

Caso del azúcar: ¿Puede una estrategia basada en amenazas anular el efecto correctivo de la cuantiosa multa impuesta por la autoridad de la competencia?¹

CARLOS E. VARGAS R.
cevar@hotmail.com

PRESENTACIÓN

La multimillonaria multa impuesta por la Superintendencia de Industria y Comercio –SIC– ha llamado la atención de la opinión pública por su cuantía y, en primera instancia, parecería suficiente para restablecer las condiciones de libre competencia en el mercado doméstico del azúcar, con la generación o reactivación de los flujos de importación, requeridos para atender la demanda de los consumidores, especialmente de los industriales.

El análisis de los efectos transfronterizos de la práctica restrictiva que se extienden a Bolivia, Ecuador, El Salvador, Costa Rica y Guatemala baja la expectativa respecto del efecto correctivo de la medida sancionatoria.

La incertidumbre sobre la efectividad de la medida surge de las amenazas realizadas por los azucareros a los potenciales exportadores de esos países en el sentido de replicar, en caso de exportar productos azucareros a Colombia, con la exportación de un volumen equivalente, al país de origen.

La amenaza es creíble y costosa, con lo cual cumple las características para ser efectiva. Bastaría mutar la acción colectiva mediante la cual se profirieron, a una acción individual o independiente, pero de efecto equivalente. Si bien pueden surgir dudas acerca de la legalidad de la acción, las amenazas en un contexto de rivalidad competitiva son

1 Para citar el artículo: VARGAS, C. (2016). Caso del azúcar ¿Puede una estrategia basada en amenazas anular el efecto correctivo de la cuantiosa multa impuesta por la autoridad de la competencia?, en *Revista Con-texto*, n.º 45, pp. 103-115. DOI: <https://doi.org/10.18601/01236458.n45.06>

frecuentes y legales. Como en la resolución de sanción la SIC no demandó la cesación de las conductas colectivas por parte de los investigados, y tampoco restringió el uso de estrategias individuales de estos, se abre espacio a la concreción del chantaje anunciado.

Llama la atención la asimetría que existe entre la estrategia consolidada de la industria, que consta de al menos tres instrumentos (que interactúan para generar cuotas de producción y cuotas de suministro en el mercado interno, con la restricción efectiva de la oferta externa destinada a dicho mercado), frente a los efectos correctivos limitados de la medida impuesta, y que en este caso, han dejado clara la necesidad de acudir a otros instrumentos.

Coadyuva al fortalecimiento de la amenaza el hecho de que los afectados por las restricciones, es decir, los consumidores de azúcar, no solicitaron a la Secretaría General de la Comunidad Andina la investigación para corregir los efectos transfronterizos generados en Bolivia y Ecuador. También, la circunstancia de que los acuerdos de libre comercio con los países centroamericanos no contemplan acciones en materia de competencia, y cuando se han previsto, estas consisten en acciones de cooperación, sin capacidad real sancionatoria y disuasoria de las prácticas restrictivas y de sus efectos.

Por las limitaciones señaladas y la experiencia práctica vivida en el caso de los países centroamericanos, Colombia podría aprovechar la discusión del proyecto de ley de competencia, para liderar la generación de mecanismos individuales, con características de reciprocidad y equivalencia legal, para motivar la creación de otras acciones de la misma naturaleza que, agregadas en el contexto internacional, puedan crear el efecto correctivo multilateral deseado para combatir de manera eficiente dichas prácticas y sus efectos transfronterizos.

De hecho, será mediante el transcurso del tiempo que se corroborarán los movimientos estratégicos realizados por los competidores y consumidores en defensa de sus intereses y en procura de mejores beneficios.

Además, será con el testimonio de los consumidores nacionales afectados que se dará respuesta a la pregunta de si el mercado colombiano, con las sanciones adoptadas, ha sido liberado del efecto restrictivo de las prácticas anticompetitivas.

1. ¡LA PREGUNTA!: ¿HABRÁ LIBERTAD DE MERCADO EN EL MERCADO DEL AZÚCAR EN COLOMBIA?

Una vez quede en firme la sanción impuesta a la industria azucarera, y sabiendo que los empresarios sancionados deben dejar de realizar prácticas anticompetitivas en el mercado nacional, surge la pregunta acerca de si ahora es posible obtener azúcar de precio más bajo, de la calidad y la oportunidad de entrega que demandan los consumidores de azúcar en el país.

