



Los acuerdos de investigación y desarrollo frente al derecho de la competencia peruano

EDUARDO QUINTANA SÁNCHEZ

Sumario: I. Acuerdos de Investigación y Desarrollo y Competencia en el Mercado. II. Ley Peruana de Defensa de la Competencia y Acuerdos de I&D. 2.1. Decreto Legislativo 701. 2.2. Decreto Legislativo 1034. III. Evaluación de los Acuerdos de I&D según el Derecho de la Competencia. 3.1. Plazo de Vigencia. 3.2. Participación de Mercado. 3.3. Mercados de Productos, Tecnologías e Innovación. 3.4. Compromisos relativos a la coordinación de comportamientos. 3.5. Compromisos Relativos a Condiciones de Exclusividad. 3.6. Eficiencias Generadas. 3.7. Carácter Indispensable de las Restricciones a la Competencia. 3.8. Balance entre Eficiencias y Restricciones de la Competencia.

La innovación, salvo por casos excepcionales, se consigue a través de actividades de investigación y desarrollo (en adelante I&D) organizadas cuidadosamente para dicho fin. Estas actividades requieren inversiones riesgosas, cuantiosas y de largo plazo. Las actividades de I&D son llevadas a cabo por diversas entidades, entre las que se encuentran las empresas que participan en el mercado. Dadas sus características, muchas veces las empresas deciden realizar actividades de I&D en forma conjunta para unir esfuerzos en la búsqueda de innovación. Los acuerdos de empresas para llevar a cabo actividades de I&D permiten, entre otros, compartir riesgos, reunir recursos, intercambiar conocimientos complementarios; y todo ello favorece el avance del conocimiento reduciendo el tiempo requerido para innovar. Por ello, se considera que las actividades de I&D producen considerables eficiencias.

Sin embargo, los acuerdos de I&D también pueden ocasionar restricciones al proceso competitivo entre las empresas que participan de tales acuerdos, así como la exclusión de otras empresas competidoras que no participan de ellos, en particular cuando los acuerdos involucran la existencia de considerable poder de mercado. Por ello, los acuerdos de I&D también pueden impedir la creación de las eficiencias que produce el proceso competitivo. Esto determina que las autoridades de defensa de la competencia se preocupen por los efectos de los acuerdos de I&D.

En reconocimiento de la diversidad de efectos que pueden producir, por lo general la evaluación de los acuerdos de I&D desde la perspectiva del Derecho de la Competencia se realiza considerando los efectos positivos (eficiencias vinculadas con la innovación) y negativos (restricciones a la competencia) que pueden generar.

En el Perú no existe mayor experiencia sobre el tratamiento legal de los acuerdos de I&D dentro del marco de las normas de defensa de la competencia. La Ley de Repre-

sión de Conductas Anticompetitivas peruana, el Decreto Legislativo 1034, no contempla expresamente que dichos acuerdos sean potenciales conductas anticompetitivas; y la autoridad de defensa de la competencia peruana, el INDECOPI, no ha emitido hasta la fecha pronunciamientos relacionados con esta materia, de modo que tampoco se cuenta con criterios jurisprudenciales que puedan ser objeto de estudio crítico. Lo anterior no implica que en el Perú no existan acuerdos de I&D entre competidores, ni tampoco que sea poco probable que este tipo de acuerdos sea objeto de procedimientos por infracción al Decreto Legislativo 1034.

Como ya se ha mencionado, los acuerdos de I&D involucran inversiones cuantiosas y su implementación puede extenderse en el tiempo, por lo que es relevante conocer bajo qué criterios específicos podría ser revisada la legalidad de tales acuerdos, para que sus integrantes puedan diseñarlos de modo tal que se reduzca al mínimo la posibilidad de que sean objetados por el INDECOPI.

En el presente trabajo se estudia cuál es el tratamiento legal de los acuerdos de I&D dentro del marco legal peruano de libre competencia. Asimismo, se revisan y explican los principales criterios que han tomado en cuenta autoridades extranjeras de defensa de la competencia al evaluar acuerdos de I&D, para identificar criterios que bien podría utilizar el INDECOPI al aplicar el Decreto Legislativo 1034 a este tipo de acuerdos. Para tales efectos, se tiene en cuenta también los criterios que ha planteado el INDECOPI para la evaluación de acuerdos entre competidores en precedentes de observancia obligatoria dictados al amparo de la anterior norma de defensa de la competencia.

I. ACUERDOS DE INVESTIGACIÓN Y DESARROLLO Y COMPETENCIA EN EL MERCADO

Los agentes del mercado buscan mejorar continuamente los productos o servicios que ofrecen o, en el mejor de los casos, modificarlos sustantivamente para satisfacer mayores o nuevas necesidades de los consumidores. Esta mejora continua o modificación sustantiva es consecuencia de la innovación. En términos económicos se considera que la innovación es equivalente a la generación de eficiencia dinámica en el mercado.

Si bien la innovación puede ser producto de descubrimientos inesperados o de actividades no destinadas a ello, por lo general se consigue a través de actividades de investigación y desarrollo específicamente organizadas y destinadas a ese fin por empresas que actúan en el mercado, entidades sin fines de lucro, centros de investigación, entre otros. Las actividades de I&D suponen una inversión considerable y riesgosa, porque la investigación exige recursos cuantiosos (piénsese por ejemplo en mercados de alta tecnología o de producción de medicamentos) sin que pueda asegurarse por anticipado que se lograrán resultados positivos. Además, las actividades de I&D suelen tomar bastante tiempo para rendir frutos. Consecuentemente, las actividades de I&D se caracterizan por requerir inversiones riesgosas, cuantiosas y de largo plazo.

Por ello, la innovación es promovida y protegida por el sistema legal, a través de medidas que facilitan que los agentes del mercado se dediquen a innovar o que protegen la titularidad y la explotación de las innovaciones. Entre las primeras medidas pueden

identificarse normas que contemplan incentivos, por ejemplo tributarios, para quienes se dediquen a actividades que deriven en innovaciones; mientras que entre las segundas se encuentran, por ejemplo, las normas sobre propiedad intelectual.

Dadas las características de la inversión requerida para las actividades de I&D, en muchos casos los agentes del mercado deciden realizar dichas actividades en forma conjunta. En términos generales, los acuerdos entre empresas para realizar actividades I&D permiten unir esfuerzos para buscar la innovación. En términos más específicos, los acuerdos de I&D reducen la exposición al riesgo de no obtener los resultados esperados, pues las empresas que forman el acuerdo comparten ese riesgo. Asimismo, los acuerdos de I&D permiten que las empresas reúnan e inviertan en conjunto los recursos necesarios para llevar a cabo tales actividades. De igual modo, a través de este tipo de acuerdos las empresas contribuyen con activos, conocimientos y/o tecnologías que cada una puede tener por separado y que son complementarios entre sí, dándose un intercambio cruzado que puede favorecer el avance del conocimiento, reduciendo el tiempo requerido para innovar¹.

