

REPÚBLICA DE PANAMÁ
AUTORIDAD DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR Y DEFENSA DE LA
COMPETENCIA
DIRECCIÓN NACIONAL DE LIBRE COMPETENCIA

CONSULTA SOBRE VIABILIDAD No. CV-003-2020

Resolución No. A- 014 de 31 de marzo de 2021

(Panamá 31 de marzo de 2021)

EL SUSCRITO, ADMINISTRADOR GENERAL DE LA AUTORIDAD DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR Y DEFENSA DE LA COMPETENCIA EMITE CONCEPTO DENTRO DE LA CONSULTA DE VIABILIDAD PRESENTADA POR LA ASOCIACIÓN NACIONAL DE PROCESADORES DE LECHE.

I. ANTECEDENTES

La ASOCIACIÓN NACIONAL DE PROCESADORES DE LECHE (en adelante ANAPROLE), mediante escrito promovido ante la Autoridad de Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia (en adelante ACODECO), el día 22 de septiembre de 2020, a través del cual presentó formal consulta sobre viabilidad de si el acto que pretende realizar constituye o no una práctica prohibida por la Ley 45 de 31 de octubre de 2007 (en adelante Ley 45 de 2007).

De acuerdo al escrito aportado por ANAPROLE se expone que *“las empresas procesadoras de lácteos tienen canastas plásticas que les pertenecen y tienen un costo, estas canastas se utilizan para colocar sus productos para llevarlos y repartirlos en los supermercados y abarroterías y que estas canastas, lamentablemente, muy a menudo no son devueltas a las empresas las cuales son sus legítimos propietarios”*.

ANAPROLE basa su consulta sobre la viabilidad de los siguientes puntos:

- Si cada empresa individualmente, de conformidad con sus costos respectivos, puede libremente negociar con sus clientes el cobro del costo respectivo de las canastas, hacer cargos y penalidades en caso de no recibirla de retorno.
- Si cada empresa podría tomar las acciones que considere pertinente, entre ellas ejercer su derecho individual de facturar las canastas previa comunicación a sus clientes, mediante su forma y práctica comercial normal, por ejemplo, con la actualización de sus contratos.
- El establecimiento de los precios sería dictado individualmente de forma privada por cada empresa con sus clientes.

Luego de la revisión y análisis correspondiente de la información aportada con la solicitud de consulta de viabilidad, ACODECO en uso de sus facultades legales contempladas en el artículo 20 de la Ley

45 de 2007, y el Decreto Ejecutivo No. 8-A de 22 de enero de 2009, mediante el oficio AG-002-2020-JQQ/DNLC de 5 de octubre de 2020, se solicitó información y/o documentación adicional con la finalidad de poder emitir concepto de la consulta.

En respuesta al requerimiento de la Autoridad, el Lic. Jorge Costarangos, Secretaría Técnica de ANAPROLE, envió información el día 19 de octubre de 2020, por la vía de correo electrónico. Posteriormente, ACODECO mediante el oficio AG-004-2020/JQQ/DNLC de 13 de noviembre de 2020 comunica al solicitante que la información suministrada era insuficiente e incompleta para realizar el análisis de fondo y dar respuesta a la consulta de viabilidad presentada, y se reitera el requerimiento.

El 16 de noviembre de 2020, por la vía de correo electrónico, el solicitante envía respuestas a lo requerido por la entidad. Sin embargo, al hacer el análisis correspondiente de la nueva información presentada, ésta siguió siendo insuficiente e incompleta para que ACODECO pudiera emitir concepto en torno a la licitud o no del acto objeto de la consulta.

En vista que ACODECO tuvo conocimiento de la toma de posesión de una nueva junta directiva de ANAPROLE, se emitió el oficio No. 005-2020-JQQ/DNLC de 18 de diciembre de 2020, mediante el cual se informa a la nueva dirección de ANAPROLE sobre la solicitud de consulta de viabilidad presentada ante esta Autoridad el 22 de septiembre de 2020 y se procedió a reiterar el requerimiento del oficio AG-002-2020/JQQ/DNLC de 5 de octubre de 2020 y concede el término de diez (10) días hábiles para dar respuesta a la solicitud y así poder continuar con el procedimiento de consulta de viabilidad.

Que mediante correo electrónico recibido el día 21 de enero de 2021, la Licenciada Lorena Henríquez, en su calidad de presidenta de ANAPROLE, presentó nota de respuesta a las preguntas realizadas por la ACODECO mediante Oficio 002-2020-JQQ/DNLC de 5 de octubre de 2020, a fin de completar toda la documentación e información solicitada.

