

La suscrita Paola Beckford Navarro, mayor, casada una vez, Criminóloga, portadora de la cédula de identidad número 1-1212-0668 en mi condición de Secretaria de la Comisión para Promover la Competencia, según consta en el acta de la Sesión Ordinaria número 05-2021 celebrada a las catorce horas con veinticinco minutos, del cuatro de febrero de los dos mil veintiuno, procedo a comunicar la **OPINIÓN N° 022-2021**, contenida en el **Artículo 4, Acuerdo 4 del acta de la Sesión Ordinaria N.º 035-2021**, de las nueve horas, del día diez de setiembre del dos mil veintiuno.

“(…)

OPINIÓN N° 022-2021

COMISIÓN PARA PROMOVER LA COMPETENCIA AL SER LAS DIEZ HORAS DEL DIEZ DE SETIEMBRE DEL DOS MIL VEINTIUNO.

I. ANTECEDENTES

Mediante oficio N°STAP-1155-2021, del 23 de junio del 2021, la Secretaría Técnica de la Autoridad Presupuestaria (STAP) solicita criterio a la Comisión para Promover la Competencia (COPROCOM) sobre si, de conformidad con la normativa vigente y algunos argumentos señalados por el Consejo Nacional de Producción (CNP), las actividades asociadas a los programas presupuestarios de la Fábrica Nacional de Licores (FANAL) y el Programa de Abastecimiento Institucional (PAI) del CNP, se encuentran *“incluidas en un régimen de competencia abierta”*.

Es así que el oficio señala, en lo conducente:

“(…) con el fin de aclarar la aplicación al Consejo Nacional de Producción (CNP), principalmente a las actividades asociadas a los programas presupuestarios de la Fábrica Nacional de Licores (FANAL) y Programa de Abastecimiento Institucional (PAI), de lo establecido en el artículo 6° del Título IV denominado “Responsabilidad Fiscal de la República” de la Ley No. 9635 “Fortalecimiento de

las Finanzas Públicas” y sus reformas, donde una de sus excepciones establece lo siguiente:

*“Quedan exentas del ámbito de cobertura del presente título, las siguientes instituciones: b) **Toda empresa pública que participe de forma directa en cualquier actividad abierta al régimen de competencia, pero solo en lo relativo a dicha actividad.** Esta norma dejará de aplicar cuando la empresa solicite un rescate financiero al Poder Ejecutivo o cuando su coeficiente deuda sobre activos sea superior al cincuenta por ciento (50%) (...)”* (El resaltado no corresponde al original).

Dicho criterio tiene su fundamento jurídico según lo estipulado en el artículo 19 del Decreto Ejecutivo N° 41641 -H *“Reglamento al título IV de la ley No. 9635, denominado Responsabilidad Fiscal de la República”,* el cual señala: *“(...) En casos de duda, la STAP podrá solicitar el criterio de la "Comisión para Promover la Competencia" del Ministerio de Economía, Industria y Comercio (MEIC) (...)”.*

Por lo anterior, y considerando que no es del ámbito de la COPROCOM, el referirse a aspectos propios de índole fiscal, este Órgano procede a emitir criterio únicamente en lo que legalmente le compete con respecto a la aclaración de si las actividades propias de determinada empresa o institución se encuentran en régimen de competencia.

Para esto, se tomará la definición contenida en dicho reglamento sobre actividades abiertas al régimen de competencia:

*“(...) Por actividades abiertas al régimen de competencia, se entiende aquellas actividades económicas que se encuentran en una situación en la que varias empresas con el mismo giro de negocio, públicas y/o privadas, concurren a un mercado para ofrecer sus productos o servicios, rivalizando entre ellas para obtener la preferencia de los consumidores. (...)”.*¹

Aunado a esto, es importante para el presente análisis considerar lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley N° 7472, Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, así modificado mediante artículo 137 de la Ley N° 9736, Ley de

¹ Decreto Ejecutivo N° 41641 -H *“Reglamento al título IV de la ley No. 9635, denominado Responsabilidad Fiscal de la República”.* Publicado en La Gaceta N° 76 del 25 de abril del 2019. Recuperado de: http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=88641.

Fortalecimiento de las Autoridades de Competencia, en relación con el ámbito de aplicación de nuestra normativa:

“ARTÍCULO 137- Modificaciones, adiciones y derogatorias de la Ley N.° 7472, Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor

a) Se reforman los artículos 9, 10, 11, 14, 21, 27 bis, 64, 67 y 72 de la Ley N.° 7472, Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor de 20 de diciembre de 1994 y sus reglamentos. Los textos son los siguientes:

Artículo 9- Campo de aplicación

*La normativa de este capítulo se aplica a todos los agentes económicos cuyos actos generen efectos en Costa Rica, independientemente de que se originen fuera del territorio nacional. **Estarán exceptuados de su aplicación únicamente los actos expresamente autorizados en leyes especiales.***

La Comisión para Promover la Competencia (COPROCOM) en sus estudios de mercado y opiniones podrá evaluar dichos casos de excepción y formular las recomendaciones que estime pertinentes para promover mayor competencia en esos sectores.”

