

“EL DERECHO DE COMPETENCIA TIENE QUE FORMAR PARTE DE LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA DE UN ESTADO”*

Entrevista a William E. Kovacic** y Antonio Creus***

Con motivo del seminario internacional “Institucionalidad y Políticas de Libre Competencia” organizado por THEMIS y la Maestría de Derecho de la Empresa en mayo de 2005, estos dos reconocidos juristas visitaron nuestro país. Naturalmente, no podíamos dejar pasar la oportunidad de entrevistarlos y escuchar sus opiniones respecto de asuntos de interés nacional.

En las páginas siguientes el lector se encontrará con respuestas tan interesantes como discordantes, que sin duda constituyen un gran aporte para mantener vivo el debate sobre algunos temas neurálgicos del Derecho a la Libre Competencia.

* Las preguntas de las entrevistas fueron elaboradas por Javier Calmell del Solar, ex Director de la Comisión de Financiamiento de THEMIS y Oscar Súmar, Director de la Comisión de Contenido de THEMIS. La entrevista a William E. Kovacic fue realizada por Jimena Aliaga, miembro de la Comisión de Contenido de THEMIS, quien a su vez tuvo a su cargo la traducción de la misma. La entrevista a Antonio Creus fue realizada por Óscar Súmar, Director de la Comisión de Contenido de THEMIS. Agradecemos al doctor Alejandro Falla, sin cuya ayuda hubiera sido imposible la realización de las entrevistas.

** Profesor E. K. Gubin de Contratos de la facultad de Derecho de la Universidad George Washington. Ex asesor de la U.S. Federal Trade Commission.

*** Profesor de la Maestría en Derecho de las Telecomunicaciones y Tecnología de la Información de la Universidad Carlos III de Madrid.

1. ¿Qué sentido tiene aplicar Derecho de Libre Competencia en un país como el Perú, en el que cerca del 80% de la economía es informal? ¿Es el derecho de libre competencia uno pensado exclusivamente para regular a las grandes compañías que dominan el mercado o, como necesario desarrollo de la constitución económica de un país, los principios de libre competencia se deben integrar a toda la economía, como principios rectores?

KOVASIC: Creo que existe cada vez más evidencia que demuestra que incluso en los países en los que una parte significativa de la actividad comercial se da en el sector informal, las políticas de competencia pueden resultar ser muy beneficiosas. Así, pueden obtenerse beneficios de las políticas de eliminación de las prácticas restrictivas, y de las que impone el Derecho, antes que cualquier entidad estatal, para dismantelar las barreras de entrada al mercado. Un área particularmente importante en la que se han visto mejoras es la relacionada con los carteles internacionales. Hoy en día es más que conocido que algunos de los carteles internacionales más importantes, como el de las vitaminas, literalmente operaban en todo el mundo, y era inusual encontrar un país que no fuera afectado con las alzas de precios atribuidos a estos.

Pienso que una nación que cuenta con una política de competencia tiene la capacidad de recuperarse de los daños causados por ese tipo de comportamiento propio de un cartel internacional. El Derecho, creo yo, puede jugar un papel muy importante al asistir la conversión del sector informal al sector formal estipulando medidas que favorezcan la eliminación de las barreras artificiales a la participación en el mercado, apuntando a reducir las restricciones innecesarias que las autoridades públicas imponen al conceder licencias a las empresas nuevas que entran al mercado, eliminando normas artificiales sobre quién y quién no puede participar en éste logrando, así, reducir los impedimentos que los informales deben encarar para formalizarse, en la medida que el Estado pueda llevar a cabo tal conversión.

Esto aumenta la base imponible sobre la que el gobierno opera; hay muchas investigaciones, entre las que lideran las realizadas por peruanos, que demuestran que los informales pueden ser atraídos al sector formal hasta el punto que estos pueden beneficiarse de la protección, de las estructuras legales que promueven la inversión en bienes globales y de la inversión de capital a largo plazo que tiende a ser muy importante para promover el crecimiento.