Mediante la Resolución No. A-007-2021 del 23 de febrero de 2021, la ACODECO declaró la conformidad con la información aportada por ANAPROLE.

Luego de analizada toda la información allegada al expediente, este despacho se considera ilustrado para proceder a emitir concepto sobre la consulta de viabilidad.

II. SOBRE LA FIGURA DE CONSULTA DE VIABILIDAD

La consulta de viabilidad es una figura contemplada en la Ley 45 de 2007, que le permite a un agente económico, si lo considera pertinente, conocer la valoración anticipada de la ACODECO de cualquier acto, contrato o práctica que desee realizar, en términos de si lo consultado es o no violatorio de la Ley 45 de 2007.

Concretamente, el artículo 20 de la Ley 45 de 2007, establece lo siguiente:

“Artículo 20. El agente económico que desee establecer si un determinado acto, contrato o práctica que intente realizar constituye o no una práctica monopolística absoluta o relativa prohibida por esta Ley, podrá formular consulta escrita, sobre la licitud de dicho acto, a la Autoridad.

Cuando se hubiera hecho uso de este derecho dos veces en un año sobre la misma materia, será potestativo de la Autoridad acceder a nuevas solicitudes.

La Autoridad deberá resolver la solicitud dentro de los treinta días siguientes a su presentación. Vencido el plazo sin que hubiera resolución expresa, se entenderá que el acto es lícito. Sin embargo, si el concepto favorable se hubiera emitido con base en información falsa o incompleta proporcionada por el agente económico interesado, tal concepto se tendrá como no expedido.”

Adicionalmente, el artículo 9 del Decreto Ejecutivo No.8-A del 22 de enero del 2009, que reglamenta el artículo 20 de la Ley 45 de 2007, establece lo relacionado a los plazos que tiene la ACODECO para pedir información adicional si la requiere y desde qué fecha se empiezan a contabilizar los treinta días para pronunciarse, al señalar:

“ARTÍCULO 9.- Consulta sobre viabilidad. Para los efectos del artículo 20 de la Ley, se entenderá que la fecha de presentación de la consulta sobre viabilidad a partir de la cual corre el término que la Ley le otorga a la Autoridad para decidir es aquella en la cual el Administrador emita resolución señalando que ha sido provista a satisfacción, por parte del agente económico involucrado, la información y los documentos necesarios que permitan a ésta comprobar si la conducta objeto de la consulta constituye o no una práctica monopolística violatoria de la Ley.

En el evento de que la Autoridad requiera información adicional con el objeto de resolver, procederá a requerírseles al agente económico interesado, dentro de los quince (15) días siguientes a la fecha de presentación de la consulta, por medio de oficio en el cual le indicará al solicitante cuáles datos o documentos adicionales necesitará para responder la consulta sobre viabilidad.

Cuando la Autoridad requiera información adicional en la forma descrita en el inciso anterior, el plazo previsto en el artículo 20 de la Ley empezará a correr a partir de la fecha en que el agente económico interesado en la consulta, aporte los datos y documentos adicionales requeridos. Este plazo podrá ser suspendido de común acuerdo y por escrito por la Autoridad y el agente económico solicitante, cuando la Autoridad estime que se requiere tiempo adicional con el fin de reunir documentos, informaciones o estudios adicionales para resolver la consulta.”

III. INFORMACIÓN ANALIZADA EN LA PRESENTE CONSULTA

ANAPROLE, mediante los correos electrónicos con fechas 19 de octubre de 2020, 16 de noviembre de 2020 y 21 de enero de 2021 presentó documentos en respuesta a lo solicitado, que a continuación se detallan:

1. Archivo Pdf con nota enviada por Lorena Henríquez en respuesta por parte de ANAPROLE a las preguntas 1 y 2 del oficio 005-20-JQQ/DNLC del 18 de diciembre de 2020.
2. Archivo Pdf con nota enviada por Erick Cruz Sepúlveda, gerente general de Industrias Lácteas, S.A., brindando respuesta a las preguntas N° 3, 4, 5, 6 y 7 del oficio AG-002-2020/JQQ/DNLC de 5 de octubre de 2020.
3. Archivo en Excel “Pérdida de Canastas 2016 a 2020”, con el historial de los movimientos de canastas, enviado por el gerente de logística de Nevada/Dos Pinos.
4. Correo adjunto con nombre “Tipos de Canastas” por parte de María Paula Goyeneche, con detalle de tipos de canastas utilizadas por la empresa Bonlac.
5. Correo adjunto con nombre “Respuestas de Bonlac/Seguimiento tema canastas”, con respuestas por parte de María Paula Goyeneche a las preguntas N° 3, 4, 5, 6 y 7 del oficio AG-002-2020/JQQ/DNLC de 5 de octubre de 2020.

