



MONOPOLIO Y OLIGOPOLIO COMO INOBSERVANCIA AL DERECHO DE COMPETENCIA EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA ECUATORIANA



El Diccionario de la Real Academia de Lengua Española define a la competencia como “la disputa o contienda entre dos o más sujetos sobre alguna cosa¹”. Y, la “oposición o rivalidad entre dos o más que aspiran a obtener la misma cosa.”



1 LA COMPETENCIA Y DERECHO DE LIBERTAD DE EMPRESA

Joaquín Garrigues² por su parte, sostiene que la libre competencia debe entenderse como la situación de un mercado en la que dos o más agentes económicos ofrecen bienes o servicios similares intentando atraer a los consumidores; y, la libre competencia, a su vez, consiste en la situación específica en la que se halla un mercado, en el cual los agentes económicos tienen plena libertad de acceso sin barreras ni restricción alguna”.

El artículo 336 de la Constitución de la República, al respecto señala que “El Estado asegurará la transparencia y eficiencia en los mercados y fomentará la competencia en igualdad de condiciones y oportunidades, lo que se definirá mediante ley”.

La competencia se entiende actualmente entonces, sobre la base del derecho a la libre empresa, parte del derecho a la libertad en nuestra Constitución, que en su artículo 66, establece:

Art. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas:

- (...) 15. El derecho a desarrollar actividades económicas, en forma individual o colectiva, conforme a los principios de solidaridad, responsabilidad social y ambiental.
- 16. El derecho a la libertad de contratación.
- 17. El derecho a la libertad de trabajo. Nadie será obligado a realizar un trabajo gratuito o forzoso, salvo los casos que determine la ley (...).

¹ Diccionario de la Real Academia de Lengua Española. Versión digital recuperado el 12 de abril de 2022 en: <https://dle.rae.es/competencia?m=form>.

² Garrigues, J. (1987). Curso de Derecho Mercantil. Tomo I. Bogotá: Temis.



2 EL MONOPOLIO Y EL OLIGOPOLIO COMO INOBSERVANCIA AL DERECHO DE COMPETENCIA

Al entrar en vigencia la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública³, se creó el Sistema Nacional de Compras Públicas cuyos objetivos son transparentar, agilizar y optimizar los procedimientos de contratación pública; promover la participación de artesanos, profesionales, micro, pequeñas y medianas empresas con ofertas competitivas, en el marco de esta Ley; incentivar y garantizar la participación de proveedores confiables y competitivos en el SNCP, entre otros.

Y, en la línea de las garantías del Sistema Nacional de Compras Públicas, el artículo 4 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública prescribe el principio de concurrencia que consiste en posibilitar el mayor número de ofertas y, en consecuencia, alienta la competencia. Al respecto, García de Enterría y Fernández señalan que *“La libertad de concurrencia (...) persigue una doble finalidad: proteger los intereses económicos de la administración suscitando en cada caso la máxima competencia posible y garantizar la igualdad de acceso”*⁴.

Es evidente que este principio salvaguarda el cumplimiento de algunos objetivos que persigue la contratación pública: calidad, ahorro y oportunidad, que, sin una abierta participación de la mayor cantidad posible de concursantes, serían muy difíciles de alcanzar.⁵

En este contexto dos desviaciones importantes del mercado⁶, inobservando el principio de concurrencia y el derecho a la libre competencia son el **monopolio** y el **oligopolio**.



El **monopolio** se da cuando existe un “vendedor único que enfrenta toda la curva de demanda de la industria porque él es la industria. El monopolista vende un producto único y está protegido porque hay barreras para el ingreso de competidores”⁷; mientras que el **oligopolio** “es un tipo de mercado (...) dominado por un muy reducido número de vendedores”⁸.



Diferencias entre mercado de monopolio y de oligopolio	
Mercado de Monopolio	Mercado de Oligopolio
Grado de concentración: una empresa	Grado de concentración: pocas empresas
Influencia de las empresas sobre el precio: total	Influencia de las empresas sobre el precio: mucha
Grado de Homogeneización: no es importante	Grado de Homogeneización: poca o ninguna diferenciación
Competencia: no hay	Competencia: muy fuerte
Grado de Transparencia: no hay	Grado de Transparencia: no hay
Libertad de entrada y salida: existen barreras de entrada y salida	Libertad de entrada y salida: existen barreras de entrada y salida



Fuente: Recuperado <https://www.unprofesor.com/ciencias-sociales/monopolio-y-oligopolio-diferencias-2753.html>

³ Suplemento del Registro Oficial No. 395, 4 de agosto 2008.

⁴ Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández. 2008. *Curso de derecho administrativo*, tomo I. Bogotá: Temis / Palestra.

