

“LAS AGENCIAS DE COMPETENCIA DEBEN ACTUAR COMO DEFENSORAS DEL VALOR DEL PROCESO COMPETITIVO”*

Entrevista a William E. Kovacic**

La regulación en materia de competencia –como mecanismo que incrementa la competitividad en el mercado e, indirectamente, el valor de los bienes y servicios, y el bienestar de los consumidores y la sociedad en general– enfrenta en la actualidad diversas críticas y problemas de aplicación, recientemente acentuados por la crisis económica mundial. Para asegurar la implementación de este modelo, las agencias de competencia cumplen un rol esencial.

En la presente entrevista, William E. Kovacic, Comisionado y ex-Presidente de la Comisión Federal de Comercio de los Estados Unidos de América, nos brinda sus impresiones respecto de la regulación de la competencia en América Latina y en el Perú, así como su relación con el crecimiento económico, la labor del INDECOPI en nuestro país, los efectos de la crisis económica mundial y el rol de las agencias de competencia en general, a raíz de su reciente visita a nuestro país.

* La presente entrevista fue realizada por Mariano Peró, miembro de la comisión de Contenido de THEMIS. Las preguntas fueron elaboradas por la comisión de Contenido de THEMIS con el apoyo de Miguel Ángel Luque, abogado, profesor de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y Secretario Técnico de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI). Agradecemos a Christian Chávez, abogado, profesor de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y asociado de Bullard, Falla, Ezcurra Abogados, por la coordinación de la entrevista.

** Abogado. Comisionado y ex-Presidente de la Comisión Federal de Comercio de los Estados Unidos de América.

1. ¿Cómo evalúa la regulación de competencia en América Latina? En su opinión, ¿su aplicación ha sido exitosa?

La respuesta corta es que sí. En los países que han establecido una regulación de competencia ha habido un gran número de historias exitosas relacionadas con la fundación de instituciones, y uno de los países que pondría muy alto en la lista es el Perú. En mi opinión, indicadores de éxito importantes son: ¿Se ha sido capaz de establecer el marco legal básico para el funcionamiento de la agencia de competencia? ¿Se ha podido reclutar un buen equipo profesional? Y, ¿se ha tenido éxito en desarrollar un programa de cumplimiento de las normas de competencia y de aplicación de las herramientas relacionadas?

En ese sentido, si miramos atrás, especialmente en los últimos veinte años, la experiencia en América Latina ha sido muy prometedora. Hay enormes retos por enfrentar más adelante y hay muchas jurisdicciones que todavía tienen bastante por hacer para que sus instituciones sean efectivas, pero comparado con otras jurisdicciones que han empezado a poner este programa en marcha, pienso que las instituciones latinoamericanas lo han hecho bastante bien y que en muchos casos han tenido un gran éxito.

2. En esta visita al Perú se ha reunido con miembros del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI), que es la agencia encargada de la aplicación de la regulación de competencia en el Perú. ¿Qué piensa sobre la organización y operación de esta entidad? ¿En qué se diferencia del trabajo realizado por la Comisión Federal de Comercio? Según lo que ha visto, ¿qué recomendaciones haría para mejorar esta institución?

La característica más significativa que hace al INDECOPI distinto globalmente –y ciertamente comparado con mi propia institución– es el amplio rango de responsabilidades que tiene asignadas. Al igual que mi agencia, el INDECOPI es responsable de la aplicación de la regulación de competencia y de la protección de los consumidores; pero también es responsable de los procesos concursales, de atacar las barreras burocráticas a la competencia, de una amplia variedad de importantes asuntos relacionados a la propiedad intelectual, de un gran número de temas vinculados al *dumping* y al comercio. Y esta no es una lista completa de los temas a su cargo. Así, uno de los

rasgos distintivos del INDECOPI es la amplia gama de responsabilidades que tiene asignadas.

Creo que su gran fortaleza es que ha conseguido, en menos de 20 años, gran parte de lo necesario para establecer una estructura institucional, aplicar su autoridad y armar un equipo profesional de primer nivel.

El aspecto que es quizás su principal debilidad es su pequeño tamaño. Tiene una impresionante cantidad de responsabilidades y una gran demanda para que ejecute programas, pero es una agencia notablemente pequeña. En ese sentido, su gran reto es reconciliar la extensión e importancia de sus responsabilidades con sus recursos limitados. INDECOPI tiene un par de formas de hacer frente a esto: una es conseguir más recursos, persuadiendo a la legislatura y al gobierno para que incremente su tamaño. La otra es trabajar lo más posible para volverse más eficiente en la utilización de los recursos que tiene disponibles. Y creo que respecto de este segundo punto es claro que la dirigencia del INDECOPI está buscando formas creativas de obtener niveles más altos de productividad a partir de los recursos con los que cuenta.

Siendo ello así, creo que el mayor reto y limitación se encuentra en su pequeño tamaño comparado con el muy ambicioso número de responsabilidades que le han sido confiadas.