CREUS: Evidentemente, el Derecho de Libre Competencia tiene grados y, por tanto, contestando

la primera parte, se puede aplicar perfectamente cuando hay empresas que no están en la superficie. Esto no es anormal, en muchos países se aplica sin que esté toda la economía visible de alguna manera y, por lo tanto, no debería ser un problema. Yo creo que más bien la contestación está en la última parte, el Derecho de Competencia tiene que formar parte de la constitución económica de un Estado y es un poco el equivalente, casi, a la democracia en el contexto político. Es decir, lo que nos dará la libre competencia es un libre juego y que nadie intente distorsionar el juego. Por lo tanto, no beneficia de alguna manera a unas empresas frente a otras, beneficia a todas, y perjudica a todas. Es decir, beneficiará a quien lo sepa usar y perjudicará a quien no lo sepa usar. Entonces, perjudicará también a quien abuse o intente romper el sistema y sea denunciado, no le perjudicará si éste consigue que no le denuncien, pero en principio es parte de este sistema. Por lo tanto, son unas reglas muy básicas. Tampoco hay que complicarse mucho, al final, si cogemos el sistema americano o europeo, encontraremos que hay unas tres o cuatro reglas de juego básicas, no hay más. Luego, a partir de ahí, somos capaces de crear unas construcciones muy avanzadas, pero ahí es donde la gran construcción avanzada debe ir acompañada con lo que sea la economía real de cada país.

2. En el Perú se sancionan los llamados «precios abusivos», sin embargo, algunos creen que la lógica del mercado nos diría que si una empresa pone precios abusivos, en realidad, esto haría que ingresen nuevos competidores, porque no se pondrían mantener dichos precios, con lo cual, ya no existiría el propio monopolio, lo que nos lleva a pensar en la conveniencia de que el Estado intervenga en este caso en lugar de dejarlo simplemente a la regulación del mercado. ¿Cuál es su opinión al respecto?

CREUS: Esta pregunta no es fácil. El precio abusivo como tal no me plantea a mí ningún problema en la medida en que haya un mercado relativamente abierto que suponga que, ante la imposición de tales precios, vayan a entrar otros operadores al mercado. Por lo tanto, lo que hay que examinar es no tanto si el precio es abusivo sino si hay barreras de entrada al mercado, o barreras de salida, es decir, barreras en definitiva, para entrar u operar en el mercado. Si estas barreras existen tenemos un problema. Entonces, evidentemente hay que ver cuáles son esos precios y si son abusivos o no. Los precios abusivos como tales pueden cuestionarse pero yo creo que dentro de unos marcos muy especiales.

Los precios abusivos también pueden ser significativos si es que estamos hablando de una infraestructura

básica o esencial, lo que se llama una *essential facility*. Si estamos ante una *essential facility* y hay precios abusivos, puede haber un problema económico y otro de competencia. Si no, si de lo que estamos hablando es de que alguien se aprovecha y simplemente pone precios muy altos y por esto se le condena, primero habría que definir si está en una posición de dominio y si este precio abusivo representa un abuso y afecta el mercado. Pero si no a lo que nos arriesgamos es a cambiar el Derecho de Competencia por un Derecho de control de precios y, evidentemente, el Derecho de Competencia no es un Derecho de control de precios sino que es un Derecho, más bien, de control del juego de estructuras del mercado. Lo contrario sería pensar, precisamente, en contra de lo que propone la competencia, que es la intervención pública, continuada sobre los precios. No es esto lo deseado, sin embargo es cierto que en muchos países se ha utilizado el Derecho de Competencia para controlar los precios de forma que no suban mucho y se mantengan hasta cierto punto estables.

3. En INDECOPI se cambian los precedentes de observancia obligatoria cada vez que se modifica la composición de las Salas. En ese sentido, ¿qué problemas puede acarrear la poca estabilidad de los precedentes? Además, ¿qué tan importantes son los nombramientos (y que permanezcan en sus puestos las personas nombradas) para el eficaz funcionamiento de este tipo de instituciones?

