

---

# *Derecho de la Competencia, Mercado y Globalización\**

Entrevista a

**Baldo Kresalja Roselló\*\***

*Abogado, Pontificia Universidad Católica del Perú,  
Universidad de Wisconsin  
Escuela Superior de Administración de Negocios (MBA)*

Por:

**Juana Rosa Terrazos Poves**

**John Agreda Zamudio**

*La búsqueda natural de la minimización de costos y la maximización de los beneficios, debe estar cuidadosamente regulada, debido a la alta probabilidad de afectar diversos derechos en el afán de optimizar los resultados.*

*Así también, la falta de reglas claras pueden dar lugar a la asignación ineficiente de los recursos, por tanto, es el Derecho de la Competencia la rama encargada de regular la adecuación de la actividad comercial y la eficiente asignación de recursos, siendo necesario estar al tanto del tratamiento y efectividad de las normas que contiene referentes a estos aspectos.*

*Frente a ello, el Doctor Baldo Kresalja Roselló, destacado abogado con una amplia trayectoria académica y profesional, aceptó responder a algunas de nuestras interrogantes referidas al Derecho de la Competencia y a sus múltiples desafíos a nivel legislativo, así como, a su adecuación ante el crecimiento vertiginoso del mercado y la globalización, para poner en evidencia también la importante labor que viene realizando el INDECOPI, como ente regulador de las formas de competencia, así como, la influencia del Tratado de Libre Comercio que aún está en debate y los diversos pactos internacionales ya suscritos.*

1.- Tomando en cuenta que la década de los noventa demostró que no era suficiente la implantación de reformas macroeconómicas de corte liberal para generar adecuados niveles de crecimiento en las economías latinoamericanas. Desde su punto de vista, ¿Cuáles son los aspectos principales a tomar en cuenta para la implantación de reformas que a la vez sean consecuentes con el Régimen Económico Constitucional peruano?

**B. KRESALJA:** Tres aspectos a considerar. En primer término, reconocer que el Régimen Económico Constitucional está presidido por la libertad de empresa en el marco de una economía social de mercado y que el artículo 2° de la Constitución

reconoce el derecho de toda persona a tener iniciativa en materia económica.

Y si decide ingresar al mercado, entonces no sólo tiene el derecho sino la obligación de competir.

Ahora bien, es una verdad pacífica la que dice que «el mercado necesitada Estado», es decir, los agentes en el mercado no pueden actuar como les da la gana, sino tienen que respetar determinadas reglas. Esas reglas, en una economía social de mercado, los obligan a competir y a hacerlo con lealtad. Todo ello me parece bien. En segundo término, también reconocer que un país no puede tener un desarrollo económico sostenido si una parte significativa de su población vive en la pobreza. En tercer lugar, la Constitución autoriza al Estado a tomar todas las

---

\* Entrevista realizada en el mes de Abril de 2005.

\*\* Profesor de los cursos de «Derecho de la Propiedad Industrial» y «Derecho de la Competencia» en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y de las Maestrías en «Derecho Económico Internacional» y «Derecho Constitucional» de la Escuela de Graduados de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro del Consejo Asesor de la Maestría en Derecho Empresarial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

medidas necesarias para tratar de eliminar en el corto plazo la pobreza extrema, y ello se logra con medidas retributivas en lo económico, siempre que no se perjudique el ahorro productivo, y a través de la educación. Esta última es la llave maestra del desarrollo.

En los últimos años se han logrado cifras importantes en lo macroeconómico que hay que mantener e incrementar, pero no han sido suficientes las destinadas a salir de la pobreza, ni menos aún las dirigidas a la educación, en la que hay aun mucho por hacer. En otras palabras, el Estado esta facultado para intervenir de forma tal que, sin desvirtuar las reglas del mercado, se consigan determinados objetivos en el ámbito social, económico y cultural, lo cual es en un país de la complejidades sociales y geográficas del Perú una tarea inmensa, de gran envergadura.