Sin embargo, así como un acuerdo de I&D ofrece la oportunidad de alcanzar la innovación, también puede ocasionar restricciones significativas al proceso competitivo entre las empresas que participan de tal acuerdo, así como la exclusión de otras empresas competidoras no participantes del mismo.

Desde la perspectiva de las normas de defensa de la competencia, los acuerdos entre competidores permiten a las empresas involucradas alcanzar en conjunto un poder de mercado que no tienen individualmente, obteniendo la capacidad de incrementar artificialmente los precios o restringir la producción, así como de excluir del mercado a competidores o clientes.

En el caso particular de acuerdos de I&D cuyos miembros son competidores las condiciones previstas en ellos pueden involucrar prácticas típicamente prohibidas por las normas de competencia, como, por ejemplo, la fijación concertada de precios de los productos derivados de la innovación alcanzada o el reparto de mercado para la comercialización de tales productos. Asimismo, cuando en tales acuerdos participa la empresa dominante del mercado o varias empresas que conjuntamente constituyen la mayor parte del mercado, existe el riesgo de que se excluya a los competidores de los beneficios alcanzados a través de los acuerdos, colocándolos en desventaja competitiva².

Como se sabe, existen algunos acuerdos denominados “carteles duros” (*hard-core cartels*) que se consideran ilegales por sí mismos o *per se*, sin necesidad de indagar sobre los propósitos que persiguen o de evaluar si generan efectos anticompetitivos o beneficios pro-competitivos. Ejemplos clásicos de estos acuerdos son la fijación de precios, el reparto de mercado y la presentación de propuestas coordinadas en procesos de adquisición pública.

¹ Mambrilla, Vicente. “Acuerdos de Cooperación y Colaboración entre Empresas”. En: *Derecho Europeo de la Competencia: Antitrust e Intervenciones Públicas*. Editorial Lex Nova, Valladolid: 2005, p. 177; Sullivan, L. y Grimes, W. *The Law of Antitrust: An Integrated Handbook* (West Group, St. Paul, Minn.: 2000), p. 243.

² Ross, Stephen. *Principles of Antitrust Law* (The Foundation Press Inc., New York: 1993), p. 216.

Se presume fundamentamente que este tipo de acuerdos eleva los precios o reduce la oferta disponible de bienes. El tratamiento de estas prácticas como ilegales *per se* se encuentra generalizado en el ámbito del Derecho de la Competencia³.

Sin embargo, no todo acuerdo que permita la colaboración entre competidores es ilegal por si mismo ni perjudica indebidamente la competencia. Por ejemplo, algunos acuerdos sirven para equilibrar las fuerzas del mercado y facilitan una competencia más agresiva, tal como sucede con los acuerdos de compra conjunta de insumos por parte de pequeñas empresas, que les permiten obtener condiciones de venta similares a las que logran los competidores más grandes y, de este modo, estar en condiciones de competir de igual a igual con ellos. Este tipo de acuerdos son evaluados en función a sus efectos sobre el mercado o según la denominada regla de la razón, considerando no sólo su capacidad restrictiva de la competencia, sino los beneficios que pueden originar, para hacer un balance entre ambos efectos⁴.

Las autoridades de defensa de la competencia suelen evaluar los acuerdos de I&D según sus efectos en el mercado. Incluso en algunos sistemas legales se ha buscado ser más explícitos en esta materia. Así, se han dictado normas específicas para establecer que los acuerdos de I&D deben ser evaluados según la regla de la razón, como por ejemplo la *National Cooperative Research Act* dictada en 1984 por el Congreso de Estados Unidos⁵. En otros casos se exceptúa dichos acuerdos de la aplicación de las prohibiciones absolutas de acuerdos anticompetitivos, remitiéndolos a un análisis basado en la razonabilidad de sus efectos, como ocurre con el Reglamento emitido en la Comunidad Europea el año 2000 para exonerar de prohibición automática determinadas categorías de acuerdos de I&D, sujetándolos mas bien a evaluación según sus efectos⁶.

³ Ello puede verificarse, por ejemplo, en los lineamientos emitidos por las autoridades de defensa de la competencia de Estados Unidos o la Comunidad Europea. Ver al respecto: Federal Trade Commission (FTC) y US Department of Justice (DoJ). *Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors* (abril, 2000), pp. 3 y 8-9; Comisión Europea (CE). *Directrices sobre la Aplicabilidad del Artículo 81 del Tratado CE a los Acuerdos de Cooperación Horizontal* (2001/C 3/02), pfs.18 y 25.

⁴ FTC y DoJ. Op. cit., pp. 4 y 10-15; CE. Op. cit., pfs. 39-41 y 115-118.

⁵ Mediante la *National Cooperative Research Act* se precisó que los *joint ventures* de I&D no deben considerarse *per se* ilegales, sino analizarse según la regla de la razón. Asimismo, se estableció que a diferencia de la triple indemnización por daños (“*treble damages*”) que usualmente reciben los afectados por prácticas anticompetitivas, los afectados por un *joint venture* de I&D anticompetitivo reciben una indemnización simple por daños. Esta norma fue dictada para respaldar la formación de acuerdos de I&D dando por sentada su contribución a mantener la competitividad de las empresas norteamericanas en el desarrollo de innovaciones tecnológicas necesarias para competir en el mercado internacional. Ross, Stephen. Op. cit., p. 214.

⁶ Comisión Europea. Reglamento (CE) 2659/2000 de la Comisión relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de investigación y desarrollo. Mediante este Reglamento se exoneró un conjunto de acuerdos de I&D de la prohibición contenida en el numeral 1 del artículo 81 del Tratado de Roma, sometidos a evaluación según el numeral 3 del artículo 81 del Tratado, que permite considerar los efectos beneficiosos de los referidos acuerdos frente a sus potenciales efectos anticompetitivos. Cabe señalar que esta exención por categoría tiene vigencia hasta el 31 de diciembre del 2010.

Al respecto, debe tenerse en cuenta que el artículo 81 del Tratado de Roma establece lo siguiente:

“1. Serán incompatibles con el mercado común y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar

Al respecto también debe tenerse en cuenta que un consenso generalizado señala que los beneficios que obtiene la sociedad a través de la innovación son sustanciales, tanto como para tolerar que se reduzca la competencia para lograr la innovación. Ello se debe a que mientras la competencia, que permite la reducción de precios a niveles competitivos, genera principalmente eficiencia estática (eficiencia productiva), la innovación produce la denominada eficiencia dinámica, y los beneficios de la eficiencia dinámica usualmente superan a los de la eficiencia estática. Consecuentemente, se admite una menor competencia en el mercado (perdiéndose la eficiencia estática que podría obtenerse) si con ello se logra la innovación (que ofrece la eficiencia dinámica)⁷.