Al respecto, surgen reservas sobre el efecto correctivo o disuasorio inmediato de las medidas sancionatorias impuestas por la autoridad nacional, por cuanto la estrategia aplicada por los sancionados es integral. En efecto, está conformada por varios elementos que se complementan, y no todos fueron prohibidos o restringidos en su totalidad, como

acá se analiza, y para los cuales, la acción de corrección aplicada mediante la resolución es insuficiente, entre otros, por los efectos transfronterizos que tiene la práctica restrictiva identificada y para los cuales la SIC no tiene competencia (salvo la que se le delega en la normativa andina).

2. ESTRATEGIA DE LOS AZUCAREROS

La estrategia integral aplicada por la industria azucarera contempla, principalmente, los siguientes elementos:

2.1. Aplicación de cuotas de producción o suministro, a través del Fondo de Estabilidad de Precios del Azúcar –FEPA–.

2.2. Restricción conjunta o colectiva del acceso de la oferta externa en el mercado nacional.

2.3. Amenaza a los potenciales exportadores de Bolivia², Costa Rica³, Ecuador, El Salvador y Guatemala⁴.

3. APLICACIÓN DE CORRECTIVOS O AUSENCIA DE ELLOS

En cuanto a los correctivos que impone la decisión de la SIC, se pueden expresar las siguientes apreciaciones:

3.1. Orden de modificar el Fondo de Estabilización de Precios del Azúcar –FEPA–

La SIC identifica los elementos asociados a la aplicación de cuotas de producción o de suministro y ordena, en el artículo sexto de la resolución que impone la sanción, que el Comité Directivo del FEPA revise, en un término de seis meses, sus fórmulas.

La orden de la SIC debe llevar a que el FEPA sea ajustado, en el sentido de eliminar el componente anticompetitivo por ella identificado. Para tal efecto, hay que tener en cuenta que la Ley 101 de 1993 establece como objeto de los Fondos de Estabilización de Precios de Productos Agropecuarios y Pesqueros, entre otros, procurar "regular la producción nacional"⁵, lo que podría dar pie a interpretar que, con este enunciado, se abre paso a la intervención en el mercado, con la aplicación de un sistema de cuotas de producción o de suministro.

2 Ver considerando 5.2, hoja 9, de la Resolución 80847 de la SIC. Consulta realizada el 29 de octubre de 2015.

3 Ibid.

4 Bolivia, Ecuador, El Salvador y Guatemala se mencionan en el considerando 9.5.2.2, p. 69, de la Resolución 80847 de la SIC.

5 Ley 101 de 1993, artículo 36. Consulta realizada el 28 de octubre de 2015. Disponible en Internet: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0101_1993.html

No obstante, a renglón seguido, la ley establece que el logro de los objetivos se busca obtener "... mediante el financiamiento de la estabilización de los precios al productor de dichos bienes agropecuarios y pesqueros", con lo que limita el objeto de regular la producción nacional, al derivado de la operación del mecanismo de estabilización de precios. Por eso, entonces, cualquier acción que rebase el límite indicado por la ley cae dentro de la ilegalidad, y esa parece ser la línea de interpretación seguida por la SIC.

De la decisión de la SIC, llama la atención el hecho de que, una vez probado el carácter ilícito parcial del FEPA, no hubiera proferido sanción alguna y, por el contrario, hubiera ordenado simplemente la revisión del mecanismo. La razón se presenta en el considerando 9.5.1.1 de la resolución que impone la sanción.

Concomitante con lo anterior, se señala que también hubiera pedido suspender o eliminar la operación de los mecanismos de intercambio de información sensible entre los sancionados, toda vez que ellos no son necesarios para administrar el mecanismo de estabilización de precios.

Una observación adicional es que las observaciones de la SIC estuvieron basadas en el análisis de las características de la fórmula del FEPA, y la resolución no presenta la evidencia empírica que contribuya a soportar sus conclusiones⁶.

El efecto neto en el mercado, consecuencia de la revisión de la naturaleza interventora del FEPA, es que la oferta de origen nacional va a demorar un tiempo en cambiar su *modus operandi* actual y, por tanto, la presión competitiva sobre los precios no será inmediata y debería venir del exterior. Como se analiza a continuación, la fuente de esa presión competitiva puede continuar estando neutralizada, por parte de los productores nacionales.