II. SOBRE LAS ACTIVIDADES CONSULTADAS

A. FÁBRICA NACIONAL DE LICORES (FANAL)

La Fábrica Nacional de Licores (FANAL) ostenta el monopolio estatal sobre la producción de alcohol y destilación de licores en Costa Rica. A través de las disposiciones contenidas en el Código Fiscal, se emite la normativa que rige a la fecha sobre la producción y destilación de alcoholes y algunos de sus productos derivados, la cual es importante tomar en consideración para efectos de emitir el presente criterio.

El artículo 443 del Código Fiscal establece lo siguiente:

*“Artículo 443- **Son artículos estancados, el aguardiente, el alcohol y toda bebida alcohólica preparada en el país, cualquiera que sea el procedimiento usado para obtenerla y el nombre con que se le designe.** De lo anterior se exceptúan la cerveza, los vinos elaborados mediante fermentación natural de frutas cuyo contenido alcohólico no exceda de un doce por ciento (12%), y las preparaciones alcohólicas*

mezcladas con sustancias alimenticias como huevo, leche, azúcar y maicena, siempre que estos productos estén sometidos a una reglamentación especial. (...) El Ministerio de Economía, Industria y Comercio regulará la elaboración de alcohol y será el organismo responsable de emitir las políticas de desarrollo de esta actividad, de conformidad con el siguiente esquema sectorial:

a) La producción y el uso de alcohol etílico para fines licoreros e industriales y la elaboración de rones crudos para el consumo nacional y para la exportación, corresponderán a la Fábrica Nacional de Licores, la cual regulará esta actividad de acuerdo con la legislación vigente.

(...)

El Ministerio de Economía, Industria y Comercio fijará el precio de este alcohol.

c) El alcohol metílico, propílico, butílico, amílico y otros, excepto el etílico, y los polialcoholes, alcoholes de función compleja y similares, podrán ser producidos y exportados por entidades privadas, siempre y cuando no sean producidos por la Fábrica Nacional de Licores.

(...)

d) Como excepción a lo dispuesto en el párrafo primero del inciso a) de este artículo, los ingenios azucareros y la Liga Agrícola Industrial de la Caña de Azúcar podrán producir y exportar todo tipo de alcoholes.

Cuando sean para consumo interno deberán ser vendidos exclusivamente a la Fábrica Nacional de Licores. El Ministerio de Economía, Industria y Comercio y la Liga Agrícola Industrial de la Caña de Azúcar deberán controlar la calidad de los alcoholes para exportación.² (El resaltado no corresponde al original).

Ahora bien, el artículo 444 de este Código dispone:

“(...) El monopolio de estos artículos se explotará por el Gobierno, con arreglo a las disposiciones de este título, pero el Ejecutivo podrá arrendar a particulares la explotación del monopolio, o simplemente la elaboración de licores.”

² Así reformado por el artículo 1º de la Ley N° 7197 de 24 de agosto de 1990. (NOTA: Derogados los incisos c) y d), en lo que a licencias de exportación de alcoholes se refiere, por el inciso b) del segundo grupo de incisos del artículo 70 de la Ley N° 7472 de 20 de diciembre de 1994).

Así, de lo anterior es posible determinar que, si bien la FANAL tiene el monopolio sobre la **producción y destilación** de alcohol, la normativa no impide a las empresas privadas su participación en la elaboración de productos a partir del alcohol que le suministre la Fábrica, siempre y cuando se les brinde una concesión. Es decir, no es posible la elaboración de productos por parte de los particulares, si no es con base en una concesión estatal, siendo que la producción de licores se mantiene como un monopolio determinado por ley, que forma parte del orden público económico costarricense, en razón de que su origen es constitucional (artículo 46) y legal.

Consecuentemente, la fabricación y elaboración son procesos distintos para la ley. En el primer caso, la FANAL crea un producto a partir de la materia prima (lo fabrica); en el segundo, el particular compra el licor a granel, fabricado por ésta y lo modifica mediante su procedimiento o fórmula, y obtiene su producto, que es el que comercializará. Dicho esto, la única entidad autorizada para la fabricación de cualquier **tipo de alcohol etílico para fines licoreros e industriales** es FANAL.