II. LEY PERUANA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y ACUERDOS DE I&D

En el caso peruano, el marco legal de defensa de la competencia no incluye ni ha incluido de manera expresa los acuerdos de I&D como conductas prohibidas, ni tampoco los ha calificado como acuerdos duros o tipo cartel (es decir ilegales *per se*). Consecuentemente, corresponde identificar si dichos acuerdos pueden ser objeto de procedimientos por infracción a la norma de defensa de la competencia peruana y, de ser así, cuál sería el criterio de evaluación que les sería aplicable.

2.1. Decreto Legislativo 701

La norma peruana de defensa de la competencia vigente hasta julio del 2008, el Decreto Legislativo 701, no clasificaba expresamente cuáles eran los acuerdos ilegales por sí mismos y los acuerdos a ser analizados según sus efectos en el mercado. Esta norma

-
- al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común y, en particular, los que consistan en: (a) fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción; (...).*
2. *Los acuerdos o decisiones prohibidos por el presente artículo serán nulos de pleno derecho.*
 3. *No obstante, las disposiciones del apartado 1 podrán ser declaradas inaplicables a: cualquier acuerdo o categoría de acuerdos entre empresas, cualquier decisión o categoría de decisiones de asociaciones de empresas, cualquier práctica concertada o categoría de prácticas concertadas, que contribuyan a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, y reserven al mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante, y sin que: (a) impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos; (b) ofrezcan a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate”.*

Diversos autores coinciden en señalar que en aplicación del numeral 1 del artículo 81 del Tratado de Roma las prácticas cuyo objeto es restringir la competencia resultan ilegales de manera automática sin requerir la prueba de efectos perjudiciales sobre el mercado; mientras que los acuerdos que tienen por efecto restringir la competencia sólo son ilícitos si se evidencia que tienen o pueden tener dicho efecto. Asimismo, precisan que los participantes de los acuerdos prohibidos por el numeral 1 pueden argumentar que tales acuerdos satisfacen los términos del numeral 3 para que se les exima de responsabilidad. Al respecto ver: Korah, Valentine. *An Introduction Guide to EC Competition Law and Practice*. Octava edición, Gran Bretaña, Hart Publishing, 2004, p. 69. Manzini, Pietro. “The European Rule of Reason – Crossing the Sea of Doubt”. En: *European Competition Law Review*, N° 8 (2002), pp. 398-399. Whish, Robert. *Competition Law*. Sexta edición, Gran Bretaña, Oxford University Press, 2009, pp. 119-122.

⁷ Hovenkamp, H. *Federal Antitrust Policy, the Law of Competition and its Practice*. Tercera edición, St. Paul - Minn., West Publishing Co., 2005, p. 200.

simplemente listaba en su artículo 6 los tipos de acuerdos o prácticas concertadas entre competidores que estaban prohibidos⁸.

La interpretación jurisprudencial de la norma por el INDECOPI fue perfilando criterios para identificar los acuerdos a ser considerados ilícitos *per se*, hasta que en 1997 definió a través de un precedente de observancia obligatoria cuáles eran esos acuerdos, en los siguientes términos:

“De acuerdo a las normas contenidas en el Decreto Legislativo 701, las concertaciones de precios, reparto de mercado, reparto de cuotas de producción y limitación o control de la producción deben sancionarse de acuerdo a la regla per se. Ello implica que la sola realización de la práctica prohibida constituye una infracción administrativa a la que se debe aplicar la sanción legalmente prevista. En ese sentido, para considerar configurada la infracción no es necesario tener en cuenta los efectos perjudiciales de la práctica en el mercado, o su razonabilidad, es decir, el hecho de que la práctica sea o no idónea para producir efectos perjudiciales en el mercado”⁹.

También en 1997 la autoridad de competencia peruana introdujo como precedente de observancia obligatoria la distinción entre acuerdos desnudos y acuerdos accesorios, en los siguientes términos:

⁸ Decreto Legislativo 701, modificado por el Decreto Legislativo 807
Artículo 6.- Se entiende por prácticas restrictivas de la libre competencia los acuerdos, decisiones, recomendaciones, actuaciones paralelas o prácticas concertadas entre empresas que produzcan o puedan producir el efecto de restringir, impedir o falsear la competencia. Son prácticas restrictivas de la libre competencia:

- a) La fijación concertada entre competidores de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio;
- b) El reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento;
- c) El reparto de las cuotas de producción;
- d) La concertación de la calidad de los productos, cuando no corresponda a normas técnicas nacionales o internacionales y afecten negativamente al consumidor;
- e) La aplicación en las relaciones comerciales de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros. No constituye práctica restrictiva de la libre competencia el otorgamiento de descuentos y bonificaciones que correspondan a prácticas comerciales generalmente aceptadas, que se concedan u otorguen por determinadas circunstancias compensatorias, tales como pago anticipado, monto, volumen u otras y/o que se otorguen con carácter general en todos los casos que existan iguales condiciones;
- f) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a la costumbre mercantil, no guarden relación con el objeto de tales contratos;
- g) La negativa concertada e injustificada de satisfacer las demandas de compra o adquisición, o las ofertas de ventas o prestación, de productos o servicios;
- h) La limitación o el control concertados de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones;
- i) El establecimiento, la concertación o la coordinación de las ofertas o de la abstención de presentar ofertas en las licitaciones, los concursos, los remates o las subastas públicas;
- j) Otros casos de efecto equivalente.

⁹ Resolución del Tribunal del INDECOPI 276-97-TDC (Comisión de Libre Competencia contra la Asociación Peruana de Avicultura y varias empresas productoras avícolas).

“Los acuerdos de fijación de precios y reparto de mercado serán *per se* ilegales cuando tengan como finalidad y efectos únicos y esenciales restringir la competencia, es decir cuando sean acuerdos desnudos o puros. Por otro lado, aquellos acuerdos de fijación de precios y reparto de mercado que sean accesorios o complementarios a una integración o asociación convenida y que hayan sido adoptados para lograr una mayor eficiencia de la actividad productiva que se trate, deberán ser analizados caso por caso a fin de determinar la racionalidad o no de los mismos (...). Cuando la integración pueda ser beneficiosa pero no sea considerada esencial para llevar a cabo determinada actividad productiva, el acuerdo de integración y los acuerdos accesorios y complementarios que restrinjan la competencia estarán permitidos si reúnen tres características:

- (i) los acuerdos de fijación de precios o de división de mercado se realizan como consecuencia de un contrato de integración, es decir, los miembros deben estar realizando una determinada actividad económica en forma conjunta. Asimismo, dichos acuerdos deben ser capaces de incrementar la eficiencia del grupo integrado y deben ser aplicados dentro de los límites necesarios para lograr dicha eficiencia;
- (ii) Las cuotas de mercado correspondientes a cada integrante del acuerdo no llevan a determinar que la restricción de la competencia derivada de la integración vaya a ocasionar un daño;
- (iii) Los integrantes de los acuerdos no deben tener como principal propósito o intención restringir la competencia.

