

PRESENTACIÓN

Baldo Kresalja R.*

1. Felicito a THEMIS, Revista a la cual estoy ligado desde su primera etapa, por organizar este seminario sobre un tema que, creo, ha adquirido una gran importancia durante los últimos años y que probablemente la siga manteniendo en el futuro.
2. Cabe señalar que el fenómeno de la competencia es tan antiguo como el comercio. En consecuencia, el Derecho a la Competencia, tal como lo conocemos hoy, es el resultado de un fenómeno históricamente muy importante, pues la cultura y los conocimientos, se transmitieron y llegaron a los pueblos a través del comercio. Desde las épocas más antiguas, el precio, la calidad, la oportunidad y las decisiones políticas han sido los factores que han determinado las opciones de consumo. En la actualidad – aunque, con otras connotaciones, con otra fuerza– siguen siendo esos los cuatro elementos por los que unos competidores les ganan a otros: precio, calidad, oportunidad e influencia política.

En este sentido, lo que ha cambiado en relación a épocas anteriores, es el fenómeno de la globalización que todos conocemos, gozamos y sufrimos. Es evidente que al haberse acortado las distancias y desarrollado tecnologías de comunicación en forma tan extraordinaria, la competencia se ha intensificado. Hoy, las normas de los códigos de comercio, que fueron fruto del capitalismo de siglo XIX, parecen de un lado, muy estáticas, y de otro, muy permisivas, dado que brindan a las partes una autonomía comercial que el actual Derecho de la Competencia no permite.

A pesar de que las reglas del Derecho a la Competencia están íntimamente ligadas al mercado y a las corrientes liberales, en verdad responden a un determinado tipo de Estado. El Estado que subyace a los viejos códigos de comercio no es el Estado que está detrás de las leyes *antitrust*. Hoy día, el Estado tiene algo más que decir: el competir no es sólo un derecho sino es también una obligación.

3. El Derecho a la Competencia ha adquirido una importancia relevante en los últimos años, en nuestro caso vinculada a la discusión del capítulo económico de la Constitución, aquel que se conoce como “Constitución Económica”. Nunca antes –como en los últimos 20 ó 30 años– se había discutido con tanta profundidad y con tanta pasión el contenido de la Constitución Económica, así como el contenido de algunas de las viejas libertades ganadas en la Revolución Francesa, como las libertades de industria y comercio, las cuales podemos denominar hoy “libertad de

* Fundador de THEMIS, Primera Época. Miembro del Comité Consultivo de THEMIS. Ex Ministro de Justicia. Profesor Principal de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

empresa". Estas viejas libertades, si bien están reconocidas en todas las constituciones latinoamericanas del siglo XIX y del siglo XX, no han adquirido su verdadero sentido, sus dimensiones y perfiles hasta la discusión que se ha producido con motivo de los nuevos textos constitucionales de los últimos 30 años.

La iniciativa privada y la libertad de empresa son los supuestos básicos sobre los cuales se construye el Derecho de la Competencia. También el reconocimiento, hoy universal, del derecho de los consumidores, pero de consumidores con poder adquisitivo. Una nación de pobres no puede tener un Derecho de la Competencia sólido. En consecuencia, primero debe crearse y distribuirse riqueza; sólo entonces, vendrán las discusiones sobre las normas más adecuadas para regular la competencia.

4. Debe señalarse que de los antiguos comerciantes se ha pasado hoy a los conglomerados: los actores han cambiado. El más poderoso de los hacendados peruanos de la costa, el más productivo, el mejor conectado socialmente, aquél que sirvió de modelo en los debates y a otras discusiones relativas a la reforma agraria y colaterales, ese hacendado, no tiene un cuarto de poder del que tiene hoy día el propietario de un canal de televisión y el propietario de un canal de televisión peruano no tiene un cuarto de poder del que tiene el propietario de una editorial catalana. Los parámetros de los poderes fácticos han cambiado, como producto del desarrollo tecnológico.

El Derecho a la Competencia no puede olvidar esa realidad; es un Derecho de lucha, se dice, de lucha concurrencial. Ese Derecho es el que va a ser materia de análisis en el presente seminario.

5. Conviene destacar lo siguiente: no es cierto que la preocupación o el estudio de los temas del Derecho de la Competencia se haya iniciado en los últimos 10 años. La vinculación entre la competencia económica y el Derecho se discutió, después de la Segunda Guerra Mundial, en casi todos los países latinoamericanos, por influencia de los Estados Unidos, pero fue una materia fundamentalmente para economistas.