⁵ Recuperado: *La contratación Pública como Sistema*. Dr. Jorge Luis González Tamayo.

⁶ Mercado: “toda institución social en la que los bienes y servicios, así como los factores productivos, se intercambian libremente”. (Alonso & Mochón. 2001. *Principios de economía*, Madrid: Mc Graw Hill.

⁷ *Ibidem* al anterior.

⁸ ABC Definición, 2014

Al respecto del monopolio y oligopolio, los artículos 304 y 335 de la Constitución de la República señalan en su orden:

Art. 304.- La política comercial tendrá los siguientes objetivos:

(...) 5. Impulsar el desarrollo de las economías de escala y del comercio justo.

6. Evitar las prácticas monopólicas y oligopólicas, particularmente en el sector privado, y otras que afecten el funcionamiento de los mercados.

Art. 335.- (...) El Estado definirá una política de precios orientada a proteger la producción nacional, establecerá los mecanismos de sanción **para evitar cualquier práctica de monopolio y oligopolio privados**, o de abuso de posición de dominio en el mercado y otras prácticas de competencia desleal.” (El énfasis es nuestro)

Aquí nótese que la Carta Magna se refiere a evitar monopolios y oligopolios en el sector privado, excluyendo al sector público, quizá porque ésta creó justamente un aparato para que el Estado a través de las empresas públicas, sea un empresario que en muchos casos reservará para sí ciertos sectores, lo cual no está exento de discusiones y controversias doctrinarias; en ese sentido, VILLAR PALASÍ José Luis indica que “la actuación directa de la Administración en la producción, supone (...) la creación de un nuevo módulo discriminador y encuadrador de lo administrativo”⁹.

Desde la otra orilla, RUSSO, Cintia señala que la participación empresarial del Estado “obedece a la necesidad estratégica de racionalizar la explotación de ciertos recursos considerados como no renovables, limitar el dominio de mercado de ciertos agentes que actúan de manera monopólica u oligopólica y garantizar las finanzas del Estado, ya que junto a la actividad material, el empresariado administrativo supone un traspase del clásico Estado financiado exclusivamente a través del impuesto hacia el Estado empresario”¹⁰.

La Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado castiga las prácticas de abuso de poder de mercado y, en su artículo 9 señala que constituye infracción a dicha ley el abuso de poder de mercado, entendiéndose a este último cuando “uno o varios operadores económicos, sobre la base de su poder de mercado, por cualquier medio, impidan, restrinjan, falseen o distorsionen la competencia, o afecten negativamente a la eficiencia económica o al bienestar general”; y, en el tema que nos ocupa -monopolio y oligopolio-, se considera abuso de poder de mercado a:

“1.- Las conductas de uno o varios operadores económicos que les permitan afectar, efectiva o potencialmente, la participación de otros competidores y la capacidad de entrada o expansión de estos últimos en un mercado relevante, a través de cualquier medio ajeno a su propia competitividad o eficiencia.

(...) 3.- Las conductas de uno o varios operadores económicos con poder de mercado, en condiciones en que, debido a la concentración de los medios de producción o comercialización, dichas conductas afecten o puedan afectar, limitar o impedir la participación de sus competidores o perjudicar a los productores directos, los consumidores y/o usuarios (...)”.

El artículo 8 de la ley ibidem señala que para establecer si un operador económico tiene poder de mercado, debe considerarse entre otros, uno o varios de los siguientes criterios:

a. Su participación en ese mercado, de forma directa o a través de personas naturales o jurídicas vinculadas, y su posibilidad de fijar precios unilateralmente o de restringir, en forma sustancial, el abastecimiento en el mercado relevante, sin que los demás agentes económicos puedan, en la actualidad o en el futuro, contrarrestar ese poder.

b. La existencia de barreras a la entrada y salida, de tipo legal, contractual, económico o estratégico; y, los elementos que, previsiblemente, puedan alterar tanto esas barreras como la oferta de otros competidores.

c. La existencia de competidores, clientes o proveedores y su respectiva capacidad de ejercer poder de mercado.

d. Las posibilidades de acceso del operador económico y sus competidores a las fuentes de insumos, información, redes de distribución, crédito o tecnología.

e. Su comportamiento reciente.

f. La disputabilidad del mercado.

g. Las características de la oferta y la demanda de los bienes o servicios; y,

h. El grado en que el bien o el servicio de que se trate sea sustituible, por otro de origen nacional o extranjero, considerando las posibilidades tecnológicas y el grado en que los consumidores cuenten con sustitutos y el tiempo requerido para efectuar tal sustitución”.