De no presentarse las tres condiciones expuestas anteriormente, el acuerdo será considerado ilegal”¹⁰.

Con ello, excepcionalmente podía eximirse de la prohibición *per se* aquellos acuerdos de cartel entre competidores (fijación de precios y reparto de mercado) que solamente constituyeran medidas accesorias o complementarias destinadas a facilitar el funcionamiento de asociaciones o integraciones de empresas cuyo objetivo fuera lograr mayor eficiencia en determinada actividad productiva o comercial.

En función de los precedentes de observancia obligatoria antes citados, los acuerdos entre competidores listados en el artículo 6 del Decreto Legislativo 701 pero no identificados como ilícitos *per se* quedaban, en principio, sujetos al análisis según sus efectos en el mercado. Inclusive algunos acuerdos de cartel podían ser evaluados como acuerdos accesorios —es decir, no ilegales *per se*— si cumplían las condiciones previstas para no ser considerados acuerdos desnudos.

Los acuerdos de I&D no se encontraban listados expresamente en el artículo 6 del Decreto Legislativo 701, pero podían ser evaluados dentro del último literal de esta norma, como “*casos de efecto equivalente*”. Tratándose de un caso de efecto equivalente y al no haberse incluido por la jurisprudencia dentro de los acuerdos ilícitos *per se*, se entendía

¹⁰ Resolución del Tribunal del INDECOPI 207-97-TDC (CIVA E.I.R.L. contra Empresa Turística Mariscal Cáceres S.A.).

que los acuerdos de I&D estaban sujetos al análisis bajo la regla de la razón. Si dentro de las condiciones de los acuerdos de I&D se incluían cláusulas relativas a la fijación concertada de precios, reparto de mercado, etc., las referidas cláusulas constituían en principio acuerdos ilícitos *per se*, a no ser que se demostrara que eran acuerdos accesorios al objetivo principal constituido por la búsqueda de innovación a través de las actividades de I&D; siendo necesario en este último caso que se cumplieran las tres condiciones previstas en el precedente de observancia obligatoria sobre acuerdos accesorios.

En el año 2003 el INDECOPI modificó el criterio que venía aplicando reiteradamente sobre la evaluación de los acuerdos de cartel, derogando los precedentes de observancia obligatoria sobre acuerdos ilegales *per se* y sobre la distinción entre acuerdos desnudos y accesorios, para definir como nuevo precedente de observancia obligatoria lo siguiente:

“1. La calificación de una conducta como restrictiva de la libre competencia y, por tanto, ilegal, requiere que dicha conducta sea capaz de producir el efecto de restringir, impedir o falsear la competencia y que la misma se ejecute en el mercado. La capacidad de la conducta para producir el efecto restrictivo de la competencia y su ejecución en el mercado constituye el perjuicio al interés económico general al que se refiere el artículo 3 del Decreto Legislativo N° 701, de conformidad con la valoración positiva del instituto jurídico de la competencia contenida tanto en la Constitución Política del Perú como en el Decreto Legislativo N° 701.

(...).

3. En aplicación de lo dispuesto en el artículo 3° del Decreto Legislativo N° 701 en cuanto al perjuicio al interés económico general, excepcionalmente, y siempre que puedan acreditarse en forma suficiente, precisa y coherente, efectos beneficiosos en la conducta cuestionada que superen el perjuicio a los consumidores y al instituto jurídico de la competencia, dicha conducta será calificada como restrictiva de la libre competencia, pero exenta de reproche y sanción debido a su balance positivo respecto de la afectación del interés económico general.

4. La determinación de los casos excepcionales exentos de reproche y sanción mencionados en el numeral anterior deberán analizarse en cada caso concreto, considerando la concurrencia de los siguientes requisitos de exención:

(i) *si las conductas cuestionadas contribuyen a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, reservando al mismo tiempo a los consumidores una participación equitativa en el beneficio resultante;*

(ii) *si la conducta restrictiva es el único mecanismo para alcanzar los objetivos beneficiosos señalados en el requisito anterior; y,*

(iii) *si aquellas conductas no se convierten de manera indirecta en una forma que facilite a las empresas involucradas eliminar la competencia respecto de una parte sustancial del mercado en el que participan”¹¹.*

¹¹ Resolución del Tribunal del INDECOPI 224-2003/TDC-INDECOPI (Comisión de Libre Competencia contra la Asociación Peruana de Empresas de Seguros y diversas empresas aseguradoras).

Como se observa, según la regla señalada era necesario analizar los efectos positivos y negativos en el mercado de todos los acuerdos entre competidores, independientemente de que fueran acuerdos de cartel o no. De este modo, todo tipo de acuerdos podían quedar exentos de “*reproche y sanción*” si se demostraba que producían un efecto neto positivo (es decir, un bienestar mayor que la restricción de la competencia que generaban).

Según este precedente de observancia obligatoria, los acuerdos de I&D también debían analizarse según sus efectos. En consecuencia, se entendía que un acuerdo de I&D era válido legalmente si se demostraba que contribuía a mejorar la producción o distribución de productos, o que fomentaba el progreso técnico o económico, y que una parte equitativa de tales beneficios podía trasladarse al consumidor. Adicionalmente, también era necesario demostrar que el acuerdo era la única forma de lograr tales beneficios y que no sería un mecanismo para que sus miembros eliminen la competencia en una parte sustancial del mercado.

2.2. Decreto Legislativo 1034

La norma de defensa de la competencia vigente en el Perú desde julio de 2008 es el Decreto Legislativo 1034, que aprueba la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas. A diferencia de lo que ocurría en la norma anterior, en la Ley vigente se ha optado por definir de forma expresa cuales son los acuerdos entre competidores que califican como prácticas ilegales *per se*, denominándolos como prácticas colusorias horizontales sujetas a prohibición absoluta.

El artículo 11.1 de la Ley contempla los distintos tipos de acuerdos entre competidores que pueden calificar como conductas anticompetitivas. El artículo 11.2 de la norma señala que constituyen prácticas sujetas a prohibición absoluta los acuerdos entre competidores para fijar precios u otras condiciones comerciales, limitar la producción o las ventas, repartirse el mercado o presentar propuestas coordinadas en procesos de concurso o licitación (todos ellos parte de los acuerdos listados en el artículo 11.1). Esto significa que basta la comprobación de la existencia de tales acuerdos para que se configure una infracción a la Ley, sin necesidad de verificar que hayan tenido efectos perjudiciales en el mercado. De otro lado, el artículo 11.3 de la Ley señala que los demás acuerdos entre competidores listados en el artículo 11.1 constituyen conductas sujetas a prohibición relativa, lo que significa que para que configuren una infracción a la ley se debe demostrar no sólo su existencia, sino que tienen o pueden tener efectos negativos para la competencia y el bienestar de los consumidores¹².