KOVASIC: Debemos tener en cuenta que muchos sistemas de competencia evolucionan así como lo hace el aprendizaje académico y la teoría económica estatal, y es común que la doctrina de las políticas de competencia cambien con el tiempo y ésta ha sido precisamente la característica de muchas jurisdicciones. Considero que lo fundamental es tomar en cuenta el proceso por el que los cambios se llevan a cabo y las bases dadas para tal cambio.

Es un hecho que siempre habrá cambios. Las preguntas críticas a las que debemos avocarnos son: ¿por qué ha habido cambios y cuál es el proceso que la autoridad de Competencia ha seguido para realizar tales cambios? ¿Se buscó involucrar en la discusión pública acerca de la viabilidad de los estándares existentes y sobre la necesidad de hacer ciertos tipos de ajustes a otras instituciones como las Universidades, al Colegio de Abogados o la comunidad comercial? ¿Se puede decir que en la comunidad existe un consenso sobre la sensatez del ajuste? Considero, de esta forma, que uno de los exámenes más importantes a realizarse es el cuestionamiento de cómo es que los cambios se dan, y si estos se han fundado sobre la base de la discusión y consulta pública.

Hay dos cambios que considero merecen una especial y continua atención: El primero es el cambio del estándar que prohibía ciertos tipos de acuerdos restrictivos al considerárselos ilegales, es decir, *per se* violatorios, haciéndolos (quizá el término sea relativo) estándares razonables. Considero que hay consenso en que algunas conductas como los carteles de productores (verbigracia el de vitaminas) no tienen nada de redimibles. Es decir, la sociedad no deriva beneficios de ellos y existen justificaciones muy sólidas para tener un principio claro que no permite excusas en la mayoría de casos. Es por eso que pienso que un área digna de observar es la consistencia con la que algunos de los cambios han surgido para volverse normas y estándares globalmente aceptados.

El segundo es la forma en que se lidió con los precios excesivos. En muchas jurisdicciones se tienen estándares de abuso de dominio que derivan del artículo 82 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, y se permite al agente de competencia controlar el precio excesivo impuesto por las firmas dominantes. La mayoría de jurisdicciones han descubierto que éste es un concepto extremadamente difícil de aplicar en la práctica. Es por eso que pienso que debe haber una aproximación cuidadosa teniendo en cuenta esta experiencia y para reconocer las dificultades severas que la Comisión Europea y sus miembros tuvieron que pasar al tratar de aplicar tal estándar.

Por último quisiera hacer una sugerencia referida a la publicidad comparativa. Considero que es posible ver desde la experiencia de otras jurisdicciones y deducir que en muchas de ellas obtuvieron beneficios reales al establecer que los productores hagan representaciones veraces de las características de sus productos. Los consumidores tienden a ser buenos distinguiendo las aseveraciones que son claramente cuestión de opinión de las que están fundadas en hechos. Creo que se puede diferenciar una aseveración que dice "vendo la mejor taza de café del mundo" de otra que dice "tengo encuestas que muestran que la mayoría de consumidores piensan que sirvo la mejor taza de café". La primera de éstas será tomada como una opinión y el efecto esperado es: "prueba mi café, si no te gusta, no lo vuelvas a probar"; en cambio en el segundo caso aseguro que he llevado a cabo una investigación que demuestra que mi café es bebido por la mayoría de consumidores. Los consumidores, a mi parecer, pueden distinguir perfectamente ambos.

CREUS: En esta pregunta hay una parte que no voy a poder responder porque soy español, europeo y, por lo tanto, no voy a poder contestar sobre temas internos, si bien puedo formarme yo mi propia opinión. Voy a contestar, más bien, con las cuestiones genéricas.