3. Recientemente hemos experimentado modificaciones en nuestra regulación en materia de competencia. Uno de los principales cambios es que ahora se reconoce expresamente la aplicación de la regla *per se* y de la regla de la razón para analizar conductas anticompetitivas. ¿Cuál es su opinión sobre esta materia?

Creo que esto ubica al Perú dentro de los marcos más avanzados en la experiencia internacional. Queda claro a nivel legislativo que el Perú está utilizando un marco de análisis que es el dominante entre las 105 autoridades de competencia existentes en el mundo. Si bien no todos lo hacen de esta manera, con ello queda claro para las cortes peruanas que la autoridad de competencia utiliza un marco de análisis que es ampliamente aceptado.

Una forma de apreciar este cambio es que ha quedado establecido por ley que el Perú utilizará el que es considerado como el marco más adecuado para analizar infracciones a la regulación de competencia.

4. De la misma forma, otros importantes cambios en nuestra regulación se relacionan a la prohibición de sancionar prácticas explotativas y el reconocimiento expreso de los convenios de exclusividad y del abuso de procesos judiciales y administrativos como formas de abuso de posición de dominio. ¿Qué opina respecto de cada uno de estos cambios?

Nuevamente aquí considero que esto hace que el sistema peruano sea consistente con los estándares internacionales. Las leyes de competencia en muchas jurisdicciones consideran a los convenios de exclusividad como una forma de comportamiento que potencialmente puede constituir un abuso de posición de dominio. Mucho, por supuesto, depende del método de análisis que sea aplicado. Típicamente el enfoque utilizado por muchas jurisdicciones es el de requerir la existencia de posición de dominio del agente que desarrolla la conducta, y luego examinar las consecuencias de ésta en términos de competencia, así como las justificaciones existentes para la conducta. Este cambio es consistente con lo que los observadores consideran como la corriente principal de la práctica internacional.

5. La economía peruana es una que se encuentra en crecimiento y que busca la inversión extranjera. ¿Cree conveniente introducir un control de fusiones en este contexto? ¿Considera que una decisión como esta podría desincentivar las operaciones comerciales y el desarrollo económico? ¿La respuesta de estas preguntas sería diferente considerando un control de fusiones *ex-ante* o *ex-post*?

Últimamente el control de fusiones se ha convertido en un elemento importante y necesario para la regulación en materia de competencia. La razón de ello implica diversas consideraciones. Una de ellas es la aplicación de prohibiciones a los carteles. Si el programa de prohibición y sanción de carteles de una jurisdicción se vuelve más poderoso, la ausencia de un régimen de control de fusiones puede convertirse en un problema. Ello debido a que la política de prohibición de carteles dice a las empresas: "No pueden concertar mediante contratos o acuerdos informales". "Si realizan acuerdos para aumentar precios o reducir la producción, estos se encuentran estrictamente prohibidos y serán severamente castigados". Pero si no hay un control de fusiones, las compañías se dan cuenta que "si no podemos llegar a estos entendimientos a través de convenios, podemos llegar al mismo resultado comprando a nuestros competidores".

Existe experiencia internacional que indica que si se tiene un fuerte programa de sanción de carteles, pero no hay un programa de fusiones, las empresas adaptan la operación de un cartel simplemente a través del sistema de fusiones. Utilizan la compra de propiedad para conseguir lo que querían mediante acuerdos o contratos. Así que si vemos el sistema de competencia como una colección de elementos independientes, considero que en algún punto necesitaremos al control de fusiones como un ingrediente.

Otra consideración es que hay mucha evidencia económica que demuestra que en diversos sectores, cuando se alcanza un punto en que se tiene un reducido número de actores, éstos pueden lograr, mediante formas que no alcanzan a ser propiamente acuerdos, los resultados que veríamos en un cartel. Una forma de prevenir esto es un control de fusiones que asegure que el número de actores no disminuya por debajo de cierto número. Es por ello que tanto para el propósito de asegurarnos que la prohibición de los carteles no sea eludida a través de la fusión de empresas, como para reducir las posibilidades de desarrollo de colusiones tácitas, considero que el régimen de control de fusiones es una parte útil del marco legal.

También pienso que un sistema de revisión *ex-ante* es deseable comparado con el *ex-post* porque tienden a haber serios problemas consiguiendo un remedio efectivo si las partes se fusionan y luego la agencia de competencia intenta desintegrar los activos. Sin embargo, reconozco que hay muchos importantes comentaristas en el Perú que han advertido que hay una variedad de peligros potenciales con el control de fusiones. Si es aplicado en una forma agresiva puede desincentivar valiosas consolidaciones que podrían mejorar el desempeño económico. También puede ser usado para lograr fines políticos, tales como preservar el empleo de compañías existentes; fines políticos que no sirven a los propósitos de crecimiento económico a largo plazo.

Existen daños potenciales en ambos aspectos, pero creo que puede lidiarse con el problema de un sobreprotección mediante el establecimiento de umbrales elevados para la prohibición y dejando claro que el mandato de la agencia no es el de involucrarse en un examen de gran alcance respecto de las políticas sociales, sino el de centrarse específicamente en las consecuencias competitivas de una fusión.