La normativa no permite por ende, dar nuevas concesiones para la fabricación de licor, ya que es competencia exclusiva de la Fábrica, pero está jurídicamente autorizada para otorgar concesiones en la elaboración de licores, como se ha hecho hasta ahora.³

B. PROGRAMA DE ABASTECIMIENTO INSTITUCIONAL (PAI)

El Programa de Abastecimiento Institucional (PAI) del Consejo Nacional de Producción (CNP), opera desde 1977, con el fin de atender las necesidades de provisiones alimenticias que requieren las instituciones del Estado; las cuales por ley **están obligadas** a adquirir esos suministros por contratación directa a través del CNP, según lo establece el artículo 9 de la Ley Orgánica del Consejo, Ley N° 2035:⁴

*"Artículo 9.- Los entes públicos **están obligados** a proveerse del Consejo Nacional de Producción (CNP) todo tipo de suministros genéricos propios del tráfico de esta Institución, a los precios establecidos. Para tal efecto, dichos entes quedan facultados para que contraten esos suministros directamente con el CNP, el cual*

³ Comisión para Promover la Competencia, (2020). Opinión N° 07-2020 *Criterio en relación al Proyecto de Ley 21.863 Apertura del Monopolio de la Fábrica Nacional de Licores*, de las diecisiete horas con cincuenta minutos del cinco de mayo del dos mil veinte. En este sentido se puede ver además el Dictamen No. C-030-99 emitido por la Procuraduría General de la República.

⁴ Así reformado por el artículo 1° aparte a) de la Ley N° 8700 del 17 de diciembre de 2008.

no podrá delegar ni ceder, en forma alguna, esta función.” (El resaltado no corresponde al original).

Según lo expresado por el CNP a este Órgano en oficio GG-OFIC-643-2021, del 11 de agosto del presente año, para la consecución de los fines del Consejo Nacional de Producción contenidos en su ley, esta institución tiene una serie de facultades y la posibilidad legal de ejecutar programas y actividades tendientes a la realización de los propósitos encomendados. En este sentido, el artículo 3 de la Ley Orgánica del CNP, Ley N° 2035 y sus reformas,⁵ establece:

“Artículo 3: El Consejo tendrá como finalidad la transformación integral de las actividades productivas del sector agropecuario en procura de su modernización y verticalización para darle la eficiencia y competitividad que requiere el desarrollo económico de Costa Rica; asimismo, facilitar la inserción de tales actividades en el mercado internacional, con énfasis en los pequeños y medianos productores, para buscar una distribución equitativa de los beneficios que se generen, entre otros mediante esquemas de capacitación y transferencia tecnológica.

Además, tendrá como finalidad, mantener un equilibrio justo en las relaciones entre productores agropecuarios y consumidores, para lo cual podrá intervenir en el mercado interno de oferta y demanda, para garantizar la seguridad alimentaria del país. Podrá fomentar la producción, la industrialización y el mercadeo de los productos agrícolas y pecuarios, directamente o por medio de empresas de productores agropecuarios organizados, avaladas o respaldadas por el Consejo (...).”

Por su parte, el Reglamento del Programa de Abastecimiento Institucional del Consejo Nacional de Producción.⁶

“Artículo 1º- El presente Reglamento se emite con el propósito de regular las compras y el abastecimiento de productos que realiza el Consejo Nacional de la

⁵Ley N° 2035 del 17 de julio de 1956 y sus reformas. Recuperado de: http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_norma.aspx?param1=NRM&nValor1=1&nValor2=3607&nValor3=0&strTipM=FN

⁶ Acuerdo N° 39648 3044 del Consejo Nacional de Producción. Publicado en La Gaceta N° 215 del 25 de agosto del 2020. Recuperado de: http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=92251&nValor3=122079&strTipM=TC

*Producción, a través del Programa de Abastecimiento Institucional, con fundamento en el artículo 9 de la Ley Orgánica de la entidad, **que la obliga** a suplir a todos los Entes Públicos de todo tipo de suministros genéricos propios de su tráfico, a los precios establecidos.”*

Artículo 2º-El PAI ejecutará el abastecimiento y la distribución de todo tipo de suministros genéricos que sean requeridos por las entidades del sector público y que correspondan a los que están catalogados dentro de su tráfico ordinario, entendiéndose estos como los devenidos de la producción e industrialización de productos agropecuarios, pesqueros y acuícolas dando prioridad a aquellos provenientes de los micro, pequeños y medianos productores agropecuarios y agroindustriales, pesqueros y acuícolas de Costa Rica.

Tratándose de productos pesqueros y acuícolas, el CNP deberá de dar prioridad a los productos nacionales capturados o producidos por dichos sectores y salvo desabastecimiento de estos o disponibilidad de oferta podrá recurrir a la comercialización de productos importados.

Artículo 3º-Todos los entes públicos están obligados a proveerse a través del PAI de tales suministros. El abastecimiento podrá realizarse mediante contratación directa dada la condición de actividad ordinaria y los precios establecidos de venta del producto a los entes públicos serán los que determine el mecanismo de fijación de precios establecido en el Capítulo IV del presente reglamento.” (El resaltado no corresponde al original).