William E. Kovacic
Antonio Creus

En primer lugar, los cambios de precedentes. Implícitas hay varias preguntas, primero, ¿los precedentes pueden cambiar? No, los precedentes, creo que no deben cambiar. ¿Los precedentes deben cambiar porque cambien los miembros de los tribunales? La respuesta también es clara, no, no deben cambiar, deben ser una cosa que sobrepase la existencia de unas personas físicas que desempeñan una función determinada. Los precedentes están para crear una línea doctrinal, que muestran donde tenemos que ir. Hay ejemplos de situaciones difíciles en las que se han cambiado los precedentes. Creo que es difícil plantearse en ciertas operaciones reglas de la razón. Aunque debemos admitir que habrá ciertos conceptos donde habrá una regla *per se* y en otros reglas de la razón. En una práctica cartelizadora, sin embargo, aplicar una regla de la razón no es algo que entienda desde mi filosofía, seguramente, me debe faltar algo, algún elemento, pero, como tal, no la entiendo.

Dicho esto, es cierto que ha habido un cambio en algunas economías de reglas *per se* a reglas de la razón, pero sin duda en otros tipos de acuerdo, los que sean verticales o restricciones que tengan algún sentido más allá de lo económico, pero respecto a los cárteles tradicionales nuestra legislación a utilizado la regla *per se*, en Europa y España, y no se nos ocurre cómo lo puedan cambiar. Por lo tanto, yo creo que es importante decir que los precedentes no sólo pueden, sino que deben cambiar, pero los cambios no deben ir acompañados con los cambios de grupos que desempeñan la competencia. Sí deben entrar nuevas personas, con nuevas teorías, pero no tendría porque estar cambiando en un sistema de oscilación pendular o *cuasi* pendular que nos puede llevar a ciertas dudas acerca de cómo funcionan nuestros sistemas. Esto, en Europa lo veríamos como una politicación de la institución: dependiendo a quien se nombra o no se nombra hay cambios de precedentes. En cuanto al nombramiento, no conozco el sistema de nombramiento de Perú en concreto, pero sé que por ejemplo en España se está utilizando el nombramiento por el parlamento, es decir, que no sea el propio ejecutivo el que intervenga, sino que sea el legislativo (esto se hace además en Italia). Esto se hace para crear una cierta independencia y eliminar ciertos vaivenes de tipo personal. Por ejemplo, en España, hemos cambiado de gobierno pero el presidente de la autoridad competente, que fue nombrado durante el anterior gobierno, sigue en su cargo, y lo mismo ocurrió con el anterior cambio de gobierno: por muchos años tuvieron a un presidente de la autoridad competente, nombrado por gobierno distinto; y no por ello ni es mejor ni es peor. Yo creo que, algunas veces, el gobierno no tiene por qué inmiscuirse en un tema tan importante como es la gestión de la actividad económica a través de la libre competencia.

4. Posner, Bork y Sullivan al referirse al Derecho a la Libre Competencia establecen que siempre existe una opción política para conducir la economía en una forma específica. ¿Cuál considera que debería ser la opción política adecuada para una economía incipiente como la nuestra?

KOVASIC: Considero que la opción política involucra el decidir la mezcla correcta de propiedad privada y propiedad estatal que ha de existir en la economía nacional. Estas son las principales bases. Es una decisión fundamental que todo país debe tomar. En la mayoría de países las opciones no se reducen a tener 100% de una y 0% de la otra. La mayoría de economías están mezcladas hasta el punto que virtualmente en cada economía existen empresas del Estado y se tiene a la vez algún nivel de iniciativa privada. La pregunta política fundamental es cuál es la mezcla correcta aproximada de ambos. Si partimos de una experiencia comparativa e histórica, tenemos por un lado sistemas de control central dirigidos y por el otro los sistemas descentralizados. Creo que existe bastante evidencia que sugiere que el progreso hacia la descentralización se da más que todo para aumentar la riqueza y el desarrollo antes que confiar en un sistema de control central dirigidos.

La estrategia que ha de seguirse como probablemente la más eficiente es que antes de confiar en la propiedad estatal como mecanismo para lograr los fines de bienestar social, es mejor confiar en las decisiones descentralizadas hechas para la promoción de los objetivos sociales al usar las políticas tributarias locales o nacionales para acumular rentas para programas de bienestar social. De esta forma usar la propiedad estatal como mecanismo para lograr directamente los objetivos de bienestar social no sería la opción recomendable. Las políticas de competencia cumplen un rol importantísimo al asegurar que se elija la descentralización. Si el consenso político se muestra de acuerdo con esta opción, el mecanismo llega a funcionar más eficientemente ya que no es improporcionado por intervenciones públicas ni privadas.

