Sumar Albuja, O. (2018). *Más allá del análisis económico de la regulación. Mejora regulatoria y enfoques multidisciplinares*. Quito, Ecuador: Centro de Publicaciones de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador.
- Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros. (01 de septiembre de 2020). Normas Ecuatorianas de Buen Gobierno Corporativo. Resolución No. SCVS-INC-DNCDN-2020-0013. R. O. 1076 de 25 de septiembre de 2020.
- Trujillo, D., Puente, C. y Andrade, K. (2017). Concentración Económica en el Mercado Cervecerero Ecuatoriano. *Revista Ciencia Unemi*, 10 (25), pp. 67-78.
- Tsagas, G. (2020). A Proposal for Reform of EU Member States' Corporate Governance Codes in Support of Sustainability. *Sustainability*, 12 (10), pp. 1-25. <http://dx.doi.org/10.3390/su12104328>
- Vásquez-Palma, M. y Vidal-Olivares, A. (2016). Aplicación de los principios de gobierno corporativo a las empresas no cotizadas en Chile. Una aproximación desde el derecho corporativo europeo y comparado. *Vniversitas*, 65 (133), pp. 383-444.