IV. ANÁLISIS SOBRE LA CONSULTA DE VIABILIDAD

La consulta sobre viabilidad sometida a consideración de la ACODECO por ANAPROLE, consiste en lo siguiente:

- Si cada empresa individualmente, de conformidad con sus costos respectivos, puede libremente negociar con sus clientes el cobro del costo respectivo de las canastas, hacer cargos y penalidades en caso de no recibirla de retorno.
- Si cada empresa podría tomar las acciones que considere pertinente, entre ellas ejercer su derecho individual de facturar las canastas previa comunicación a sus clientes, mediante su forma y práctica comercial normal, por ejemplo, con la actualización de sus contratos.

ANAPROLE afirma en la consulta que el establecimiento de los precios sería dictado individualmente de forma privada por cada empresa con sus clientes.

La facultad de la ACODECO respecto de la viabilidad de la consulta presentada por ANAPROLE, es pronunciarse sobre si lo pretendido reúne los requisitos para configurar una práctica monopolística absoluta o relativa, en cuyo caso la ACODECO demandaría ante tribunales especializados de comercio.

Al ser las procesadoras de lácteos agentes económicos competidores entre sí en la producción y comercialización de productos lácteos y las canastas un costo asociado a la distribución de los productos lácteos procesados, corresponde analizar si lo consultado configura una coordinación entre agentes económicos competidores entre sí, con el objeto o efecto de fijar el precio de las canastas y

la penalidad en caso de no recibirlas de retorno, definida en el artículo 13, numeral 1, de la Ley 45 de 2007.

"Artículo 13. Prácticas monopolísticas absolutas. Son prácticas monopolísticas absolutas cualquier acto, combinación, arreglo, convenio o contrato, entre agentes económicos competidores o potencialmente competidores, entre sí, o a través de asociaciones cuyos objetos o efectos sean cualesquiera de los siguientes:

1. Fijar, manipular, concertar, acordar o imponer el precio de venta o compra de bienes o servicios, o intercambiar información con el mismo objeto o efecto. (...)"

En la revisión de la información y documentación presentada por los agentes económicos Industrias Lácteas S. A. (Estrella Azul), Productos Nevadas S de RL (Dos Pinos), Sociedad de Alimentos de Primera S. A. (Bonlac), se indica que en relación al uso y devolución de las canastas plásticas por parte de sus distribuidores, se ha desarrollado un sin número de proyectos, bajo el principio de "Control" de canastas los cuales no han sido efectivos, toda vez que la solución lógica para alcanzar el éxito, radica en que cada parte asuma la responsabilidad de custodia en cada punto de enlace, y la única forma de asumir el compromiso es el establecimiento de un valor por la afectación.

Dentro de los procesos llevados a cabo para la recuperación de las canastas plásticas, se destaca lo siguiente:

“Es importante destacar que, en el desarrollo de estos planes, se logra comprobar las canastas colocadas en los puntos de ventas, al momento del retiro no son ubicadas. Condición por la cual nos ha motivado al desarrollo de investigaciones particulares, a fin de comprender el destino de las mismas.

- *Las canastas son utilizadas para entregar nuestros productos a las Cadenas de Supermercados a diario.*
- *Estas canastas reposan en los cuartos fríos y depósitos de cada tienda de las Cadenas.*
- *Las mismas son dejadas a diario y retiramos una vez estén vacías o con mermas generadas por la tienda.*
- *No existe un compromiso firmado por las Cadenas sobre las canastas que se dejan con mercancía, ni un compromiso por las que se extravían.*
- *En algunas ocasiones las canastas son utilizadas por algunas tiendas para hacer exhibiciones y generalmente no las quieren devolver.”*

En cuanto a las especificaciones de las canastas sobre calidad y tamaño dependerá del portafolio y dimensiones de empaques que maneje en cada negocio. Cada procesador ha identificado de forma visible el nombre impreso de la sociedad o empresa a la que pertenece la canasta, y un color distintivo a fin de reconocerlas en el mercado. El tamaño del tipo “canasta lechera” o cuadrada, normalmente coincide entre compañías, ya que es un standard de la industria lechera, canastas para productos refrigerados, congelados.

En cuanto a la cantidad de canastas plásticas que requirió cada procesador en su operación, y la cantidad de canastas no devueltas, se obtuvo la siguiente información.