3.2. Restricción conjunta o colectiva de la oferta externa en el mercado nacional

La medida correctiva de la SIC ha impresionado por su cuantía, y está dirigida a sancionar y proscribir el acuerdo anticompetitivo de los investigados, mediante el cual restringieron la entrada al mercado colombiano de productos azucareros. En términos prácticos, se imponía una autorización de la asociación gremial, para poder importar azúcar de los países antes mencionados.

Salvo por una eventual falla procesal que se identifique, es factible esperar que la sanción se confirme, aunque se modifique su cuantía, atendiendo las observaciones y reclamos presentados en los recursos legales a que tienen derecho los investigados.

El efecto práctico que se espera tenga una sanción de la magnitud de la que se impuso es que permita a las fuerzas del mercado (salvo el efecto que se deriva de la intervención del Estado a través del FEPA) operar libremente y mejorar el bienestar de los consumidores, a través de los beneficios recibidos por menores precios, la cantidad, diversidad y oportunidad de las ofertas y las mejoras en la calidad de los productos.

6 Se advierte que dichos ejercicios pueden estar ubicados en el expediente de la investigación, pero su contenido se desconoce.

Eliminado el "permiso" impuesto por los empresarios a las importaciones de azúcar, es de esperarse la generación o el restablecimiento de corrientes de comercio internacionales.

No obstante, la estrategia anticompetitiva de los empresarios del azúcar se complementó con la advertencia a potenciales exportadores de enviar a sus mercados cantidades equivalentes al producto ingresado al mercado doméstico colombiano.

El efecto de la estrategia del chantaje parece latente, como se explica a continuación, y la posibilidad de contar en el corto y mediano plazo con producto externo en el mercado nacional es baja. Es decir que la oferta puede seguir estando restringida, ya no como consecuencia del carácter ilegal de la conducta sancionada, sino del efecto latente de las amenazas realizadas en el pasado, que pueden concretarse o implementarse en el futuro, en caso de que llegue producto de origen externo al mercado colombiano. Se nota que en la resolución no se advierte acerca del carácter ilegal que pudiera tener la concreción de la advertencia proferida.

La excepción la constituye Brasil, por cuanto los azucareros sancionados podrían no tener la capacidad para generar una intimidación creíble en esa potencial fuente de oferta.

Por lo anterior, la magnitud del efecto de la sanción de la SIC se atenúa de manera sensible, y la cuantía de la sanción no implica la eliminación de todos los efectos anticompetitivos de la estrategia anticompetitiva de los empresarios azucareros de Colombia.

3.3. Amenaza a los potenciales exportadores de Bolivia, Costa Rica, Ecuador, Guatemala y Nicaragua

De la lectura del texto de la resolución que impone la sanción a los azucareros del país, se infiere que existe potencial real de oferta de productos de Bolivia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, y Brasil.

Los países centroamericanos y suramericanos son los que se identifican como los de mayor potencial de entrada al país, en razón de sus mejores precios. Brasil tiene opción, pero sus precios relativamente altos y el costo de transporte le restan posibilidades de entrar de manera regular al mercado colombiano.

La amenaza consistió en advertir al potencial país exportador, sobre el envío a su mercado de cantidades de producto equivalentes a aquellas enviadas a Colombia.

Así las cosas, a continuación se analizan la naturaleza de estas, los efectos esperados y los mecanismos legales para contrarrestarlas.

Como se ha señalado en líneas anteriores, la estrategia de los azucareros contiene varios elementos que interactúan para lograr el cometido buscado. Así, por ejemplo, además de la contribución del FEPA a la estabilización de los precios y la regulación de la producción, se controlaba o neutralizaba la oferta de producto que viene del exterior, y para ello, se aplicó el visto bueno a la importación que, a la vez, interactuaba con la amenaza de retaliación en el mercado de origen del producto, así la operación se realizara a pérdida.

Controlado o eliminado el efecto potencial anticompetitivo de dos de los elementos de la estrategia integral de los empresarios azucareros, queda en acción el derivado de la intimidación, por lo que a continuación se hace una evaluación sobre este.

3.3.1. *Naturaleza de las amenazas*

En teoría económica y en el estudio de las estrategias de mercados, se postula que estas tienen que ser creíbles y costosas. En este caso, la diferencia en tamaño de las empresas colombianas, en relación con las ubicadas en el exterior, es suficiente para potenciar la intimidación. Además, los empresarios sancionados tienen la capacidad técnica y financiera para realizar las exportaciones anunciadas a los países acá indicados. Tomadas individualmente, las empresas de los países objeto de la advertencia no tendrían capacidad de neutralizarla o frenarla. No se evidencia en el caso analizado la posible cooperación entre ellos para frenar la amenaza de Colombia, y eso contribuye a hacerla creíble, ya que fueron formuladas en un contexto colectivo empresarial. Una vez sancionado el acuerdo, el chantaje puede mutar, como se explica en este documento, a una acción individual.