Creo que hay una consecuencia política importante de la descentralización puesto que las políticas de competencia tienen el efecto de hacer más fácil a los individuos el participar en el mercado. Esto logra dismantelar las innecesarias barreras públicas de entrada. Pueden obtenerse muchos beneficios sociales, lo que otra vez nos lleva a nuestra discusión sobre la formalidad en una pregunta anterior. Esta opción hace más fácil que los individuos con habilidades puedan ejercerlas, y no sólo origina una fuente importante de la economía sino que también puede crear un ambiente importante para el desempeño personal. Los

países que ponen los menores obstáculos en el camino de aquellos que tienen habilidades para ser desarrolladas progresarán más que esos que no.

Parte de nuestra satisfacción personal como seres humanos consiste en usar las habilidades que tenemos, incluyendo el trabajo. Considero que en parte trabajamos no sólo porque es una necesidad sino porque tenemos rasgos de nuestra personalidad a los que el trabajo le da efectos pues permite satisfacer altamente la creatividad. Un sistema económico que permita que los individuos den la máxima expresión a tales habilidades y capacidades probablemente, en una forma personal y política, pueda contribuir a incrementar la satisfacción individual también. Así, el decidirse por la descentralización, y por tener un sistema de políticas de competencia que reduzcan las restricciones de entrada al mercado y las restricciones artificiales significa negarse a transmitir el siguiente mensaje al individuo: "has de soportar un sinfín de requerimientos para obtener licencias y permisos", y, por ende, optar por un proceso simple de incorporación del negocio. Esto no sólo es una buena oportunidad para lograr los fines económicos importantes sino que también para mejorar la satisfacción de los ciudadanos también a un nivel personal.

5. ¿Cuál es su opinión acerca de la implementación de un sistema de control de fusiones, considerando que éste es un sistema que se presume costoso, la poca institucionalidad que sufre el Perú y el peligro de captura de empresas por parte del Estado? Y, en todo caso, si se considera que debería haber un sistema de control de fusiones, este control, ¿debería ser *ex post* o *ex ante*?

KOVASIC: Yo soy de la opinión de que depende mucho de cómo el control de concentración de fusiones es diseñado. Considero que es muy importante que los países de recursos limitados que están en las etapas iniciales de desarrollo de instituciones sólidas se cuiden de tomar responsabilidades que excedan las capacidades institucionales actualmente existentes. Tenemos la experiencia de un buen número de países en los que se comprobó que si ciertos tipos de fusiones son permitidas sin la supervisión de las autoridades de competencia pueden tener efectos dañinos, especialmente en los mercados de servicios en los que el tráfico internacional no provee de límites, pudiendo, así, concentrarse toda la capacidad comercial de un mercado en particular en una sola empresa. Así también, cuando un Estado está en proceso de privatización habrá beneficios en tanto la privatización se de de tal forma que promueva la competencia, y que las firmas recientemente privatizadas no recreen simplemente la configuración de aquella empresa única

que prevaleció durante el período que el Estado fue el propietario.

Creo también que ha de darse un ajustamiento a fin de tener un sistema de control de fusiones, y no un control de fusiones *ex ante*, centrado en la revisión de las fusiones que competitivamente resulten ser más serias. Eso significa que las revisiones no se darán en los niveles bajos, es decir, se llevarán a cabo sólo cuando con las transacciones se busque reducir el número de participantes relevantes en el mercado de tres a dos, o de dos a uno. En pocas palabras, el mecanismo de control se ha de centrar en los niveles altos como es el del monopolio o cuando se busque reducir a un mercado con tres firmas a uno con dos, como ya se comentó.