En relación con lo anterior, el CNP en oficio antes citado, menciona lo siguiente:

*“Con respecto a la condición de participar en una “actividad abierta al régimen de competencia”, si bien es correcto, que al amparo del alcance legal dispuesto por el artículo 9 ya citado, **el PAI funciona en un espacio de mercado cautivo**, ello no implica que este aislado de todas la variables y eventos que ocurren en el mercado global de los productos que comercializa, o sea, en definitiva, está en una condición de competencia por precio y servicio.” (El resaltado no corresponde al original).*

Es así que, el CNP a través del PAI, funge como un intermediario en la provisión de determinados bienes, función que el legislador le otorga con la finalidad, de que los entes

públicos obtengan los bienes y productos agrícolas y pecuarios dentro de las “mejores condiciones” y para “satisfacción del interés general” y el “cumplimiento de sus fines”.

Sobre el particular, destaca lo señalado por la Procuraduría General de la República (PGR), en respuesta a una acción de inconstitucionalidad sobre la aplicación del citado artículo 9 de la Ley Orgánica del CNP:

“(...) Es claro que los particulares no se encuentran en una situación de igualdad con respecto al Consejo Nacional de Producción, debido a que a éste se le asignan fines públicos a cumplir, otorgándosele como un instrumento para ello, la posibilidad de que realice intermediación de ciertos productos entre los agricultores y las instituciones del Estado. Consecuentemente, según ya se ha explicado, el contenido del numeral deviene en razonable y proporcionado, obedeciendo a criterios y oportunidad y conveniencia de exclusivo resorte del legislador, y que por lo tanto no violentan lo dispuesto en el artículo 33 de la Carta Magna.⁷ (...)”

III. CONSIDERACIONES

La COPROCOM no cuenta con la facultad legal para referirse a la procedencia de aplicar o no una norma fiscal y, por ende, el presente criterio no contempla aspectos de esta índole. No obstante, si se considera pertinente realizar las siguientes consideraciones sobre la situación de competencia de las actividades consultadas.

Sobre las actividades de la FANAL, como se señaló anteriormente, dicha empresa ostenta por ley el monopolio de la producción de licores y elaboración de alcoholes para fines licoreros, sin embargo, diversos pronunciamientos de la PGR permiten tener mayor claridad sobre el alcance de dicho monopolio.

La PGR en el dictamen C-076-96,⁸ en relación con los términos de lo aquí examinado, dispuso:

⁷ O.J.-044-2001 del 26 de abril del 2001, en referencia a la acción de inconstitucionalidad presentada por Comercializadora Los Ángeles contra el artículo 9 de la Ley Orgánica del CNP, tramitado bajo el expediente N° 99-1997. Recuperado de: http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/pronunciamiento/pro_ficha.aspx?param1=PRD¶m6=1&nDictamen=10407&strTipM=T

⁸ Dictamen C-076-96 del 15 de mayo de 1996, aclarado por el dictamen C-030-1999 del 2 de febrero de 1999.

"¿Cuáles actividades están comprendidas dentro del monopolio licorero?"

(...)De las normas transcritas se desprende claramente que la producción de licores, con las salvedades que la propia ley establece, ha sido reservada en exclusividad a favor de la Fábrica Nacional de Licores, la que ejerce sobre tal actividad una dirección unitaria y exclusiva. Las actividades comprendidas dentro del monopolio licorero lo son la producción y el uso de alcohol etílico para fines licoreros e industriales y la elaboración de rones crudos para el consumo nacional y la exportación. (...)"

Lo anterior fue aclarado por el dictamen C-030-1999, el cual concluye:

*"(...) 2.- El monopolio estatal conferido a la Fábrica Nacional de Licores, órgano desconcentrado del Consejo Nacional de Producción, incluye la **fabricación** de alcohol o rones crudos necesarios, tanto para que la Fábrica Nacional de Licores elabore sus propios productos finales, como para que los expendan a particulares interesados en la elaboración de sus propios licores como producto final.*

3.- Este monopolio incluye e incorpora, necesariamente, para no hacerlo nugatorio, la fase de comercialización, la cual se manifiesta mediante los contratos que se han venido suscribiendo con las empresas autorizadas para la elaboración de licores a base del alcohol o de los rones crudos adquiridos a la Fábrica Nacional de Licores.

4.- El monopolio es extensible además a la elaboración de licores y su comercialización, ya que es esa una actividad que los particulares están en posición de realizar de forma lícita, únicamente previa "concesión" otorgada por el Consejo Nacional de Producción. (...)" (El resaltado corresponde al original).