La amenaza de envío de cantidades de producto en volúmenes equivalentes a los recibidos se complementó con ofrecimientos de estrategias de comercialización de la oferta exportable de esos países, pero la columna vertebral era la eventual retaliación con exportaciones.

Desde luego que la estrategia se articulaba con el "permiso" de importación expedido por ellos mismos, lo que aseguraba el cerrojo a las importaciones.

El chantaje al parecer funcionó, por cuanto, por ejemplo, de acuerdo con la SIC, en el caso de Bolivia, su participación como oferente de azúcar en el mercado nacional disminuyó sensiblemente en el período de la investigación. De hecho, habría que descontar el efecto del "permiso" que, incluso, pudo llegar a primar sobre el alcance de la intimidación, como determinante en la restricción de las importaciones.

Respecto del elemento de costo, se evidencia que la retaliación de las cantidades implica un esfuerzo financiero, por cuanto para tener éxito en el mercado de los países amenazados, la oferta del producto colombiano tendría que llegar al precio de ese mercado y, como se establece en la investigación, el del azúcar colombiano es muy superior. Eso implica sacrificio en los ingresos de la operación, que se constituye en el elemento de costo de la operación, y se cumple con ello el segundo de los requisitos de las amenazas.

También hay que advertir que aun cuando la SIC, en la decisión de la sanción, no prohibió la cesación de la práctica, se infiere que esta deberá ser eliminada, una vez quede en firme la resolución de cierre de la investigación. No obstante, no hay una prohibición expresa del chantaje planteado por el colectivo de los empresarios, ni advertencia o limitación alguna acerca de si esta se llega a concretar por vía de la iniciativa individual. A continuación, se analizan los posibles cambios en la estrategia de los azucareros, así como la posible reacción de los intimidados, después de la sanción.

3.3.2. Cambios en la estrategia después de la sanción

Como se planteó en líneas anteriores, no puede esperarse que a pesar de la orden de la SIC, los cambios obligados en el FEPA tengan efectos sustanciales en el mercado interno y, consecuentemente, en los precios, en el corto plazo. Es de esperarse que el "permiso" privado requerido para importar azúcar en el país sea eliminado. A ello contribuirá, con mucha efectividad, el correctivo aplicado por la SIC, ya que ese es uno de sus propósitos.

No obstante lo anterior, el complemento de la estrategia integral de los azucareros, cual es la de impedir la entrada de azúcar al país por medio de amenazas de retaliación, quedaría latente por lo siguiente:

- La amenaza es creíble.
- Ahora que se desmonta el "permiso" privado para la importación, las corrientes de importaciones, frenadas durante la época de aplicación del mecanismo, deberían activarse.
- No por haber desmontado el permiso se reactivarán dichas corrientes, por cuanto el bloqueo a la importación sigue latente, por el efecto de la intimidación.
- Al activarse las importaciones de los países indicados, la amenaza deja de serlo, para pasar a ser una acción real de las empresas azucareras nacionales. Es decir que por cada tonelada que entre al país, este exportará a ese país de origen (centroamericano o suramericano) un volumen equivalente al de las toneladas ingresadas. Es parte de la característica de credibilidad de las amenazas.

La pregunta que surge ante esta situación es si, después del cuestionamiento tan severo de la estrategia azucarera por parte de la autoridad de la competencia, se puede aplicar esta estrategia comercial, sin violar el régimen de competencia, ni contravenir la sanción impuesta. La respuesta anticipada es que con una nueva vertiente de la estrategia, no se incurriría, necesariamente, en violación alguna.

Al respecto, vale reiterar que la SIC no solicitó a los investigados cesar en sus conductas, y aunque se puede inferir que al imponer la sanción, la cesación de la práctica restrictiva está implícita, no se puede predicar lo mismo respecto de la mutación a iniciativas individuales mediante la cual se pudiera concretar la amenaza a las potenciales fuentes de exportación, sin incurrir, necesariamente, en violación del régimen de competencia.