En América Latina, la Comisión Económica de las Naciones Unidas para América Latina (CEPAL), tuvo una importancia muy grande y si uno lee algunos de los espléndidos textos de Raúl Presvich y de otros distinguidos miembros de la CEPAL, como el ex Presidente de Brasil, Cardoso, puede comprobar que las discusiones actuales sobre el Derecho de Competencia ya se habían iniciado. No obstante, tales ideas no llegaron a formularse jurídicamente, tal como lo están hoy en el Decreto Legislativo 701, norma que regula la eliminación de las prácticas monopólicas y restrictivas de la libre competencia en el Perú.

Recordemos una frase de Joaquín Garriges Díaz Cabañete, el gran comercialista español, quien en uno de sus libros dice: “Hay que recordar que el derecho antitrust ingresa a Europa en la mochila de los soldados aliados, de los soldados de los Estados Unidos”. El factor determinante que originó que el moderno Derecho de la Competencia, se concibiera como algo vívido, que debía discutirse abiertamente, es fruto de la influencia del Derecho norteamericano. Aunque, por supuesto, debe precisarse que en Europa, el Derecho de la Competencia había tenido un desarrollo particular, especialmente en Alemania.

En el Perú se presentaron algunos proyectos en el Parlamento relativos a la regulación de la competencia, por fuerzas políticas distintas. El actual presidente del Banco Central de Reserva, Javier Silva Ruete, cuando fue Senador, presentó un proyecto y el ex Senador de la izquierda socialista, Enrique Bernales, miembro de la Comisión de la Verdad, también presentó un proyecto. Así, pues, no es un tema que no se hubiese tratado antes, lo que ocurre es que no se habían dado las condiciones para su desarrollo. Las condiciones para su formulación jurídica aparecen en medio de uno de los peores momentos republicanos durante el gobierno de la República: el gobierno de Alan García, que es cuando surge el Movimiento Libertad. A raíz de este Movimiento, es que se genera una discusión muy intensa sobre qué se debería hacer, en un gobierno de tendencia económica neoliberal, en cuanto a la regulación del mercado.

Entonces, por un conjunto de factores, entre los cuales se encuentra ese Movimiento político y también de universitarios peruanos que regresaban de universidades norteamericanas, no sólo en el ámbito del Derecho sino también de la economía, esas ideas comienzan a exponerse, a estudiarse. No todos, pero algunos de los principales instrumentos jurídicos que se dictaron en los primeros años del gobierno de Fujimori, fueron preparados – algunos inclusive a nivel de detalle y otros a nivel de borrador– por la gente que convocó el Movimiento Libertad y el FREDEMO.

6. Un fenómeno similar se dio en las universidades. Durante muchos años fui profesor de un curso que inicialmente se llamó el Derecho Industrial y después Derecho de la Propiedad Industrial. Me comencé a interesar por el Derecho de la Competencia a través del estudio de los derechos intelectuales, como posiciones monopólicas o privilegiadas, etc., y un año antes de que se fundara el Movimiento Libertad hice una propuesta al Consejo de la Facultad para dictar un curso electivo sobre Derecho de la Competencia. Lo sustenté, me trataron muy bien, pero lo rechazaron, pues consideraron que no era importante. Después, con el éxito político inicial del FREDEMO, se piensa que es una materia que puede interesarle a los alumnos y al país. Así, nació el curso que tuve el gusto de dictarlo por primera vez en nuestras Facultades de Derecho, y que ahora siguen dictando mejor que yo varios profesores.

7. Considero que nada de todo lo que he dicho los hubiera convocado aquí, si es que en medio de ese proceso no nace una institución como el INDECOPI. El INDECOPI es una institución *sui generis*, pues al momento de su nacimiento no se conocía en otros países institución similar. Sin embargo, la idea no nació de un momento a otro. La idea sobre ese modelo la habíamos conversado entre algunas personas antes de su nacimiento, influenciados principalmente por el funcionamiento de oficinas similares en los Estados Unidos y también por algunas iniciativas de la Comunidad Económica Europea. Yo tenía una experiencia personal, pues había sido miembro del Primer Consejo Directivo del ITINTEC, que fue el antecedente del INDECOPI, y que surgió en una época en la cual hubo un debate sobre si los derechos de Propiedad Industrial debían o no administrarse por esa institución y vincularlos con la competencia.

No es verdad que los seguidores del primer gobierno de Fujimori –el democrático– supieran lo que es crear una agencia o un instituto como el INDECOPI. La concepción inicial del INDECOPI se debió fundamentalmente a abogados, a egresados de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica y a algunos de Economía de la Universidad del Pacífico, y fue una propuesta desde la pobreza. En otras palabras, no se buscó crear oficinas separadas para patentes, para marcas, para diseños, para competencia desleal, para publicidad, sino unir esto y darle un sentido, una unidad.