CREUS: Control de concentraciones: ¿sí o no? Yo no soy quién para decirle a nadie si debe o no debe tenerlo, mas voy a dar elementos y claves para que la gente piense al respecto, ésta es mi finalidad. Por lo tanto, vamos a abordar el tema, se dice que el Perú es un país muy pequeño, bueno, hay países mucho más pequeños que tienen control concentraciones. Entonces no veo por qué éste deba ser un impedimento.

El costo del control de concentraciones tampoco tiene por qué ser muy alto pues se tiene que adaptar a la realidad de concentraciones a analizarse en cada país. Es decir, no se trata de crear una institución para analizar mil operaciones de concentración. No, en España vemos cien al año y de las cuales el 90% son en primera fase, es decir, un simple intercambio de información. ¿Qué hay destinado al control de concentraciones? En España debe haber unos seis o siete funcionarios dedicados a llevar los procedimientos en primera fase y unas tres o cuatro a nivel de Tribunal. Así, estamos hablando de trece o catorce funcionarios para un país con una economía, a lo mejor, distinta a la peruana. Si hiciéramos una regla de tres, no estaríamos hablando de muchos más funcionarios para gestionar un control de concentraciones aquí. Pero, pueden haber otros problemas y es el tema de politización del control de concentraciones, pero éste no es un tema de este país, ni de cualquier otro en particular; lo es en Estados Unidos, lo es en Europa, lo es en España, en Italia, en Alemania y en todos los países. Tiene, pues, una connotación económica muy fuerte.

El siguiente tema era el control *ex post* o *ex ante*. El control *ex post* no sirve, no es control de acuerdo a las reglas de Libre Competencia. Si voy a hacer un control, tendría que ser *ex ante* y por lo tanto, tiene que salvar de alguna manera este obstáculo a la competencia. Entonces, creo que claramente el control tiene que ser

William E. Kovacic
Antonio Creus

ex ante. El *ex post* no ha funcionado en casi ningún país: ocurre que es muy difícil deshacer lo que ya está hecho. Es decir, si el control ocurre *ex post*, ya se ha producido la concentración y después es muy complejo deshacerla, casi raspando lo imposible. Los conceptos, respecto de la concentración, tienen que ser abiertos, sencillos, fáciles de aplicar –sobre todo fáciles de aplicar– más que correctos jurídica o técnicamente. Entonces, si se hacen fáciles, se adecua uno a los mercados. Ahí tenemos una virtud. Por lo que oído respecto del Perú, como integrante de la comunidad andina, ya empieza a ser un poco grande, entonces hay que empezar a pensar dónde colocamos el control de concentraciones. En Europa, el control de concentraciones no empezó por España, ni por Francia, ni por Italia, empezó a nivel de la Comunidad Europea y, luego, unos años más tarde, lo implementamos hacia abajo. Entonces, quizá es un ejemplo a estudiar, yo no digo que sea “a seguir”, digo “a estudiar”.

La regla de la razón es una regla necesaria, sobre todo, donde existe algo que ustedes aquí no tienen, pero que en Europa la tenemos, que es la aplicación judicial del Derecho de Competencia. En ésta, el juez tiene que ver cuáles son los hechos que se han presentado y éstos deben tener alguna racionalidad. Yo creo que pueden convivir ambas reglas dependiendo de las situaciones. Podemos pensar que hay cosas que son *per se* prohibidas y algunas donde es aplicable la regla de la razón, yo siempre lo he entendido así, no creo que sea lo uno o lo otro, creo que hay posibilidades de tener las dos. Ahí donde estén involucrados asuntos relativos a precios, intercambio de información y control de territorios, creo que siempre será aplicable una regla *per se* y la regla de la razón estará restringida a las operaciones cuya validez dependa de la racionalidad que haya detrás de ella.

6. ¿Están el derecho a la Libre Competencia y la Competencia Desleal relacionados de alguna forma?