Así, entonces, la estrategia de los azucareros puede mutar de acciones colectivas a individuales. Si persisten en las primeras, es claro que estarían de nuevo violando las normas de la competencia. No obstante, si la acción es individual y no se realiza de manera concertada (mediante comunicación entre los participantes), no habría, en principio, base jurídica para impedir que el chantaje se haga una realidad (salvo que la SIC la considerara surgida de un acto colectivo ilegal). Entonces, el efecto restrictivo en las corrientes de comercio internacional seguiría latente, si las acciones de la intimidación se concretan, a través de acciones individuales o independientes.

Si esta situación se presenta, es de esperarse que los consumidores reaccionen presentando una nueva solicitud de investigación. Si se tiene en cuenta la duración de la

investigación y la imposición de medidas, el efecto correctivo puede tomar un buen tiempo en surtir el efecto deseado.

Además, el estudio de la nueva situación en otra investigación puede dar lugar al surgimiento de zonas grises, por cuanto para la SIC, los hechos fueron de tracto sucesivo y los efectos pudieran estar manteniéndose en el presente y hacia el futuro. Podría entonces plantear la tesis que las amenazas, al haberse formulado en desarrollo de una acción colectiva ilegal, la apariencia de individualidad de las acciones futuras, surgen de esa conspiración previa y, por tanto, conservan su naturaleza de ilegales. Sin embargo, el investigado, en este escenario, batallaría para hacer prevalecer la naturaleza de su acción individual, con independencia del acto colectivo previo.

A este respecto, vale tener en cuenta que en el artículo séptimo de la resolución que impone la sanción, se ordena enviar a la Delegatura para la Protección de la Competencia copia de la resolución, para determinar si existe mérito para abrir indagación preliminar y si los investigados infringieron el artículo 1.º de la Ley 155 de 1959, por las razones expuestas en la misma resolución. Curiosa decisión, por cuanto los hechos descritos en la resolución, se supone, fueron investigados y sancionados y, además, pudieran estar próximos a la caducidad, y no se entiende cuál es el mensaje implícito en esta determinación ¿Qué hechos adicionales observó la SIC que pueden ser objeto de una nueva investigación? ¿Es esta una alerta para prevenir la concreción de las acciones de intimidación proferidas?

En todo caso, si las corrientes de comercio se activan y se generan exportaciones en las que prime la iniciativa individual que haga realidad la amenaza esbozada, no habrá fuerza coercitiva legal que impida hacerlo. De otra parte, si las corrientes internacionales no se activan, pudiera plantearse también la hipótesis de que la efectividad del chantaje sigue latente y los consumidores nacionales continúan sin poder disponer de la oferta foránea.

Las ideas anteriores pueden lucir especulativas, y dejarían de ser válidas cuando los consumidores nacionales confirmen que ya pueden disponer libremente de producto foráneo, sin restricción alguna para importar desde los países mencionados en la resolución de sanción. De otra parte, la efectividad de las amenazas debe pasar por la revisión de los hechos que puedan explicar también la conducta en los países de origen, como pudieran ser la baja en la producción, compromisos comerciales, etc.

3.3.3. *Las lecciones en materia jurídica, en relación con las amenazas*

Las amenazas son estrategias comunes en las relaciones comerciales y hacen parte de la rivalidad entre competidores, lo que contribuye a generar los beneficios que se esperan de la libre competencia. En el caso objeto de estudio, si estas responden a una acción colectiva, pueden ser consideradas como acuerdos anticompetitivos; pero si son acciones independientes, realizadas sin comunicación entre los competidores, no pueden ser objeto de reproche. No obstante, si estas últimas son la concreción de una conspiración previa, podrían ser consideradas ilegales y, para ello, habría que realizar una nueva in-

investigación, habida cuenta de que su implementación no fue expresamente prohibida y tampoco se profirió advertencia alguna a los empresarios sancionados acerca del carácter ilegal de esta si se hace efectiva, así sea por iniciativa individual.

No cabe duda de que esta acción puede ser adelantada por la SIC, pero ahora sería tendiente a corregir una acción posterior (sin efecto preventivo), es decir, consecuencia de los hechos que ya investigó y sancionó, pero que no prohibió, por cuanto no advirtió del posible vicio de ilegalidad de la retaliación, así la acción fuera independiente o individual. Si se tienen en cuenta los hechos considerados en la investigación, la autoridad dispondría de evidencia para hacerle el reproche a quien realice la acción de retaliación.