Por cierto, hubo muchas discusiones, por ejemplo, sobre si las comisiones deberían estar formadas por profesionales libres, abogados o economistas, o conformadas por funcionarios del Estado. Lo cierto es que las bases de ese Instituto, estaban siendo discutidas cuando se dio el golpe de Estado por Fujimori, en abril de 1992. Con posterioridad, después de unos meses, se retoma este asunto y se vuelve a discutir. Algunos, como era mi caso, colaboramos técnica aunque no políticamente en este asunto. Conviene señalar, que el Ministro Boloña, sobre cuyos méritos o deméritos no me cabe ahora pronunciarme, ha señalado en una entrevista, que él fue algo así como el fundador del INDECOPI. Eso no es cierto. Lo que puedo decir es que el Ministro Boloña fue quizás el único Ministro, con excepción del ingeniero Jorge Camet que fundamentó la creación del Instituto, que entendió el propósito del mismo. Tal es su mérito, no el haberlo creado.

8. El INDECOPI después de una primera etapa, un poco de dudas, se consolida con gente inteligente, preparada y honesta, y desarrolla a través de su Sala de la Competencia, una jurisprudencia muy importante, en la cual se introducen conceptos tomados del análisis económico del Derecho. Así se fundamentan las resoluciones, se dice por qué una de las partes debe ser sancionada, el Tribunal de la Competencia explica su punto de vista; etc. Esta forma de actuar, por cierto, ha sido una suerte extraordinaria para las Facultades de Derecho. Antes, las resoluciones tenían cinco líneas, uno no sabía bien por qué se fallaba en un sentido o en el otro. Todo

esto lleva a la creación de precedentes, que dan predictibilidad, seguridad jurídica.

El hecho que alabe las bondades de la jurisprudencia de la Sala de la Competencia del INDECOPI, cuyo presidente era en esa época Alfredo Bullard, no significa por cierto que esté de acuerdo con todas las ideas que se postulan. Pero lo importante es que estaba hecha con seriedad y que su influencia ha llegado, no con mucha fuerza, no diremos con un motor fuera de borda, sino en un bote de vela, al Poder Judicial.

9. Las leyes que regulan la libre competencia o *antitrust*, la competencia desleal, la publicidad, la protección a los consumidores, el acceso al mercado en general, responden a un modelo. Dentro de ese modelo caben varias tendencias, enfoques jurídicos y económicos diversos. En otras palabras, las leyes, salvo uno que otro aspecto, en términos generales, pueden ser interpretadas de manera diversa, pueden resistir el paso del tiempo, ello es importante saberlo para el ejercicio profesional. También es importante para los litigios porque da la posibilidad de cambiar los precedentes, los que, dicho sea de paso, solamente son obligatorios para la administración. En el supuesto que la Corte Suprema, en un caso concreto, fallara en contra de un precedente de observancia obligatoria, el INDECOPI debería asumirlo y cambiar el contenido del precedente, pero eso no ha sucedido a la fecha.

En suma, se trata un modelo que privilegia la competencia económica, porque considera que es el mejor camino para el beneficio común.

10. Pero no puede ocultarse que hay un divorcio entre lo que persigue la ley y la realidad social y económica del país. Citando nuevamente a Joaquín Garrigues, quien participó en el primer proyecto la ley de competencia española, podemos sostener que hay que apreciar el tamaño del traje, el traje que hemos importado de los Estados Unidos y Europa, es un traje muy grande, es un traje para un señor poderoso, bien alimentado; es necesario adecuar el traje, hay que ver cómo lo recortamos, no en el sentido jurídico de recortar las libertades, sino en el sentido de adecuarlo a nuestra realidad. Consideramos que puede hacerse a través de la jurisprudencia. Debemos ser muy conscientes que parte importante de la discusión de nuestros días sobre el Acuerdo de Libre Comercio de las Américas (ALCA), o el Tratado con los Estados Unidos (TLC), o la relación con el Brasil, todos esos temas de discusión se relacionan con el tema del Derecho de la Competencia y, por supuesto, también con los Derechos Intelectuales.
11. Estamos, creo, en una situación relativamente buena, en comparación con nuestros vecinos sudamericanos, porque tenemos una base profesional bien preparada en el Perú. Le podemos dar la talla a cualquiera, a nuestro nivel de desarrollo. Este seminario nos ayuda a analizar, a profundizar, a comparar. Nos obliga a pensar en algo que, si bien no va a agradar a todos

los abogados, se va a presentar necesariamente: vamos a tener cada vez que acudir más a tribunales internacionales y arbitrajes internacionales, es una realidad que nos va a imponer la globalización económica.