Entonces, no bastan reformas que puedan dar como resultado una mayor libertad en el mercado, si al mismo tiempo no se han tomado las medidas necesarias para que se produzca una distribución de la riqueza, y los ciudadanos y sus familias puedan satisfacer sus necesidades básicas, elementales. Todo ello convoca a la necesidad de planes de largo alcance, a la existencia una entidad encargada de la planificación estratégica que no existe, pero este es ya otro tema.

**2.- Ante la afirmación de que el vertiginoso crecimiento del mercado y la globalización de la economía han generado una sociedad de consumo, en la cual los empresarios luchan incansablemente por atraer, nacional e internacionalmente, la preferencia de los consumidores, ¿Cuáles son los principales desafíos del Derecho de la Competencia?**

**B. KRESALJA:** El desafío principal del Derecho de la Competencia está dirigido a lograr que exista competencia económica, que no existan trabas para ella, sea por colusión, abuso o deslealtad. Y al perseguir estos objetivos contribuir a que el régimen económico constitucionalizado opere dinámica y transparentemente, lo que significa eficiencia y satisfacción de consumidores y usuarios.

Ahora bien, el gran reto es que en una economía globalizada, donde nosotros somos un mercado muy pequeño, la competencia se realice no sólo internamente sino también en el ámbito internacional. Pero no podemos olvidar que hoy en día los grandes líderes, vamos a decir en ese campeonato mundial de la

competencia, son las empresas multinacionales, sobre todo en el ámbito de las nuevas tecnologías. Este es un fenómeno que tiene que ser apreciado en toda su complejidad, porque muchas de esas empresas multinacionales tienen un poder económico que es equiparable o superior al de algunos Estados, y como consecuencia de ello su influencia en la vida económica, pero también en la política y cultural es inmensa, lo que se refleja en los temas escogidos y en la programación de los medios de comunicación. Lo más probable es que ustedes, jóvenes lectores de la revista, asistan en las próximas décadas a una evolución del Derecho de la Competencia que paulatinamente se va a trasladar al ámbito internacional y entonces los conflictos que aparezcan se van a tener que resolver probablemente en arbitrajes o por organismos supranacionales, lo que en parte ya ocurre en la Unión Europea. En ese sentido, resulta de la mayor importancia saber que la Comunidad Andina de Naciones acaba de aprobar la Decisión N° 608, «Normas para la protección y promoción de la libre competencia».

**3.- Regla per se y regla de la razón, ¿A su criterio cuál es consecuente con nuestro ordenamiento jurídico, y ¿cuál nos ofrecería mayor seguridad jurídica?**

**B. KRESALJA:** Para analizar las controversias la regla «per se» y la «regla de la razón» son igualmente válidas; su uso depende de la normativa y del tipo de casos. Ambas pueden ser utilizadas en nuestro ordenamiento y así aparecen en varias resoluciones de Indecopi, emitidas durante los 90's. Ninguna nos ofrece por sí misma mayor o menos seguridad jurídica, pero hay que recordar que nosotros tenemos una tradición legalista, apegada a la letra de la ley, lo que puede percibirse en la vida cotidiana, que podría demostrar una preferencia en el uso de la regla «per se». Pero creo que la aplicación de esta será cada vez más restringida en el ámbito del comercio y de la competencia, dada la complejidad de los problemas, que requieren de un análisis más rico. Creo también que en el futuro el ilícito desleal va a ocupar un lugar más destacado que el ilícito anti-trust, pues está en condiciones de cubrir una área más amplia en la represión de conductas que lesionen la estructura del mercado; si ello es así, será mayor la preeminencia de la regla de la razón. Esta permite al juzgador tener una mayor amplitud de criterio y se va a utilizar más, justamente, por el extraordinario dinamismo de los fenómenos económicos, y porque ya existe una tendencia a considerar a la cláusula general de la deslealtad, o



sea aquella que está en la ley que reprime la competencia desleal (Decreto Ley 26122), como suficiente y pertinente para incluir dentro de ella a ilícitos que antes estaban normados exclusivamente por el derecho anti-trust.