Es así que, las actividades de FANAL que por ley no están en régimen de competencia, tienen que ver explícitamente con la fabricación de alcohol o rones crudos, así como la elaboración de licores a base de dichos productos. Sin embargo, es importante destacar que, en cuanto a la comercialización de bebidas a base de alcohol (producto final), FANAL compite no solo con las empresas concesionarias, sino también con importadores, tal y como lo señaló esta Comisión en la antes citada Opinión N° 07-2020:

"(...) Lo anterior por cuanto el Reglamento sobre la Concesión para la Elaboración de Bebidas Alcohólicas de FANAL permite que el Consejo Nacional de Producción

*a través de la FANAL sea quien otorgue las concesiones para la elaboración de licor en el país a quienes “...cumplan con los requisitos y condiciones que establezca este Reglamento y convenga a los intereses del órgano concedente, de acuerdo al monopolio estatal que ejecuta.” Todo lo cual evidentemente pone en una situación de clara desventaja a los productores nacionales, ya que es precisamente su competidor y proveedor de insumo esencial en el mercado, quien autoriza la elaboración del producto y los supervisa. Además, el reglamento añade que: “Es entendido que la concesión que al efecto se otorgue no incluirá bebidas alcohólicas que FANAL determine dentro de la línea CACIQUE o licores corrientes, la cual actualmente corresponde a guaro, ginebra y ron colorado, todos bajo la marca CACIQUE, sin perjuicio de incluir otros productos y marcas.” Así, el monopolio estatal está facultado para impedir que empresas costarricenses elaboren productos que puedan competir cercanamente con los que produce, **restricción que no tendrían las compañías que importan licores.** (...)” (El resaltado no corresponde al original).*

Es importante tener claridad, en que, FANAL no tiene injerencia sobre los precios de venta al detalle de los productos objeto de la concesión, los cuales a nivel del consumidor compiten con los que podría elaborar la misma fábrica, como lo son las cremas (“Perfecto Amor”), destilados (“Vodka Zar” y “Vodka Silvestre”), e incluso el mismo alcohol en gel.

Así, por ejemplo, el artículo 17 del Reglamento sobre la Concesión para la Elaboración de Bebidas Alcohólicas de FANAL, establece con respecto a los precios pactados a efectos de la concesión:

*“Artículo 17.-**Precio del alcohol, ron y concentrados de bebidas alcohólicas.** El precio del **alcohol, ron y concentrados de bebidas alcohólicas** será el que se encuentre vigente en el momento de la facturación en FANAL.”*

En adición a este argumento, FANAL compite con importadores de productos finales a base de alcohol, ya que la importación de producto final no se encuentra sujeta a ninguna concesión, de manera que, es criterio de este Órgano que la única actividad en la que la Fábrica se encuentra en régimen de competencia, es en la comercialización (mayorista y/o minorista) de productos finales a base de alcohol, dado que en este mercado, FANAL se encuentra obligado como vendedor a luchar por ganar las preferencias de los consumidores, ofreciendo mejores productos a un mejor precio que las otras empresas.

Ahora bien, con respecto al PAI, es público y notorio que el CNP no rivaliza con otros proveedores o empresas para la venta directa a las instituciones del Estado, la función de intermediación tiene objetivos específicos de interés público y por ende le fueron otorgados en exclusiva a dicha entidad. El CNP no concurre con otros competidores en el abastecimiento a las instituciones públicas, ya que, mientras el CNP tenga la capacidad de atender a las instituciones, estas se encuentran obligadas legalmente a comprarle, ante lo cual se cobra un margen de intermediación.

De lo anterior es posible determinar que, dada la obligación establecida en el artículo 9 de la Ley Orgánica del CNP, este ente, por medio del PAI, opera en un régimen de exclusividad. Si bien algunas instituciones han tratado de evadir esta obligación, el CNP y el Gobierno de la República han realizado esfuerzos para eliminar tal evasión y en años recientes han conseguido incrementar el porcentaje de abastecimiento del CNP.

Es importante mencionar en este punto, las características principales de los mercados en competencia, entre las cuales destacan:

- Presencia de varios oferentes que rivalizan en el mercado y por tanto se enfrentan a un número significativo de competidores directos. De igual manera, existe un número importante de demandantes.
- Puesto que cada oferente vende una proporción suficientemente pequeña de la producción total del mercado, sus decisiones no influyen en el precio del mercado, por lo que se considera que son precio-aceptantes. Supuesto que aplica de igual manera para los demandantes.
- Los productos ofrecidos presentan características muy similares.
- Hay libertad de entrada y salida. Significa que no hay barreras que hagan difícil para un nuevo oferente entrar en una industria y producir, o salir si no puede obtener beneficios. Los compradores pueden cambiar fácilmente de proveedor y los proveedores pueden entrar o salir fácilmente del mercado.
- Transparencia en el mercado. Los mercados con cierto grado de competencia se caracterizan por ser más transparentes, la mayoría de participantes, tanto oferentes como demandantes, tienen cierto grado de conocimiento sobre las condiciones generales en las que opera el mercado, disponiendo de información suficiente sobre las características de precio y calidad de los productos.