Resumen	Sociedad de Alimentos de Primera S. A. (Bonlac) Periodo: 2019	Productos Nevadas S de RL (Dos Pinos) Periodo: 2018-2019	Industrias Lácteas S. A. (Estrella Azul) Periodo: 2019
Total de canastas requeridas (Unidades)	244,420	523,463	203,794
Total de canastas no recuperadas (unidades)	78,233	58,478	99,837
Porcentaje (%) de canastas perdidas	32,0	11,2	49,0

Fuente: Elaboración propia a partir de información aportada por ANAPROLE

Se observa, según información suministrada por los agentes económicos señalados en el cuadro anterior, altos porcentajes de pérdidas de canastas sobre todo en Industrias Lácteas S.A. (Estrella Azul) y Sociedad de Alimentos de Primera (Bonlac).

Las canastas plásticas son un activo para la venta y distribución de los productos ofertados por cada procesadora, que conlleva una inversión dentro del proceso de comercialización y la no recuperación de las mismas, representan pérdidas en dicho proceso, por lo cual, es potestad de cada procesadora de leche, decidir o negociar de manera individual con sus clientes el precio por canasta o el monto de la penalidad por canasta en caso de no recibirla de retorno.

De acuerdo al numeral 1 del artículo 13 de la Ley 45 de 2007, lo pretendido, no implica una coordinación entre procesadores de lácteos competidores con el objeto o efecto de fijar, manipular, concertar, acordar o imponer el precio de venta por canasta o penalidad por no retorno de las canastas plásticas a supermercados y abarroterías.

Lo pretendido tampoco implica una coordinación entre procesadores de lácteos competidores con el objeto o efecto de intercambiar información sobre la forma de fijar, manipular, concertar, acordar o imponer el precio de venta por canasta o penalidad por no retorno de las canastas plásticas a supermercados y abarroterías.

Respecto a la consulta de si cada empresa podría tomar las acciones que considere pertinente, entre ellas ejercer su derecho individual de facturar las canastas previa comunicación a sus clientes, mediante su forma y práctica comercial normal, por ejemplo, con la actualización de sus contratos, ello no implica una coordinación entre procesadores de lácteos competidores con el objeto o efecto de intercambiar información sobre la forma de fijar, manipular, concertar, acordar o imponer el precio de venta por canasta o penalidad por no retorno de las canastas plásticas a supermercados y abarroterías.

Del análisis de la consulta e información aportada, este despacho concluye que lo pretendido en las consultas realizadas no reúne los requisitos para que se configure una práctica monopolística absoluta.

Este despacho aprovecha la oportunidad para informar a la ANAPROLE que en su seno no debe recomendar a sus agremiados realizar acuerdos entre ellos que puedan constituir una violación al artículo 13 de la Ley 45 de 2007.

Conforme a lo anterior, el Administrador General, en uso de sus facultades legales,

RESUELVE:

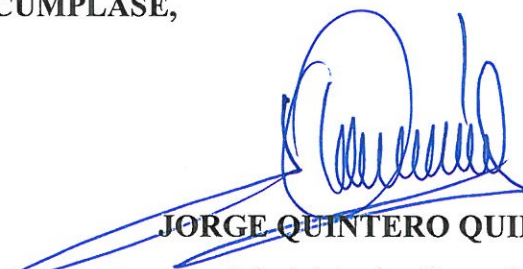
PRIMERO: CONCEDER concepto favorable a la consulta presentada por **ANAPROLE**, en el sentido que cada empresa procesadora de lácteos de manera **individual** pueda de conformidad con sus costos, negociar con sus clientes el cobro del costo respectivo de las canastas plásticas, hacer cargos y penalidades en caso de no recibirlas de retorno; como tomar las acciones que considere pertinente, entre ellas ejercer su derecho individual de facturar las canastas previa comunicación a sus clientes, mediante su forma y práctica comercial normal, por ejemplo, con la actualización de sus contratos.

SEGUNDO: La presente resolución será puesta en conocimiento de los interesados mediante notificación personal.

TERCERO: La presente resolución es susceptible del recurso de reconsideración dentro de los cinco (5) días hábiles contados a partir de su notificación.

FUNDAMENTO DE DERECHO: Ley 45 de 31 de octubre de 2007. Decreto Ejecutivo No. 8-A de 22 de enero de 2009. Ley 38 de 31 de julio de 2000.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,


JORGE QUINTERO QUIRÓS
Administrador General




OSVALDO ESPINO P.
Secretario General