KOVASIC: Creo que existe un vínculo importante entre las dos áreas pues a veces al hablar de la competencia desleal o injusta nos referimos a una forma de protección al consumidor. Así, creo que uno de los nexos más importantes entre ellos es que los principios de las normas sobre competencia y la especial atención que prestan al establecimiento de medidas en pro de una mejor situación de los consumidores son una forma de imponer disciplina en el desarrollo de los principios de la competencia desleal. Creo que existen instancias en las que mediante un estudio comparativo puede

demostrarse que los principios y conceptos desarrollados en las normas de competencia constituyen un armazón importante y, además, estipulan los principios para el entendimiento de la mejor forma de aplicación de las medidas de competencia desleal.

Un gran número de jurisdicciones tienen contenidos en sus leyes de competencia ambos tipos de medidas y es frecuente que se le asigne a una sola institución la responsabilidad del *enforcement* de ambos. Sobre la base de esa experiencia, creo que pueden ser compatibles, armónicos. Sin embargo, desde la perspectiva analítica que nos presentan las normas de competencia, los elementos de tales normas de Derecho Administrativo tienden a ser muy estrictos en la interpretación de lo que constituye competencia desleal.

7. ¿Se debe implementar un sistema de ejecución pública o privada del Derecho a la Competencia?

KOVASIC: Creo que ambos cumplen un rol valioso. Este es uno de los casos en los que ha de tenerse en cuenta el diseño institucional y no puede soslayarse que la decisión de cómo diseñar una institución es muy importante. El sistema de *enforcement* privado del Derecho depende en gran parte de la fuerza y las cualidades de los tribunales. La decisión de proceder con un sistema privado de *enforcement* hace suponer básicamente que el sistema judicial ha logrado un nivel esencial de calidad, confiabilidad, honestidad y eficiencia. Si tal presupuesto es incorrecto, el *enforcement* privado no será exitoso. Por eso una de las preguntas claves es: ¿está el Poder Judicial preparado para esto? El que haya una respuesta positiva es una condición esencial para tener los derechos de acción privada¹.

Otra pregunta es la forma en la que los derechos privados han de ser diseñados. Los Estados Unidos tienen mucha experiencia con los derechos de acción privada y creo que las jurisdicciones que están considerando esta posibilidad pueden aprender mucho del estudio de la experiencia de ese país y otros países que se decidieron por ellos. Es posible también identificar problemas o debilidades en el sistema americano y evitarlos. No hay necesidad, por ejemplo, de normar que todos los daños deben ser multiplicados por tres. Una jurisdicción puede elegir otro tipo de medidas al decidir cómo hacerlo.

De ahí que crea que el *enforcement* privado puede jugar un rol útil pero para esto el país necesita tener confianza en que su sistema judicial puede trabajar

¹ Nota del Traductor: el término usado por el Profesor Kovacic fue “private rights of action”. Según el diccionario jurídico Black’s la denominada “private action” es toda pretensión llevada a los tribunales por un privado para la ejecución o protección de un derecho civil o privado.

eficientemente, y debe estudiar muy cuidadosamente lo que otras jurisdicciones han hecho porque son esos experimentos los que pueden informar a un país cómo es que deben llevar a cabo los programas.

CREUS: En cuanto a la ejecución privada del Derecho de la Competencia, llevo ocho años escribiendo a favor de ello. En España estamos modificando la ley en ese sentido. A nivel comunitario se ha modificado hace un año y ya se está aplicando. Yo creo que es básico y fundamental. Esto por cuanto descarga al órgano público de una serie de temas y se puede plantear a niveles paralelos. Además, da a las empresas la posibilidad de poder ejecutar ante la jurisdicción que corresponda lo que sea el Derecho de Competencia. Me parece indispensable y me cuesta entender el Derecho de la Competencia sin esta posibilidad, porque, sin ésta, el particular siempre queda dependiendo de un órgano administrativo y si alguien quiere preguntar cuánto se paga por daños y perjuicios, por ejemplo, en un cartel, cuando no hay este *enforcement* privado, pues el monto es bajísimo. Entonces, es necesario contar con este sistema si queremos contar con un Derecho de la Competencia fuerte y serio.

8. En caso sea pública la ejecución ¿se debería dejar a la administración o se debería ser un sistema apoyado en el Poder Judicial y tener al INDECOPI como una especie de fiscal que solo se encargue de la “acusación” y labores de investigación?