IV. CONCLUSIONES

1. Del análisis expuesto se desprende que, la **fabricación** de alcohol y rones crudos, así como la **elaboración** de bebidas y productos a base de éstos, son actividades cubiertas por un monopolio, que otorga una ley especial, en el sentido de las excepciones estipuladas por el legislador en el artículo 9 de la Ley N° 7472, Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, así reformado por el numeral 137 de la Ley N° 9736, Ley de Fortalecimiento de las Autoridades de Competencia.
2. De igual manera, para el caso del PAI, en aplicación del sentido estricto del artículo 9 de la Ley Orgánica del CNP, la función de intermediación otorgada al CNP a través del PAI, se encuentra en poder exclusivo de dicha institución, de manera que, sin perjuicio de los objetivos legítimos que el legislador haya contemplado al otorgarle al CNP dichas facultades, las mismas no obedecen a un régimen de competencia, en el cual exista algún mecanismo de asignación, por ejemplo una licitación, mediante la cual las instituciones estatales puedan escoger si utilizan al CNP como intermediario o si por el contrario, adquieren los bienes y servicios directamente con empresas o productores independientes en el mercado en cuestión. **Notifíquese. Expediente Administrativo N° 056-2021-C. Acuerdo firme. Aprobado por unanimidad.** -----

V. ANEXO

En relación con el hecho de que las actividades del PAI y FANAL no se encuentren en régimen de competencia y, por ende, les aplique la excepción del artículo 9 de la Ley N° 7472, este Órgano estima necesario tomar en consideración algunos argumentos, entre los que destaca lo dispuesto por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) respecto a que los gobiernos, conjuntamente con las Autoridades de Competencia, deben realizar revisiones de los regímenes regulatorios y de las exenciones de las leyes de competencia a fin de revisar si las razones iniciales o circunstancias que dieron lugar a su reglamentación han alcanzado sus objetivos y los costos que ello ha implicado, así como un análisis de si esos fines podrían alcanzarse en la actualidad mediante el control de la

normativa antimonopolio o por formas de intervención gubernamental que restrinjan la competencia en menor grado.

I. Análisis sobre el monopolio del alcohol en el caso de FANAL

En el año 2017 y por recomendación de la OCDE, se decidió realizar un estudio de la situación del monopolio del alcohol en el país, que contó con la cooperación de la Unión Europea, denominado “Estudio sobre el monopolio de la producción de alcohol en Costa Rica”.

Así, en Opinión N° 02-2018 del 13 de febrero del 2018, la COPROCOM, concluyó, en relación con el estudio realizado, lo siguiente:

“(…) A. Todo lo antes expuesto permite concluir que los objetivos que llevaron en su momento a justificar la instauración de un monopolio en la producción de alcohol y licores en el país, fueron alcanzados, pero han perdido toda vigencia en la actualidad. También es claro el perjuicio que causa esta figura en la economía y desarrollo del país. Así las cosas, dado que no existen razones que justifiquen el mantenimiento del monopolio del alcohol se recomienda a las autoridades correspondientes la realización de las gestiones pertinentes para la derogatoria de las normas que lo establecen.

B. Asimismo, se exhorta al Poder Ejecutivo y Legislativo, a crear las condiciones que permitan una competencia efectiva en la producción de alcohol y licores en el país que garanticen la mayor cantidad de actores, lo que redundará en un mayor número de opciones en calidad y precio tanto para los industriales como para los consumidores y en una industria nacional más competitiva. Adicionalmente, dados los perjuicios del monopolio del alcohol, se recomienda que los necesarios cambios normativos se realicen en un plazo mínimo perentorio.

Finalmente, la COPROCOM coincide con la posición del consultor en cuanto a la inconveniencia de la posibilidad de que LAICA se integre con FANAL (sea como socio estratégico o como administrador de FANAL), propuesta que ha sido dada a conocer por las autoridades políticas del país. Lo anterior por cuanto esa sería una decisión adversa a la consecución de la eficiencia en este mercado, al integrarse verticalmente dos entidades prácticamente monopólicas. En la actualidad existe ya una alianza fuerte entre LAICA y FANAL, ya que la primera ha

tomado el papel de principal suplidor de los insumos (alcohol con impurezas) requeridos por el monopolista de la producción de alcohol. Cabe indicar que en el pasado este órgano ha considerado a LAICA un monopolio de hecho en la producción de azúcar en virtud de las disposiciones contenidas en la Ley N°7818. (...)"