¹² Decreto Legislativo 1034

Artículo 8.- Prohibición absoluta

En los casos de prohibición absoluta, para verificar la existencia de la infracción administrativa, es suficiente que la autoridad de competencia pruebe la existencia de la conducta.

Artículo 9.- Prohibición relativa

En los casos de prohibición relativa, para verificar la existencia de la infracción administrativa, la autoridad de competencia deberá probar la existencia de la conducta y que ésta tiene, o podría tener, efectos negativos para la competencia y el bienestar de los consumidores.

Artículo 11.- Prácticas colusorias horizontales

De este modo, puede afirmarse que en los hechos el Decreto Legislativo 1034 ha dado rango legal a los criterios previstos en los dos precedentes de observancia obligatoria dictados en 1997 por el INDECOPI. En efecto, el artículo 11.2 de la Ley vigente contempla como prácticas colusorias sujetas a prohibición absoluta los mismos acuerdos ilegales *per se* incluidos en el primer precedente de observancia obligatoria citado, modificando únicamente su denominación y agregando un caso adicional (la presentación de propuestas coordinadas en procesos de concurso o licitación). Asimismo, el artículo 11.2 de la Ley también contempla la distinción entre acuerdos desnudos y complementarios prevista en el segundo precedente de observancia obligatoria citado, cuando señala que sólo constituyen prohibición absoluta los “*acuerdos horizontales inter marca que no sean complementarios o accesorios a otros acuerdos lícitos*”.

Adicionalmente, también puede afirmarse que el Decreto Legislativo 1034 recoge, en parte, el concepto planteado en el precedente de observancia obligatoria dictado por el

-
- 11.1. Se entiende por prácticas colusorias horizontales los acuerdos, decisiones, recomendaciones o prácticas concertadas realizadas por agentes económicos competidores entre sí que tengan por objeto o efecto restringir, impedir o falsear la libre competencia, tales como:
- a) La fijación concertada, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio;
 - b) La limitación o control concertado de la producción, ventas, el desarrollo técnico o las inversiones;
 - c) El reparto concertado de clientes, proveedores o zonas geográficas;
 - d) La concertación de la calidad de los productos, cuando no corresponda a normas técnicas nacionales o internacionales y afecte negativamente al consumidor;
 - e) La aplicación concertada, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen de manera injustificada a unos competidores en situación desventajosa frente a otros;
 - f) Concertar injustificadamente la subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones adicionales que, por su naturaleza o arreglo al uso comercial, no guarden relación con el objeto de tales contratos;
 - g) La negativa concertada e injustificada de satisfacer demandas de compra o adquisición, o de aceptar ofertas de venta o prestación, de bienes o servicios;
 - h) Obstaculizar de manera concertada e injustificada la entrada o permanencia de un competidor a un mercado, asociación u organización de intermediación;
 - i) Concertar injustificadamente una distribución o venta exclusiva;
 - j) Concertar o coordinar ofertas, posturas o propuestas o abstenerse de éstas en las licitaciones o concursos públicos o privados u otras formas de contratación o adquisición pública previstas en la legislación pertinente, así como en subastas públicas y remates; u,
 - k) Otras prácticas de efecto equivalente que busquen la obtención de beneficios por razones diferentes a una mayor eficiencia económica.
- 11.2. *Constituyen prohibiciones absolutas los acuerdos horizontales inter marca que no sean complementarios o accesorios a otros acuerdos lícitos, que tengan por objeto:*
- a) Fijar precios u otras condiciones comerciales o de servicio;
 - b) Limitar la producción o las ventas, en particular por medio de cuotas;
 - c) El reparto de clientes, proveedores o zonas geográficas; o,
 - d) Establecer posturas o abstenciones en licitaciones, concursos u otra forma de contratación o adquisición pública prevista en la legislación pertinente, así como en subastas públicas y remates.
- 11.3. *Las prácticas colusorias horizontales distintas a las señaladas en el numeral 11.2 precedente constituyen prohibiciones relativas.*

INDECOPI en el 2003, puesto que en el caso de las prácticas sujetas a prohibición relativa permite analizar los efectos pro-competitivos y anticompetitivos de tales prácticas a fin de determinar si los beneficios superan las desventajas ocasionadas. Al respecto, según lo señalado en la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley elaborado por el INDECOPI —que es el origen del Decreto Legislativo 1034—, las principales diferencias del análisis de las prácticas sujetas a prohibición absoluta y relativa son las siguientes:

“Prohibición absoluta:

(...)

El tratamiento de prohibición absoluta o regla per se respecto de determinadas conductas se contrapone a un tratamiento de prohibición relativa o regla de la razón. En el primer caso, como se ha señalado, basta la comprobación de la existencia de la conducta para declarar la infracción, no siendo necesaria la evaluación de la intención de los agentes que la implementan, justificaciones, causas o sus efectos sobre la competencia y los consumidores. En el segundo caso, sin embargo, la autoridad de competencia evaluará las justificaciones y efectos (reales y potenciales) económicos de las prácticas analizadas. Bajo esta regla la autoridad deberá sopesar, de existir, los efectos pro-competitivos y anticompetitivos de la práctica. La determinación de la ilegalidad de la práctica provendrá de un análisis razonable de su efecto neto.

Prohibición relativa:

Así como algunas conductas tienen un carácter inherentemente anticompetitivo y merecen un tratamiento de prohibición absoluta bajo la regla per se, existen otras cuyo efecto sobre la competencia y los consumidores no es necesariamente negativo y, por el contrario, se pueden justificar por razones de eficiencia, por lo que deben ser analizadas bajo la regla de la razón.

A aquellas conductas que pueden tener tanto efectos positivos como negativos la legislación comparada, en amplio consenso, les otorga una presunción de licitud y, por ende, un tratamiento de prohibición relativa o, lo que es lo mismo, de análisis bajo la regla de la razón. En similar sentido, el Proyecto establece una prohibición relativa para determinadas conductas. Como se ha mencionado anteriormente, este tipo de análisis requiere que la autoridad evalúe cuál es el efecto neto de la conducta y, sólo en el caso en que dicho efecto sea negativo —porque los efectos positivos son menores que los efectos negativos—, la conducta será considerada una infracción”.