KOVASIC: Creo que el modelo que mejor funciona en los sistemas que están todavía en las décadas iniciales del establecimiento de nuevos programas es el de establecer una revisión que han de llevarse a cabo por las cortes de apelación de mayor grado del país. Esto es, confiar en las decisiones administrativas, es decir, la presentación y evaluación de evidencia ha de hacerse ante un Tribunal Administrativo, y contar a la vez con una posterior revisión de un tribunal superior para asegurar que el tribunal administrativo haya actuado correctamente. Como tribunal superior puede tenerse al sistema existente de apelación de los tribunales de la jurisdicción o a cámaras especiales como las creadas en otros países para lidiar con los problemas que puedan surgir respecto de las políticas de competencia, o también pueden ser tribunales creados exclusivamente para ver cuestiones de políticas de competencia.

La principal razón por la que prefiero el mecanismo administrativo es que creo que de esta forma hay una mayor probabilidad de desarrollar un cuerpo coherente de políticas y doctrina sobre todo en las jurisdicciones en las que existen grandes dudas respecto de la calidad

de los tribunales, especialmente aquellos de primera instancia. Creo que esta es una razón bastante fuerte como para tener una administración experta cuya función sea ser el principal vehículo para la solución de los casos.

CREUS: Ésta es una pregunta muy compleja. Primero, si yo creo que debe haber ejecución privada del Derecho de la Competencia, me preocupa un poco menos que esté en manos del ejecutivo la eficacia pública del Derecho de la Competencia, porque en la medida en que tenga un remedio privado, ya sea que se trate de una empresa o un interesado, podré acudir al remedio privado, es decir podré acudir a los tribunales y ejercitar y hacer valer mis derechos. Por lo tanto, de ahí a que la entidad pública no quiera hacer valer mis derechos o quiera darle influencia política, no me va a afectar, ya que ésta incurre en responsabilidad.

Dicho esto, está la otra pregunta, es decir, pongámonos en el caso en que no hubiera un sistema de ejecución privada, y sólo dependiéramos del público y, por lo tanto, sea para nosotros más relevante qué tipo de ejecución pública tengamos. En este caso, yo creo que lo que me interesaría, sobre todo, es que tuviera independencia, no tanto en la fase de instrucción, sino en la de resolución. En algún momento, había pensado que hubiera un tribunal, no administrativo, sino jurisdiccional, como tienen algunos países, y sea éste quien resuelva y la autoridad administrativa actúe como corrector del caso, fiscal, investigador o acusador. Pero, nuevamente, nos encontraremos aquí con que el problema no lo acabamos de salvar, porque se plantea el dilema de qué pasa si la autoridad pública no quiere llevar el caso. Entonces, si no lo quiere llevar, necesitamos, nuevamente, la acción privada. Por mucho que queramos solucionar los problemas de la ejecución pública, si no tenemos la acción privada estamos siempre muy mal. Lo importante es tener la acción privada. La cuestión es compleja, lo importante es determinar primero lo privado y luego entrar a analizar que parte del sector público es quien va a analizar los casos.

9. Suponiendo que la ejecución privada es escogida, ¿cuáles son las desventajas de esta decisión?

KOVASIC: La desventaja más saltante es que el país pierde la habilidad de tratar de formular políticas coherentes o de establecer una sola política que es establecida a un nivel nacional. La descentralización básicamente le quita a la autoridad nacional el monopolio que tiene sobre la creación de políticas. Los privados pueden usar teorías con las que el

William E. Kovacic
Antonio Creus

gobierno no siempre coincidirá para sustentar ciertos casos por lo que pueden generarse costos por tal discrepancia.

Una postura intermedia se daría si se permite que los derechos de acción privada estén limitados inicialmente

a los comportamientos más dañinos. El país podría empezar estableciendo los derechos de acción privada para cubrir los daños impuestos por los carteles y luego expandirlo a otras áreas. Así tenemos que es posible crear derechos de acción privada concentrándolos en tipos específicos de comportamiento.