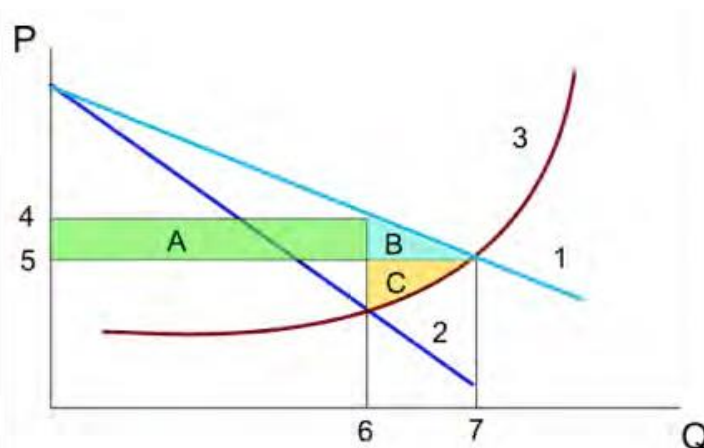
De lo anterior se colige que, en términos de competencia, la Comisión ha sido consistente al señalar que no considera que exista justificación técnica-legal de mantener un monopolio como el de la Fábrica Nacional de Licores, toda vez, que el fundamento que lo hizo emerger en el mercado costarricense cambia debido al dinamismo de las necesidades que se afrontan en la actualidad.

Dicho esto, la COPROCOM ha indicado que los mayores perjuicios del monopolio del alcohol son experimentados por la industria nacional que se ve sometida a adquirir su materia prima a un monopolio, que adicionalmente compite con sus clientes en la fabricación y comercialización de productos (licores, alcohol en gel, de fricciones, entre otros). No obstante, si el producto es fabricado en el extranjero puede ser comercializado en el país sin mayores restricciones más que contar con el registro sanitario correspondiente. Esto ha llevado a que la industria costarricense, especialmente de licores, se traslade a países vecinos, para luego exportar el producto al país.

Efectos económicos del monopolio del alcohol

En el “Estudio sobre el monopolio de la producción de alcohol en Costa Rica”, elaborado por el consultor Oswald Céspedes en el año 2017 usa el siguiente gráfico para explicar los efectos principales de un monopolio sobre el bienestar económico de una economía:

Gráfico 1. Esquema Conceptual de un Mercado Monopolista



Fuente: “Estudio sobre el monopolio de la producción de alcohol en Costa Rica”, Oswald Céspedes (2017).

Según Céspedes (2017), “Del gráfico anterior, puede verse que el ingreso marginal (línea azul) del monopolista (definido como el incremento en el ingreso total resultado de una adicional vendida) es decreciente y se encuentra por debajo del precio (sea el ingreso promedio, línea celeste). En el punto de equilibrio del monopolista el ingreso marginal es igual al costo marginal (incremento en el costo total resultado de una adicional producida, línea roja). Si hubiera competencia perfecta el punto de equilibrio se establecería a un precio menor (denotado por el punto 5) y la cantidad colocada en el mercado sería mayor (denotada por el punto 7).

Al comparar ambos tipos de mercado se concluye que, bajo condiciones de monopolio, los demandantes van pagar un precio mayor (denotado por el punto 4) y la cantidad adquirida de equilibrio sería menor (denotada por el punto 6), lo que genera una pérdida de bienestar social (PBS, triángulos celeste y amarillo denotados por las letras B y C). El área representada por el rectángulo verde y denotada por la letra A se refiere a las rentas o utilidades extra normales del monopolista (en exceso a las rentas o utilidades normales en un mercado de competencia).”⁹

2. Sobre los posibles efectos a la competencia del Programa de Abasto Institucional (PAI)

En el Acuerdo 17 del Acta de la Sesión Ordinaria 06-2019 de la COPROCOM, se señaló respecto al PAI que:

⁹ Oswald Céspedes (2017), “Estudio sobre el monopolio de la producción de alcohol en Costa Rica”, página 27.

“De acuerdo con la normativa vigente los precios de venta a las instituciones, contemplan el costo de compra que se paga al proveedor, que corresponde a precios finales de la cadena y deben de ser razonables respecto a los precios de mercado y condicionados a que se trata de un precio intermedio antes del precio final al cliente. Un análisis de un conjunto de precios de diversos productos muestra que en promedio para el grupo de productos presentado los precios pagados por el PAI están un 15% por encima de los precios del CENADA, pero un 7,1% por debajo de los precios de la Feria del Agricultor.

(...) El mecanismo de compras que favorece al CNP como único oferente de las instituciones públicas, puede afectar el proceso de competencia y libre concurrencia de los agentes principalmente del lado de los oferentes.

(...) Sin embargo, la medida de utilizar un único agente intermediario para la compra de alimentos, en este caso el CNP, no tiene como objeto fomentar las economías de escala y de alcance para mejorar las condiciones de compra de los usuarios gubernamentales y obtener mejores precios en sus compras. El procedimiento establecido, no tiene una visión de agrupar las compras y mejorar los precios de compra a los proveedores y trasladarlo a las instituciones públicas, por lo que se pierde una parte importante del potencial que podría tener el programa.

(...) Se considera así que el programa es limitado en el potencial alcance que puede lograr ya que únicamente se limita a un propósito de comprar a pequeños productores dejando de lado el potencial de obtener mejores precios al centralizar y realizar las compras conjuntas de los entes públicos. Dado que para los proveedores entregar sus productos a un mercado cautivo tiene grandes beneficios, pueden utilizarse mecanismos de precios que incorporen descuentos, que reflejen de una mejor manera la ventaja de ser proveedor preferente de los productos.