En cuanto a los acuerdos de I&D, los mismos no han sido incluidos expresamente dentro de los casos de prácticas colusorias horizontales listadas en el artículo 11.1 del Decreto Legislativo 1034. Consecuentemente, si un acuerdo de I&D fuera objeto de un procedimiento por prácticas anticompetitivas tendría que ser evaluado dentro del literal k) del artículo 11.1 que prohíbe las “prácticas de efecto equivalente que busquen la obtención de beneficios por razones diferentes a una mayor eficiencia económica”. Siendo ello así, se entiende que con la Ley vigente un acuerdo de I&D será analizado siempre según sus efectos en el mercado o, más precisamente, como una conducta sujeta a prohibición relativa.

De esta forma, en la actualidad un acuerdo de I&D sólo podrá considerarse ilícito si ocasiona o puede ocasionar efectos negativos para la competencia y el bienestar de los consumidores, y siempre que estos efectos negativos no sean superados por los efectos positivos que se producen con la innovación derivada de las actividades de I&D llevadas a cabo en conjunto.

III. EVALUACIÓN DE LOS ACUERDOS DE I&D SEGÚN EL DERECHO DE LA COMPETENCIA

Como ya se ha explicado, para que se considere que un acuerdo de I&D infringe la ley peruana vigente se debe identificar, de un lado, los efectos restrictivos de la competencia que se producen así como los efectos negativos sobre el consumidor y, de otro lado, las ventajas o eficiencias que pueden derivarse del acuerdo; luego, es necesario comparar los beneficios y perjuicios con el objetivo de determinar si los primeros superan a los segundos, esto es, si existe un efecto neto positivo que permita considerar el acuerdo como lícito.

De este modo, existen algunos criterios ya definidos para la evaluación de los acuerdos de I&D bajo la Ley peruana, esto es, que el análisis se realiza según los efectos en el mercado, que es necesario demostrar efectos negativos sobre la competencia y bienestar del consumidor para que el acuerdo sea ilícito, y que se puede contrastar los efectos negativos frente a las eficiencias producidas.

Sin embargo, tales criterios no son suficientemente precisos sobre los alcances de la evaluación que se realizaría en aplicación de la ley peruana. Unido a esto, el INDECOPI no ha resuelto casos relacionados con acuerdos de I&D hasta la fecha, ni en aplicación del Decreto Legislativo 701 ni durante el lapso que tiene vigente el Decreto Legislativo 1034, por lo que no se cuenta con criterios jurisprudenciales de análisis que puedan ser objeto de estudio.

Evidentemente, lo anterior no implica que en el Perú no existan acuerdos de I&D entre competidores, ni tampoco que sea muy poco probable que este tipo de acuerdos sea objeto de procedimientos ante el INDECOPI por infracción al Decreto Legislativo 1034. En consecuencia, dado que se trata de acuerdos que pueden involucrar inversiones cuantiosas y cuya implementación puede extenderse en el tiempo, es relevante estudiar bajo qué criterios específicos podría ser revisada la legalidad de tales acuerdos, para que sus integrantes puedan diseñarlos de modo tal que se reduzca la posibilidad de que sean objetados por el INDECOPI.

En función de lo anterior, a continuación se revisan los principales criterios específicos que han tomado en cuenta autoridades extranjeras de defensa de la competencia al evaluar acuerdos de I&D, para identificar así criterios que bien podría utilizar el INDECOPI al aplicar la ley vigente a este tipo de acuerdos. De igual forma, también se tiene en cuenta los criterios específicos de evaluación que planteó el INDECOPI en los precedentes de observancia obligatoria dictados al amparo del Decreto Legislativo 701.

3.1. Plazo de Vigencia

Un primer aspecto que se considera para evaluar el impacto de los acuerdos de I&D sobre las condiciones de competencia es la temporalidad del mismo.

Así, por ejemplo, la exención por categoría otorgada en la Comunidad Europea a los acuerdos de I&D entre competidores, según la cual estos acuerdos están automáticamente fuera de los alcances de la prohibición absoluta del artículo 81.1 del Tratado de Roma y son evaluados según sus efectos al amparo del artículo 81.3 del referido Tratado, establece que para beneficiarse de tal exención los acuerdos de I&D deben tener un plazo máximo de 7 años de duración y, además, no exceder el porcentaje conjunto de mercado que se señala en la siguiente sección. Concluido dicho plazo, la exención puede extenderse por más tiempo siempre que la cuota conjunta de los integrantes del acuerdo no supere el referido porcentaje de participación¹³.

En el caso de Estados Unidos no se ha previsto un plazo máximo para los acuerdos de I&D. Sólo se señala que la duración de cualquier acuerdo de colaboración entre competidores, lo que incluye a los acuerdos de I&D, es importante para evaluar si sus miembros mantienen la capacidad e incentivos para competir entre ellos. Adicionalmente, se señala que cuanto menor sea la duración más probable es que los participantes del acuerdo compitan entre ellos¹⁴.

En resumen, puede inferirse que la duración de los acuerdos de I&D es relevante si influye en la capacidad e incentivos de sus integrantes para competir entre ellos o con el propio acuerdo. Si la duración del acuerdo puede influir en tales incentivos y capacidades, cuanto menor sea el plazo, las autoridades de defensa de la competencia tendrán menores sospechas. Plazos de entre 5 y 7 años han sido considerados admisibles por algunas autoridades.

3.2. Participación de Mercado

Otro aspecto que se toma en cuenta al evaluar los efectos de un acuerdo de I&D es la participación de mercado que tienen sus integrantes. Cuanto mayor es la cuota de mercado que representa el acuerdo, mayor es la probabilidad de que a través del acuerdo se logre poder de mercado.

Al respecto, una las críticas que se plantearon en Estados Unidos frente a la *National Cooperative Research Act* es que no precisaba ninguna participación de mercado máxima que pudieran aglutinar los *joint ventures* de I&D con la seguridad de que no serían objetados por las autoridades de defensa de la competencia¹⁵. Esta limitación fue subsanada en el año 2000, cuando las autoridades de defensa de la competencia norteamericanas plantearon un umbral máximo de 20% de participación del mercado relevante correspondiente para los acuerdos de colaboración empresarial en general, dentro de los cuales están incluidos los acuerdos de I&D; señalando que salvo circunstancias excepcionales los acuerdos de competidores cuyas participaciones de mercado conjuntas fueran menores a dicho límite no serían cuestionados¹⁶.

¹³ Comisión Europea. Reglamento (CE) 2659/2000 de la Comisión relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de investigación y desarrollo, artículo 4 numeral 2.

¹⁴ FTC y DoJ. Op. cit., p. 21.

¹⁵ Hovenkamp, H. Op. cit., p. 206.

¹⁶ FTC y DoJ. Op. cit., p. 26.