No se descarta que la prohibición expresa de las acciones derivadas de la intimidación proferida se incluya en la resolución que resuelva los recursos que, posiblemente, presenten quienes tengan interés legítimo en la investigación. Podría esperarse también que la autoridad nacional advierta, en ese mismo acto, sobre el carácter ilegal de la concreción de la amenaza, así ella se produzca por iniciativa individual. Una expresión en este sentido limitaría mucho el efecto transfronterizo de la arista de la estrategia que mantiene vigente el efecto restrictivo del comercio por la amenaza proferida, e incluso haría innecesaria la activación del mecanismo andino. Podría beneficiar también la activación de las corrientes de comercio con los países centroamericanos, para los cuales no se cuenta con un mecanismo legal que permita corregir el efecto restrictivo anticompetitivo de ese chantaje.

Desde luego que si esta manifestación no se produce y las amenazas se concretan, son muchas las zonas grises que surgen, por cuanto el empresario que realice la exportación puede plantear que su acción se enmarca dentro de la libertad de mercado y que, por ser individual, la autoridad no tiene razones jurídicas para objetarla y sancionarla. Además, la SIC ya no tendría elementos para probar la práctica por efecto, sino por sus efectos, lo que hace más compleja la comprobación del hecho ilegal. Es altamente probable que si se solicita una nueva investigación, los hechos que constituyeron la base del objeto del acuerdo anticompetitivo hayan caducado al momento en que quede en firme la nueva decisión.

Así las cosas, son muchas las acrobacias jurídicas que tiene que efectuar la autoridad que investigue, para determinar que una exportación causa restricción en la competencia interna y que no corresponde a una acción de rivalidad entre competidores internacionales.

En los hechos que narra la resolución de la SIC, no se examina la conducta de los agentes económicos de los países receptores de las amenazas, cuya aparente pasividad pudo haber contribuido a facilitar el efecto disuasivo de la conducta anticompetitiva. En este escenario es que cobra relevancia la investigación de la Secretaría General de la Comunidad Andina, autoridad que hubiera podido investigar en esos países y articular sus hallazgos y correctivos con los de la SIC. La entidad andina puede actuar como puente, en este caso concreto, con las autoridades de competencia de Bolivia y Ecuador.

Es claro que la SIC no tiene competencia para investigar la conducta de los exportadores en los países potenciales exportadores, pero por los efectos transfronterizos evidenciados en la investigación, hubiera podido pedir la investigación de oficio ante la

Secretaría. Esta petición también hubiera podido ser realizada por los consumidores de azúcar de Colombia. Así, esta acción conjunta estaría en capacidad de dar un golpe más contundente al efecto anticompetitivo de la estrategia de los azucareros sancionados.

3.3.4. *Los agentes receptores de la amenaza y el entorno legal*

Si bien es cierto los empresarios del azúcar contaban con un instrumento a la mano para impedir de manera muy efectiva la entrada de la oferta externa en el mercado doméstico, al realizar la amenaza de retaliación, profirieron también una intimidación muy fuerte a los potenciales exportadores al mercado colombiano.

Desmontado el "permiso" de importación, no puede predicarse que ahora sí se generarán o restablecerán las corrientes comerciales. Ello por cuanto la intimidación está latente, y si bien la acción ya no puede ser colectiva, la inminencia de su concreción por la vía de la individual sigue latente.

Puede especularse que los exportadores amenazados, concedores de la aplicación del "permiso", no intentaron realizar exportaciones a Colombia durante los años que duró la investigación. Ahora saben que dicha restricción no puede operar por más tiempo, sin embargo, por el efecto de la amenaza, pueden anticipar lo que puede ocurrir en sus mercados internos, si hacen exportaciones a Colombia.

En el pasado, pudo suceder que los exportadores se acomodaron al entorno competitivo restringido por el "permiso" y el chantaje colectivo, y no generaron rivalidad con los empresarios colombianos del azúcar. Hoy, podrían tener la opción de competir y exportar o acomodarse y no hacerlo, por evitar la concreción de la amenaza, así sea efectuada por un solo empresario mediante una acción independiente.

En el primer escenario, cuentan con la opción de solicitar la aplicación de medidas antidumping, habida cuenta de que se sabe que por la diferencia de precios entre el precio nacional y el de exportación, las exportaciones de los empresarios colombianos se harían con dumping.

No obstante, la existencia del dumping, por sí misma, no basta para aplicar el derecho que lo corrige, sino que además se debe determinar el efecto causado a la rama de la producción nacional en el país receptor de las exportaciones, en este caso, los países amenazados.