La ley ibidem recalca en su artículo 7 que la “obtención o el reforzamiento del poder de mercado no atentan contra la competencia, la eficiencia económica o el bienestar general”, pero cuando restringe, falsea o distorsiona la competencia, “atenta contra la eficiencia económica o el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios, constituirá una conducta sujeta a control, regulación y, de ser el caso, a las sanciones establecidas en esta Ley”; en ese sentido, por ejemplo el ser proveedor único por patente única no sería abuso de mercado, sí atentaría a la libre competencia el comprar las empresas a todo sus competidores para hacerse con el mercado, quedándose como único proveedor y con el monopolio de ese rubro.



⁹ Recuperado en <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/servicio-publico/servicio-publico.htm> (fecha de consulta: 20 de junio de 2014).

¹⁰ “El Estado Empresario y sus motivaciones”, Segundo Congreso Latinoamericano de Historia Económica, Cuarto Congreso Internacional de la Asociación Mexicana de Historia Económica (CLADHE-II/ AMHEIV), recuperado de http://www.economia.unam.mx/cladhe/registro/ponencias/209_abstract.doc (fecha de consulta: 21 de junio de 2014), citado por la Dra. Inés María Baldeón Barriga en su libro “La Libertad empresa y el Derecho de la competencia en el marco de la Contratación Pública del Ecuador”.

3 EL CONTROL DEL ABUSO DE PODER DE MERCADO EN EL ECUADOR



El derecho de competencia parte de la necesidad de una regulación de los mercados, en los cuales debe existir un equilibrio que beneficie a ofertantes, demandantes, y especialmente a los consumidores; y, en Ecuador, de conformidad con el artículo 36 de la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado es la Superintendencia de Poder de Control de Mercado el organismo que interviene sobre estos mercados, haciendo uso de todo su aparatado coercitivo e impositivo. Las facultades y atribuciones de la Superintendencia son asegurar la transparencia y la eficiencia de los mercados y fomentar la sana y libre competencia; y, especialmente corregir y sancionar las prácticas anticompetitivas; la investigación, conocimiento, corrección y sanción de las conductas de abuso de posición de dominio; entre otras.

Para entender el control de la Superintendencia, citamos las partes pertinentes del Expediente SCPM-CRPI-017-2022, de 09 de agosto de 2022, de la Comisión de Resolución de primera instancia, en adelante CRPI:

"(...) 3.1 Operador económico adquirente y empresas relacionadas.

3.1.1 DISTRIBUIDORA FARMACÉUTICA DIFARE S.A. (en adelante "DIFARE")

(8) La empresa DIFARE es el operador económico adquirente y notificante de la operación de concentración económica. (...) La actividad económica (...) se enfoca en: "(. . .) la representación, distribución y comercialización de productos farmacéuticos, así como la comercialización de productos de consumo masivo" (...).

(9) es: "(. . .) propietaria y franquiciante de farmacias que operan bajo las marcas Pharmacy's, Cruz Azul y Farmacias Comunitarias, en las cuales comercializa productos de consumo masivo y especialidades farmacéuticas."

3.2. Operador económico adquirido

3.2.1. LETERAGO DEL ECUADOR S.A. (en adelante "LETERAGO")

El operador económico adquirido como objeto de la transacción es la empresa LETERAGO (...).

(21) **LETERAGO** tiene por objeto social la "Importación, exportación, compra, venta, promoción, almacenamiento, distribución, comercialización, acondicionamiento, producción, elaboración, fabricación de toda clase de productos farmacéuticos," actuando inclusive como proveedor de bienes al Estado (...).

4. DESARROLLO DE LOS ANTECEDENTES DEL EXPEDIENTE

Mediante escrito y anexos (...), el operador económico DIFARE presentó la notificación obligatoria de operación de concentración económica, consistente en la adquisición del ciento por ciento de las acciones de **LETERAGO**."

Al respecto del pedido, se resolvió lo siguiente:

(...) (30) La consecución de la transacción acarrearía graves consecuencias sobre la estructura de la competencia, aumentando el grado de concentración en el mercado de distribución de productos farmacéuticos y otorgando una posición de dominio al operador concentrado, este resultado es más grave si se considera que el notificante se encuentra integrado verticalmente, con una importante participación en el último eslabón de la cadena de valor, además, la operación no demuestra eficiencias significativas que justifiquen su adopción.

(31) Como consecuencia se generan condiciones e incentivos para la aplicación de conductas anticompetitivas por parte del concentrado, que afectarían la concurrencia de otros actores al mercado relevante y menoscabarían el bienestar general, estos riesgos, se ha comprobado, no pueden ser mitigados mediante la adopción de condiciones a la operación de contratación, por lo cual se deberá resolver rechazando la operación notificada.

En mérito de lo expuesto, la Comisión de Resolución de Primera Instancia (...)

RESUELVE:

PRIMERO: DENEGAR la operación de concentración económica notificada por parte del operador económico (...)."