En la Comunidad Europea se ha establecido que los acuerdos de I&D que tengan una participación conjunta de mercado menor al 25% del respectivo mercado relevante se encuentran automáticamente exentos de la prohibición del artículo 81.1 del Tratado de Roma. Adicionalmente, se ha previsto que dicha participación puede incrementarse hasta en 5%, caso en el cual la exención sigue aplicándose por 2 años adicionales desde el referido incremento; y si la cuota conjunta se incrementa más del 5%, la exención continúa aplicándose por un año adicional desde ese incremento¹⁷. Cabe mencionar que previamente al año 2000, la participación conjunta de mercado que podían tener como máximo los acuerdos de I&D para encontrarse exonerados de la prohibición automática del artículo 81.1 del Tratado era de 20% del mercado¹⁸.

En el caso peruano también se hace referencia a las cuotas de mercado de los participantes de un acuerdo como un aspecto a tomar en cuenta, se trata de una referencia genérica, sin ningún referente material o umbral de participación de mercado específico. En efecto, el precedente de observancia obligatoria dictado en 1997 sobre la distinción entre acuerdos desnudos y accesorios, señaló como condición para considerar un acuerdo como accesorio que las cuotas de mercado de sus integrantes no llevaran a determinar que la restricción de la competencia derivada de la integración fuera a ocasionar un daño. Sin embargo, no se incluyó parámetro numérico alguno para identificar cuándo la participación conjunta del acuerdo puede o no ocasionar riesgos de restricción a la competencia.

De acuerdo con lo anterior, no existen referentes específicos sobre la participación de mercado conjunta de un acuerdo de I&D que puede asumirse como indicador de poder de mercado considerable. No obstante, puede entenderse que los acuerdos de I&D que aglutinan una participación de mercado conjunta inferior a 20% ó 25% del respectivo mercado relevante (considerando los distintos mercados relevantes señalados en la sección 3.3 siguiente) no constituyen un riesgo representativo para la competencia.

3.3. Mercados de Productos, Tecnologías e Innovación

El tercer aspecto sobre el que corresponde llamar la atención respecto de los posibles efectos anticompetitivos de los acuerdos de I&D es el relativo a los distintos mercados relevantes que pueden estar involucrados y que pueden verse afectados. Las autoridades de defensa de la competencia han reconocido que pueden existir hasta tres tipos de mercados relevantes: el de productos, el de tecnologías, y el de innovación¹⁹.

Se hace referencia al mercado de productos cuando las actividades de I&D están destinadas a mejorar los productos existentes; caso en el cual tanto éstos como sus sustitutos

¹⁷ Comisión Europea. Reglamento (CE) 2659/2000 de la Comisión relativo a la aplicación del apartado 3 (...), artículo 4 numeral 2 y artículo 6 numerales 2 y 3.

¹⁸ En efecto, mediante el Reglamento (CEE) 418/85 la Comisión Europea estableció que se aplicaría la exención del artículo 81.1 del Tratado de Roma a los acuerdos de I&D cuya duración máxima fuera de 5 años y que reunieran a competidores cuya participación conjunta no supere el 20% del mercado. Mambriilla, Vicente. Op. cit., pp. 194-195.

¹⁹ Al respecto puede verse: FTC y DoJ. Op. cit., pp. 16-17. CE. *Directrices sobre la Aplicabilidad del Artículo 81 del Tratado CE a los Acuerdos de Cooperación Horizontal* (2001/C 3/02), pfs. 44-52.

constituyen el mercado relevante para evaluar el acuerdo de I&D. Si las actividades de I&D están destinadas a modificar totalmente el producto existente o elaborar un producto que lo sustituya, tal sustitución se puede dar recién en el largo plazo, por lo que puede ser más complejo definir un único mercado relevante del producto existente y del que se espera lo sustituirá.

En el caso del mercado de productos se plantea que si los competidores participantes del acuerdo de I&D tienen considerable participación en el mercado relevante, se pueden presentar supuestos de restricción de la competencia. Esto se debe a que los competidores que llevan a cabo la investigación conjunta suelen tener conexiones muy estrechas y una comunicación muy nutrida, por lo que es recomendable evitar con todo cuidado que su interacción influya directamente el precio de sus productos, el ámbito de comercialización o su oferta, así como neutralizar cualquier ocasión de que su actividad conjunta termine en una infracción a las normas de defensa de la competencia. Por ejemplo, las empresas pueden establecer mecanismos que aíslen al personal dedicado a la investigación conjunta del personal encargado de las estrategias de mercado²⁰.

El mercado de las tecnologías está referido a las tecnologías que se utilizan en la I&D y que pueden estar protegidas por derechos de propiedad intelectual. Si, por ejemplo, los derechos de propiedad intelectual se comercializan separadamente de los productos a los que corresponden, se puede identificar un mercado relevante de tecnologías que incluye tales derechos de propiedad intelectual así como las tecnologías similares que pueden utilizar los consumidores como alternativa.

Finalmente, el mercado de la innovación está asociado a los casos en que la investigación se destina a crear nuevos productos o tecnologías que sustituyan completamente a lo existente, o que estén destinadas a usos totalmente nuevos de modo que crearán una nueva demanda. En este tipo de casos, los procesos de I&D pueden encontrarse estructurados de modo tal que puede distinguirse entre el proceso destinado a mejorar lo existente y el orientado a crear algo totalmente nuevo. Cuando se pueden identificar distintos procesos de innovación también puede existir competencia entre ellos, particularmente en cuanto al acceso de cada proceso a recursos financieros y humanos comparables, a conocimientos técnicos y patentes, a calendarios de avance equivalentes, etc. Bajo esta perspectiva, los acuerdos de I&D también pueden afectar la competencia en el mercado de la innovación.

En el campo del mercado de la innovación, los acuerdos de I&D pueden generar ventajas que los competidores no podrían lograr actuando o investigando individualmente, tales como economías de escala en la investigación, nuevos senderos de investigación a través del trabajo conjunto, intercambio de capacidades y recursos para la investigación, etc. Pero los acuerdos de I&D también pueden ocasionar efectos restrictivos de la competencia, principalmente cuando existe concentración de los procesos de innovación en manos de pocos competidores. No obstante, tales efectos negativos tendrían su origen mayormente

²⁰ Sullivan, L y Grimes, W. Op. cit., p. 246.

en acuerdos accesorios distintos, tales como el compromiso de no realizar actividades de investigación independiente²¹.

En resumen, los efectos de los acuerdos de I&D deben ser analizados dentro del mercado relevante que corresponda, según sus características y distinguiendo los tipos de mercado ya mencionados.

3.4. Compromisos relativos a la coordinación de comportamientos

Un cuarto aspecto de relevancia en cuanto al análisis de los efectos de los acuerdos de I&D está dado por las condiciones incluidas en dichos acuerdos que tienen por objeto o efecto la coordinación del comportamiento de los integrantes en aspectos no relacionados con las actividades de I&D. Las autoridades de defensa de la competencia entienden que determinados compromisos son admisibles porque tienden a producir mayores eficiencias que la potencial restricción de la competencia que generan, mientras que otros resultan inválidos o menos aceptables porque representan un mayor riesgo para la competencia.