La estrategia del correctivo presenta la limitación de que, incluso de haber lugar a la aplicación del derecho antidumping, la exportación se puede alternar entre empresarios, buscando producir el efecto deseado por parte de quienes profirieron el chantaje y, con ello, eludir la acción correctiva de un derecho antidumping.

Los datos de comercio exterior le brindan a los empresarios la información necesaria para hacerles seguimiento a las importaciones que llegan al país y sobre las cantidades de producto que, eventualmente, se enviarían a los países amenazados. Con esta base, pueden determinar la dinámica de las estrategias individuales por implementar para concretar el chantaje y, con ello, eludir la declaración de ilegalidad por parte de la autoridad de competencia. Es decir que efectuada una operación de exportación al país que envíe

producto al mercado interno colombiano y que reciba una sanción por dumping en el país de destino, para otro empresario es fácil concluir que en el juego estratégico del mercado, le corresponde el turno de concretar de nuevo la intimidación.

Otra acción que podría emprenderse es la presentación de una nueva solicitud de investigación ante la SIC, buscando sancionar la retaliación que, aunque con visos de individualidad, pudiera considerarse desarrollada dentro del marco de la estrategia colectiva declarada ilegal, que tendría que enfrentar las zonas grises acá planteadas.

Por los efectos transfronterizos que tiene la estrategia integral de las compañías azucareras, el caso podría presentarse ante la Secretaría General de la Comunidad Andina, para que se investiguen las conductas de los empresarios azucareros de Bolivia y Ecuador y se determinen las acciones correctivas que podrían ser de advertencia o sanción, en los términos que establece la Decisión 608 de la Comisión de la Comunidad Andina. Esta podría solicitarse en caso de que el exportador amenazado se abstuviera de exportar, para eludir la concreción del chantaje.

En el caso analizado, extraña que dicha solicitud no se haya presentado simultáneamente con la solicitada ante la SIC que dio lugar a la expedición de la Resolución 80847/15, para haber aplicado anticipadamente el correctivo eficaz a los efectos transfronterizos identificados.

En efecto, la Decisión 608 del Acuerdo de Cartagena establece, en el literal a) del artículo 5, que son objeto de la Decisión las conductas practicadas en "El territorio de uno o más Países Miembros y cuyos efectos reales se produzcan en uno o más Países Miembros, excepto cuando el origen y el efecto se produzcan en un único país".

Si bien la práctica competitiva se centró en Colombia, la amenaza y su efecto tenían efectos transfronterizos. En este caso, quienes activaron el mecanismo nacional fueron los consumidores nacionales, pero bien hubieran podido solicitar investigar la participación de los exportadores bolivianos y ecuatorianos en el escenario de la intimidación, entre otros, para evitar el efecto restrictivo a las importaciones. Incluso, por los efectos de la conducta, los mismos exportadores hubieran podido solicitar la investigación ante la Secretaría General. Con ello, se hubiera podido neutralizar el efecto restrictivo latente que tiene hoy el chantaje.

Sin embargo, si el chantaje mantiene sus efectos restrictivos, aún es viable la investigación en el contexto andino.

Pero el efecto transfronterizo no se irradió únicamente hacia los países andinos, por cuanto el control anticompetitivo de las exportaciones en los países de origen, vía amenazas, también se hizo extensivo a algunos países centroamericanos.

Para el caso de estos países, no se dispone de instrumento jurídico alguno que posibilite la aplicación de medidas con fuerza disuasoria para corregir las prácticas comerciales anticompetitivas y sus efectos. En los acuerdos internacionales que Colombia ha firmado con ellos, se incluyen acciones de cooperación que tienen carácter de cortesía (caso de Costa Rica), y en el acuerdo con tres países centroamericanos, no hay un capítulo en materia de competencia.

La experiencia vivida sirve para constatar los efectos transfronterizos de las prácticas restrictivas de la competencia, cuya acción se hace más evidente hoy con la consolidación de los procesos de liberalización de los mercados internacionales. El caso de los países centroamericanos, denota la ausencia de instrumentos jurídicos adecuados para contrarrestar los efectos restrictivos de las prácticas anticompetitivas. Por eso, dadas las limitaciones para crear, vía acuerdos comerciales, las bases jurídicas que permitan proscribir de manera efectiva las prácticas y sus efectos, es aconsejable estudiar la viabilidad de que por la vía unilateral, cada país ofrezca sancionar a los infractores, cuando la práctica se origine en uno, pero tenga efectos en otro, previa la constatación de reciprocidad en el trato y de equivalencia en la evaluación jurídica de la práctica y de sus efectos, así como de los aspectos procesales.