**4.- ¿Qué opinión se merece los nuevos precedentes que viene aprobando la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del INDECOPI?, ¿Considera positivo el cambio de criterio en la resolución de casos de competencia desleal y publicidad?**

**B. KRESALJA:** La jurisprudencia del Indecopi ha significado un aporte de gran importancia para el Derecho de la Competencia, pues los fundamentos de muchas de sus resoluciones son valiosos e inteligentes, habiendo seriedad y coherencia de sus fallos, lo que ayuda en la predicción de las soluciones, dando seguridad jurídica. Ello no significa que todos los precedentes sean inamovibles o acertados, pero sin duda constituyen un gran avance. Pero también es cierto que algunas resoluciones emitidas en la década de los 90 contenían una carga ideológica muy fuerte, de tendencia neoliberal. Entonces, lo que está ocurriendo es que en los últimos meses la Sala de Competencia ha modificado algunos precedentes así como ha variado la argumentación que sirve de sustento a los fallos, corrigiendo excesos. Creo que las últimas resoluciones son en general valiosas, porque interpretan mejor los valores constitucionales que dan sustento a una economía social de mercado, aunque claro está tampoco son inamovibles. Algunas de las críticas recientes que se ha efectuado me parecen exageradas. Pero todavía hay temas pendientes que no se han corregido, como por ejemplo la aplicación universal del estándar referente al consumidor «razonable», pues no tengo duda que en muchos casos el estándar aplicable debería ser el del consumidor «promedio».

**5.- ¿Cuál es su diagnóstico sobre el tratamiento de los signos distintivos en nuestro país?, ¿Considera usted que el régimen de la Comunidad Andina – Decisiones e Interpretaciones Perjudiciales – influye en la protección de las marcas en nuestro país?**

**B. KRESALJA:** Desde hace ya algunos años la legislación aplicable a los signos distintivos y, en general, sobre propiedad industrial, tiene estándares plenamente aceptados en la comunidad internacional. Como se sabe esa legislación está conformada por

Decisiones Andinas (ahora, la 486) y por la ley peruana, (Decreto Legislativo N° 823). La Oficina de Signos Distintivos del Indecopi es una oficina eficiente y está por encima del promedio latinoamericano, y esto viene desde antes que naciera Indecopi. El régimen andino contempla la existencia de un Tribunal que tiene su sede en Quito, el que realiza interpretaciones prejudiciales. El Perú, desgraciadamente, lo ha utilizado muy poco, mucho más lo ha hecho Colombia y en menor medida Ecuador, y creo que es una instancia que sirve para dar garantía a los titulares de los derechos y a los consumidores. Por tanto, en el ámbito de los signos distintivos, de las marcas, tanto desde el punto de vista de la formulación legislativa como de su aplicación práctica, estamos razonablemente bien.

**6.- En el tema de fusiones, ¿Deberíamos tener un control efectivo por parte del INDECOPI de las Fusiones Empresariales? ¿Cuáles cree usted que son los aspectos negativos de no regular las fusiones y cuan importante sería tener una ley que lo regule?**

**B. KRESALJA:** El tema de las fusiones es apasionante y controvertido. Hoy día tienen prevalencia en el mercado mundial, también en el Perú por cierto, las empresas multinacionales. Es fundamentalmente a este nivel donde se realizan muchas de las fusiones que leemos en los periódicos y donde nacen unas empresas de dimensiones inimaginables hasta hace solamente 15 ó 20 años. En consecuencia, ese tipo de fusiones se realizan en mercados y en países de un grado de desarrollo muy superior al nuestro. Lo que a nosotros nos interesa conocer entonces es en que medida pueden afectar al mercado nacional, porque no estamos en condiciones de impedirlos. Las fusiones que realizan las empresas nacionales son de una envergadura o importancia mucho menor, y son escasas, no tenemos un gran número de fusiones en el Perú.

Dicho esto hay que tener presente que hay dos formas de estudiar o intervenir en los procesos que dan lugar a las fusiones: antes de su realización o con posterioridad a ella. Hacer el estudio de la fusión antes de su realización obligaría al Estado a tener una maquinaria de investigación y de análisis de tal magnitud que sería impagable, y que además tendría muy poco trabajo. Y esa maquinaria de ninguna manera podría estudiar las fusiones que se pueden realizar en la Unión Europea o en los Estados Unidos. No tendría los elementos de juicio ni las herramientas para hacer un análisis correcto. Así que este es un tema que debemos

«despolitizar», en el sentido en que debemos aceptar que sólo podemos ver una parte pequeña de lo que significan esas megafusiones.