(...) Puede decirse que el Programa de Abastecimiento Institucional PAI, es una política que trata de mejorar la participación de las PYMES en compras pública o el aumento de compras de alimentos a productores o agentes nacionales y es un objetivo válido en materia de desarrollo nacional. No obstante, el objetivo planteado de incorporar a pequeños productores, por medio de un plan de compras de las instituciones públicas, no debería ser excluyente de la búsqueda

de mejores precios de los productos a los usuarios, principalmente de las economías de agrupar las compras y de la certidumbre que puede generar un mercado cautivo.”

Al respecto, resulta importante considerar el informe elaborado por la Contraloría General de la República (CGR) en 2020,¹⁰ denominado “Informe de Auditoría Operativa sobre la eficiencia y eficacia del servicio brindado por el Consejo Nacional de Producción para el Fomento de la Producción”, en el cual se señalan una serie de ineficiencias del PAI, entre ellas:

- DEBILIDADES RELACIONADAS CON EL ACCESO A MERCADOS DE LOS MICROS, PEQUEÑOS Y MEDIANOS PRODUCTORES Y AGROINDUSTRIALES

“(…) El CNP no dispone de mecanismos para determinar el impacto cuantitativo y cualitativo del servicio institucional respecto al acceso a mercados de los micros, pequeños y medianos productores agropecuarios, agroindustriales, pesqueros y acuícolas. Así como, para analizar los impactos de la cadena de comercialización actual del PAI respecto a ese acceso, considerando que existen proveedores que no corresponden a beneficiarios agroindustriales o productores primarios.”

- DEBILIDADES QUE LIMITAN DETERMINAR LA RAZONABILIDAD DE LOS PRECIOS DE COMPRA Y VENTA DEL PAI

“(…) El CNP tiene como propósito promover que los precios de los productos que se comercializan por medio del PAI sean razonables y competitivos respecto a los precios establecidos en el mercado, resguardando al suplidor y la sostenibilidad del programa.

(…) No obstante, existen debilidades que limitan determinar la razonabilidad en el establecimiento del precio de compra al proveedor con el fin apoyar al sector agropecuario con medidas eficaces para su crecimiento económico; y conocer si

¹⁰ Contraloría General de la República, (2020). “Informe de Auditoría Operativa sobre la eficiencia y eficacia del servicio brindado por el Consejo Nacional de Producción para el Fomento de la Producción”. Informe N° DFOE-EC-IF-00018-2020, del 21 de septiembre de 2020. Recuperado de: https://cgrfiles.cgr.go.cr/publico/docs_cgr/2020/SIGYD_D/SIGYD_D_2020016384.pdf

el producto se vende a un precio competitivo conforme los precios de mercado.

A continuación, se detallan dichas debilidades:

- a) No se dispone de información que permita conocer cuánto del monto a cobrar a los clientes institucionales corresponde a costos de transporte del producto hasta el lugar requerido por éstos, aspecto que forma parte del servicio de abastecimiento.*
- b) Se desconoce el impacto que genera la cadena de comercialización actual del PAI en la fijación de los precios de compra y venta, siendo que existen proveedores que no producen sino que acopian y distribuyen (ver párrafo 2.9, inciso c y d).*
- c) Para la línea de abarrotes el establecimiento de precio de compra se fija conforme a la cotización realizada por el proveedor sin ser analizada por el PAI conforme a precios u otros parámetros preestablecidos.*
- d) Los estudios de mercado realizados por el CNP para el establecimiento de precios se realizan de forma trimestral, lo cual, dadas las estacionalidades y otras condiciones de mercado, se constituye un periodo amplio para captar variaciones de precios significativas a corto plazo.*

2.15. Esta situación se debe a limitaciones del CNP para conocer los costos en que incurren los proveedores para el transporte del producto y que considere las características de su población objetivo en cuanto a tamaño y tipo de proveedor. Lo cual es necesario para reflejar el beneficio generado por el programa, promover la transparencia a los distintos actores sobre las ventajas de comprar mediante el PAI, referentes a precios competitivos; agilidad en el proceso de compra y entrega del producto en condiciones de tiempo y calidad; así como, fomentar la inserción de nuevos proveedores y clientes, en estrecho vínculo con la capacidad de gestión del CNP.

2.16. Las debilidades descritas generan que los precios de algunos productos ofrecidos por el CNP sean mayores a los precios promedio de mercado detallista; sin que puedan identificarse los costos que originan dichas diferencias. Así como, resistencia por parte de algunos clientes institucionales de proveerse mediante el PAI, limitando la posibilidad de expansión de la oferta del programa en dicho mercado y en consecuencia la incorporación de nuevos proveedores en atención a la necesidad pública”.

(...)”

Paola Beckford Navarro

Secretaria Coprocom