La iniciativa individual sería una invitación a otros países para adoptar legislaciones que den cabida a este tipo de instrumento, cuyo alcance punitivo va más allá de la acción puramente cooperativa. Los organismos de cooperación internacional podrían fomentar la adopción de estas medidas, para, poco a poco, crear un tejido que tendrá un efecto multilateral que apunta a una mayor libertad en los mercados.

Colombia podría aprovechar el actual proceso de adopción de un nuevo régimen legal de competencia, para incluir en la nueva ley cláusulas en ese sentido.

Respecto de la selección de las probables estrategias de reacción de los exportadores de los países amenazados, con el fin de contrarrestar la conducta anticompetitiva de los empresarios azucareros colombianos, dependerá del análisis de los beneficios que aporte cada una de ellas. La pregunta pertinente es si ella contribuirá a crear las condiciones de libre competencia en el mercado andino del azúcar.

Finalmente, cabe expresar que la competitividad de un país no puede estar limitada por la aplicación ilegal de permisos sustentados en amenazas a los exportadores de materias primas necesarias para elaborar productos de alta calidad, como lo demandan los mercados internacionales.

4. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

4.1. El efecto de la eliminación de los elementos anticompetitivos del FEPA no se producirá en el corto plazo.

4.2. La supresión del "permiso" de importación eliminará parcialmente los efectos anticompetitivos de la estrategia de protección de los empresarios azucareros sancionados.

4.3. Es altamente probable que la amenaza de retaliación realizada a países andinos y centroamericanos mantenga restringida la oferta externa dirigida al mercado doméstico colombiano de azúcar, de esos orígenes.

– Una manifestación expresa de la SIC acerca de la ilegalidad de las acciones de aparente iniciativa individual contribuiría a evitar la implementación o concreción de las amenazas proferidas.

– En caso que no se produzca tal pronunciamiento por parte de la autoridad de competencia:

– En el caso de Bolivia y Ecuador, la solicitud de una investigación ante las autoridades andinas podría prevenir y corregir la concreción de esas amenazas. Una acción ante la autoridad nacional se puede realizar para corregir el origen de la práctica, pero solo luego de efectuadas las exportaciones a los países objeto de la intimidación.

– No existe tal posibilidad de corrección, para el caso de los países centroamericanos.

4.4. Una estrategia como la evidenciada por la SIC tiene varios componentes, pero los correctivos siguen siendo parciales. La cuantía de la sanción puede lucir aparatosa, pero su efecto no dejará de ser limitado. Contrarrestar los efectos nocivos de la práctica de carácter integral precisa de varias acciones de reacción, más en este caso, cuando se trata de prácticas restrictivas de la competencia con efectos transfronterizos. A pesar de disponer de instrumentos jurídicos para complementar la acción de la autoridad nacional, ni ella misma, ni los afectados por las prácticas, activaron el mecanismo andino que hubiera podido contribuir a frenar el embate anticompetitivo de los empresarios colombianos del azúcar.

4.5. Las limitaciones encontradas para incorporar en los acuerdos comerciales internacionales, instrumentos con capacidad disuasoria y correctiva pueden ser superadas con iniciativas legislativas individuales de los países, que establezcan las bases jurídicas que contribuyan a proscribir de manera efectiva las prácticas restrictivas y sus efectos. Cada país podría ofrecer sancionar a los infractores, cuando la práctica se origine en uno, pero tenga efectos en otro país, previa la constatación de reciprocidad en el trato y de equivalencia en la evaluación jurídica de la práctica y de sus efectos, así como de los aspectos procesales.

La iniciativa individual sería una invitación a otros países para adoptar legislaciones que den cabida a este tipo de instrumentos, cuyo alcance punitivo va más allá de la acción puramente cooperativa. Los organismos de cooperación internacional podrían fomentar la adopción de estas medidas, para que poco a poco, se cree un tejido que surta un efecto multilateral que apunte a tener mayor libertad en los mercados.

5. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Comisión de la Comunidad Andina. Decisión 608. Disponible en Internet: <http://www.comunidadandina.org/Normativa.aspx?GruDoc=07>

Ley 101 de 1993. Disponible en Internet: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0101_1993.html