Pero claro, esta parte es importante, tanto para la competencia como para nuestros consumidores. Por ejemplo, hay casos de empresas de telefonía que se han fusionado afuera pero que tenían en el Perú empresas separadas, independientes, y entonces las autoridades peruanas se han pronunciado emitiendo directivas, por el efecto que esa fusión puede tener en el mercado interno. Esta labor me parece correcta, hasta ahí podemos llegar en el tema de las fusiones realizadas en el extranjero. También podemos, claro está, pronunciarnos sobre algunas fusiones que se dan en el país y que pueden significar una disminución en la competencia, pero la ley debería ser precisa para no caer en extremismos que a nada conducen. Esta no es una posición conservadora, es simplemente realista, debemos hacer bien las cosas que podemos hacer, y no querer hacer cosas que no podemos, al menos por ahora.

**7.- ¿Considera usted que el tratamiento de la competencia desleal en el país es adecuada y cuáles deberían ser a su criterio los mecanismos para lograr un mejor tratamiento?**

**B. KRESALJA:** La legislación peruana sobre competencia desleal, el Decreto Ley 26122, es una norma moderna, inspirada en la ley española de la materia del año 1991. Lo que aún nos falta conocer, y en ello la jurisprudencia podrá ayudarnos, es descubrir cuáles son los actos desleales más comunes entre nosotros, y cuál es el sentir del empresario y el consumidor medio al respecto. Porque si bien, es cierto que hay actos desleales que han sido castigados en todo tiempo y lugar, hay otros más vinculados a valoraciones sobre lo que es correcto o incorrecto, y ahí los valores culturales y las costumbres tienen importancia. Lo que hay que tener presente es que en el Perú conviven dos modelos concurrentes, los que tienen una relación dinámica y una frontera móvil. De un lado, el mundo de las empresas formales a las cuáles les son de aplicación la legislación positiva, vamos a decir, en su integridad. Y de otro, el mundo de la informalidad, total o parcial, empresarial y laboral, de gran dinamismo y complejidad, que ve ajenas a su realidad a las normas jurídicas aplicables, y distantes, contrarios a sus intereses y hasta corruptos a los organismos estatales encargados de su aplicación. Este es un problema no sólo de nuestro país, pero sí de gran envergadura, y su solución es multidisciplinaria.

**8.- ¿Que opinión tiene sobre la labor de los reguladores distintos al INDECOPI?, ¿Considera conveniente la creación de una superintendencia de organismos reguladores, como alguna vez se planteo?**

**B. KRESALJA:** No creo conveniente la creación de una superintendencia; creo, más bien, que deben ser independientes los organismos reguladores. La idea de tener una sola entidad es riesgosa, porque hace más fácil «su captura» por las grandes empresas sujetas a control. Si vemos las cosas en perspectiva, debemos aceptar que los organismos reguladores creados en la década del 90 han dado y dan un servicio importante para el país y sus ciudadanos. Debemos luchar para que mejoren su eficiencia, aumenten su transparencia, y para que puedan resistir a la influencia de grandes intereses. Lo que sí creo que es conveniente, y es algo que promoví cuando ocupé el cargo de Ministro, es la creación de un Consejo de Estado como organismo autónomo del sector justicia, que sirva como última instancia administrativa de todos los organismos reguladores. Una instancia de casación antes de acudir al Poder Judicial, que ayudaría a uniformar criterios, a la predictabilidad de las decisiones administrativas, de tan grande importancia en la vida moderna.