Es por ello que, en términos generales, pienso que la evidencia internacional sugiere que un sistema *ex-ante* de revisión y control de fusiones es un ele-

mento valioso en la regulación de competencia de los países.

6. Pasando a los Estados Unidos, ¿han habido cambios jurisprudenciales importantes en el último año con respecto a la regulación de competencia?

En el último año no ha habido mayores desarrollos en la jurisprudencia, pero en los próximos meses nuestra Corte Suprema decidirá un caso que involucra a las Ligas Deportivas y que lidia con la cuestión general de cuándo entidades distintas que participan en un acuerdo de colaboración empresarial pueden ser consideradas entidades separadas o deben ser consideradas como una única empresa. Este es el caso que involucra al fútbol americano y la Liga Nacional de Fútbol. El nombre del caso es "American Needle v. National Football League". American Needle es una empresa de ropa deportiva que alega que la Liga Nacional de Fútbol indebidamente dejó de darles una licencia para producir dicha vestimenta¹. Esa será una decisión importante en el próximo año.

Sin embargo, antes de este año ha habido un periodo extremadamente importante y activo de toma de decisiones de la Corte Suprema. En esta década se han tomado un número de decisiones formativas, por lo que en los últimos doce meses no se han producido desarrollos verdaderamente notables. La década en su conjunto, no obstante, ha implicado una significativa reducción de lo que puede considerarse como infracciones a la ley de competencia, a través de decisiones de la Corte Suprema que han impuesto criterios más exigentes para aquellos que buscan cuestionar supuestas infracciones.

7. ¿Cómo considera que la crisis económica norteamericana ha influenciado el Derecho de Competencia en su país? ¿Cómo se ha adaptado a este nuevo escenario y qué otros cambios cree que aún requieren hacerse?

Hasta el momento los efectos de la crisis en la regulación de competencia han sido indetectables. La crisis no ha alterado el programa de prohibición de carteles, no ha cambiado los esfuerzos

de mi agencia –la Comisión Federal de Comercio– por combatir los abusos de posición de dominio, y no ha afectado hasta el momento la resolución de casos de fusiones. La regulación de competencia existente en los Estados Unidos es lo suficientemente flexible para lidiar con las denuncias por el supuesto debilitamiento de la capacidad competitiva de las empresas o por el riesgo de su salida del mercado. La jurisprudencia existente acomoda estas reclamaciones. En mi agencia hemos oído algunos argumentos relativos a la disminución de la capacidad para competir, pero diría que como un todo la crisis no ha afectado a las políticas de competencia.

Sin embargo, sí ha hecho que algunas compañías soliciten la dispensa de la ley de competencia. Esto ha hecho que se planteen algunas propuestas para que nuestro Congreso conceda excepciones para la aplicación de la regulación de competencia. Eso ha significado que las agencias de competencia tengan que, de alguna forma, cambiar el enfoque de su trabajo. Ese cambio implica centrar más su atención en actuar como defensores de la competencia y desalentar a nuestro Congreso de adoptar políticas que reduzcan la competencia. Esto sigue siendo un reto importante para los próximos años.

8. En tiempos de crisis, las personas a menudo tienden a inclinarse hacia la regulación del mercado como una solución. ¿Esto ha sucedido en los Estados Unidos? ¿Qué medidas cree usted que pueden tomarse en un nivel institucional para invertir esta concepción?

En nuestro Congreso y en algunas otras instituciones encargadas del desarrollo de políticas públicas ha habido la sensación de que la crisis constituye un repudio del valor del sistema de mercado, que demuestra que los mercados no funcionan y que deberían ser repudiados. Creo que esto constituye un diagnóstico errado de las causas de la crisis y esta percepción ha creado una serie de pedidos para que se produzca una expansión significativa de los controles regulatorios.

Frente a esto, considero que las agencias de competencia tienen al menos dos roles que cumplir: el primero es el urgir a quienes desarrollan las

¹ En el caso en cuestión se discute si la Liga Nacional de Fútbol (NFL) y los equipos funcionan como una sola entidad al conceder una licencia exclusiva a una empresa y, por ende, no podrían violar la Sección 1 del Sherman Act, 15 U.S.C. 1, el cual requiere prueba de acción colectiva que involucre a las "entidades separadas".

políticas públicas a realizar un diagnóstico muy cuidadoso de las causas de la crisis. El segundo, asegúrese que cualquier remedio propuesto sea cuidadosamente diseñado para lidiar con el problema sin tener consecuencias adversas. Estos son casos en los cuales conseguir la dosis correcta es muy importante. Si tienes un dolor de cabeza y tomas dos aspirinas éste se irá. Pero si tomas la botella entera probablemente te matará. Hay una gran presión en los Estados Unidos –especialmen-

te en algunas áreas el Congreso– para tomar la botella de aspirinas entera.

Este es un ámbito en el que las agencias de competencia deben actuar como defensoras del valor del proceso competitivo y asegurarse que las reformas regulatorias lidien con las causas genuinas del problema y que las soluciones sean proporcionales a la envergadura del mismo. En el futuro éste será un gran desafío para las agencias de competencia.