**9.- Finalmente, ¿cuál cree usted que será la mayor influencia del TLC en la protección de los signos distintivos y las invenciones en nuestro país?, ¿considera que habrá también una influencia en el desarrollo de la competencia?**

**B. KRESALJA:** El TLC, es bastante más que un tratado comercial; a su interior hay implícito un modelo de desarrollo económico capitalista, con consecuencias que van más allá del ámbito económico y que ingresa en el terreno de la investigación y de la creación artística, de la cultura, lo que no se ha enfatizado suficientemente. Nosotros vivimos en el área de influencia de los Estados Unidos, que no es solamente el país más rico del mundo, sino es el primer productor de ciencia, de tecnología y de arte. La influencia que ejerce a través de los medios de comunicación es inmensa. Pero este hecho no significa que esa influencia, que el modelo que exporta, sea en todos sus aspectos aplicable o conveniente para el país. No cabe duda que si el TLC se aprueba va a tener una influencia importante en la vida cotidiana de los peruanos. Y es evidente que para algunos sectores y empresas exportadoras, dada la desproporción que existe entre ese país extraordinariamente rico y un país pobre como el



nuestro, va a producirse un beneficio, lo que permitirá muy probablemente también que aumenten las inversiones en el Perú y que haya más trabajo.

Ahora bien, en el TLC se han incorporado una serie de aspectos vinculados a los derechos intelectuales, que hubiera sido mucho mejor tratarlos fuera de ese acuerdo. Pero es algo que vienen persiguiendo desde hace mucho tiempo los Estados Unidos, y para ello utiliza la vía bilateral, porque puede así imponer con mayor facilidad las disposiciones que cree convenientes a sus intereses, lo que es más difícil hacer en el ámbito de lo multilateral. Por eso es que no han apoyado, por ejemplo, la consolidación de la Comunidad Andina de Naciones, posición con la que coinciden los representantes de las tendencias neoliberales en el Perú, porque prefieren tener una relación, vamos a decir, de dependencia con los Estados Unidos, a intentar un camino propio, cercano o coincidente con los intereses de los países vecinos, sudamericanos. Como decía, se han incluido temas de derechos intelectuales, que favorecen a sus empresas multinacionales, a sus intereses, a sus centros de investigación. Lo que se aprecia con más claridad en el ámbito de los medicamentos, de las patentes de invención, no tanto en el terreno de las marcas.

Pero tenemos algunas cosas que son nuestras, no de nuestra inteligencia necesariamente sino, fundamentalmente, de la geografía, que bien utilizadas pueden hacer más equilibrada la negociación. Somos un país que tiene una de las mayores riquezas en el ámbito de la biodiversidad. Esto lo compartimos, por cierto, con algunos países vecinos. Esa biodiversidad se cree que será una de las fuentes más importantes para el desarrollo de nuevos medicamentos. Entonces, el Perú debería tener una política inteligente en esta materia, ponerse de acuerdo en un marco global con

los EE.UU. y después llegar a acuerdos empresariales específicos, para realizar tareas de investigación conjuntas que nos beneficien, compartir patentes, compartir conocimientos con empresas nacionales o con empresas norteamericanas. Esta es una de las tareas del siglo XXI, que está vinculada con el tema de la educación y la investigación científica. A mi me ha preocupado siempre este tema como ciudadano y como profesor universitario.

En una sociedad de la información, en una sociedad del conocimiento, a cuyo inicio estamos asistiendo, los países requieren tener una educación que no solamente llegue a todos, sino que sea cada vez cualitativamente mejor. Y creo que no estamos haciendo en el Perú los esfuerzos necesarios para tener una educación de calidad. En las últimas décadas ha habido muchas iniciativas y se ha logrado, sin duda, muy meritorios logros en el ámbito cuantitativo, pues hoy día prácticamente casi todos los jóvenes peruanos pueden ir a un colegio, aunque sea de primaria, cosa que no ocurría hace unas décadas. Pero en el ámbito cualitativo, pienso que nuestra educación deja mucho que desear, fundamentalmente aquella que está vinculada al Estado, que es de la cual hacen uso los más pobres. Ello se refleja también en el campo de las facultades del derecho, pues frente a su proliferación y su bajo nivel, deben de tomarse medidas radicales, pues de lo contrario no se podrá acceder en el futuro a una mejor administración de la justicia. Hay ejemplos concretos de cómo países que estaban en situación dramática, y más desfavorable de lo que estamos hoy nosotros, han conseguido, en plazo relativamente breve, grandes mejoras en los ámbitos de la educación, de la economía y de la cultura. En consecuencia, es algo que depende de nosotros, no dependerá de nadie más, sino de nosotros, de los peruanos, hacer que eso sea realidad