Por regla general, se considera inválido que los competidores que integran acuerdos de I&D incluyan compromisos relacionados con la realización de prácticas tales como la fijación concertada de precios, el reparto de mercados o clientes, la limitación de la producción o de las ventas, etc. Tal como se ha comentado al inicio de este trabajo, estas prácticas son calificadas como ilegales *per se* sin admitir evaluación de sus efectos sobre el mercado. Consecuentemente, el hecho de que sean parte de un acuerdo de I&D no cambia su carácter ilícito²².

De otro lado, si bien se admite que el intercambio de cierta información entre los competidores integrantes de un acuerdo de I&D puede ser necesario, como por ejemplo compartir el *know how* o los conocimientos tecnológicos, se considera que compartir otra información sensible (precios, costos, volúmenes producidos, planes futuros de negocio, entre otros) puede afectar las condiciones de competencia en el mercado y, en particular, facilitar la colusión entre competidores. Por ello, la inclusión de ese tipo de compromisos ocasiona una mayor preocupación de parte de las autoridades de defensa de la competencia²³.

²¹ Sullivan, L y Grimes, W. Op. cit., p. 245.

²² Por ejemplo, en el artículo 5 del Reglamento (CE) 2659/2000 de la Comisión relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de investigación y desarrollo, la Comisión Europea excluye expresamente de la exención por categoría a los acuerdos de I&D que tengan por objeto limitar la producción o las ventas, fijar los precios de venta de los productos considerados en el acuerdo, restringir la clientela que pueden abastecer las empresas participantes, etc. Asimismo, en el párrafo 59 de las Directrices sobre la Aplicabilidad del Artículo 81 del Tratado CE a los Acuerdos de Cooperación Horizontal, la Comisión Europea señala que si el verdadero objeto de un acuerdo no es la I&D sino la creación de un cartel encubierto para fijar precios, limitar la producción o repartir el mercado, dicho acuerdo está prohibido por el artículo 81.1 del Tratado de Roma, sin que esto signifique que una decisión de los miembros del acuerdo para explotar en común los posibles resultados futuros sea necesariamente ilícito.

²³ FTC y DoJ. Op. cit., p. 15. En sentido similar, la *National Cooperative Research Act* ya excluía de la evaluación bajo la regla de la razón los acuerdos de colaboración empresarial que involucren: (i) intercambio de información entre competidores sobre precios, costos, ventas, rentabilidad, distribución y marketing; (ii) acuerdos sobre restricciones a la oferta o a la producción; y (iii) acuerdos que definan la venta de pro-

Sin perjuicio de lo anterior, los acuerdos cuyo objeto es la realización de prácticas que en principio son ilegales *per se* o que facilitan este tipo de prácticas (intercambio de información sensible), pueden ser calificados como acuerdos accesorios a un acuerdo principal de integración. Consecuentemente, tales acuerdos dejarían de ser considerados ilegales *per se*. Para tales efectos debe cumplirse el requisito de que los acuerdos accesorios sean indispensables para el logro de las eficiencias, según se explica en la sección 3.7 posterior. Asimismo, en este punto puede tenerse en cuenta las condiciones definidas por el INDECOPI para que un acuerdo de esta naturaleza sea considerado accesorio según el precedente de observancia obligatoria dictado en 1997 sobre la distinción entre acuerdos desnudos y acuerdos accesorios, tema sobre el que se efectuarán los comentarios correspondientes en la sección 3.7 de este trabajo.

En función de lo señalado se concluye que, en principio, no es admisible incluir como parte de los acuerdos de I&D compromisos que lleven a sus integrantes a incurrir en prácticas colusorias consideradas ilegales *per se*, ni tampoco compromisos que sean facilitadores de la realización de tales prácticas, particularmente en lo relacionado con el intercambio de información sensible. No obstante lo indicado, este tipo de compromisos podría incluirse en los acuerdos de I&D siempre que pudiera demostrarse que se trata de acuerdos accesorios al acuerdo principal que es de I&D, para lo cual debe cumplirse que los acuerdos accesorios sean indispensables para lograr el acuerdo principal.

3.5. Compromisos Relativos a Condiciones de Exclusividad

Un quinto aspecto de relevancia en el análisis de los efectos de los acuerdos de I&D está relacionado con los potenciales efectos de exclusión que pueden ocasionar a través de las condiciones de exclusividad que imponen para ingresar al acuerdo o para actuar fuera del acuerdo²⁴.

Los acuerdos de colaboración pueden limitar el número de sus miembros impidiendo a terceros que pudieran estar interesados en unirse, es decir, excluir a competidores interesados en acceder a los beneficios derivados del acuerdo. Asimismo, pueden limitar el derecho de los integrantes del acuerdo a dedicarse a actividades que puedan competir con las que se realizan a través del acuerdo, desde realizar actividades de I&D por su cuenta hasta limitar su capacidad para comercializar productos que puedan competir con aquéllos que se originen en el acuerdo.

Estos dos tipos de exclusividad pueden ser necesarios para evitar el problema del *free rider* que de otro modo impediría a los miembros de un acuerdo de colaboración capitalizar la inversión y riesgo asumidos. En el primer caso, debe tenerse en cuenta que la seguridad de obtener resultados favorables se va incrementado paulatinamente durante la operación de un acuerdo de cooperación, de modo que no es igual incorporarse al inicio que cuando los resultados ya son bastante seguros. Si se admite el ingreso en cualquier

ductos o el intercambio de tecnología sobre rubros que están fuera del alcance del acuerdo de I&D. Ver: Hovenkamp, H. Op. cit., p. 205-206.

²⁴ Salvo indicación en contrario, en esta sección se sigue lo planteado por: Hovenkamp, H. Op. cit., pp. 203-205.

momento, muchos podrían optar por no arriesgarse desde un inicio. En el segundo caso, si se permite realizar actividades en competencia con las del acuerdo de colaboración, los miembros pueden aprovechar activos o conocimientos que se han originado en el acuerdo para sus actividades individuales, con lo cual aprovechan las ventajas derivadas del aporte de los otros miembros a la causa común.

Si bien las condiciones de exclusividad antes indicadas pueden estar justificadas, cuando el acuerdo de colaboración o *joint venture* cuenta con poder de mercado la exclusividad puede ocasionar restricciones a la competencia. Ello se debe a que a través de las condiciones de exclusividad el acuerdo de colaboración puede estar en capacidad de reducir la oferta, ya sea al interior del acuerdo (que sus miembros decidan producir en menores cantidades o calidades los productos asociados con la colaboración de las empresas) o fuera del acuerdo (evitando que sus miembros produzcan individualmente en competencia con el acuerdo). Por ello, cuando existe poder de mercado las condiciones de exclusividad en un acuerdo de colaboración entre competidores deben tener suficiente justificación, puesto que serán objeto de escrutinio más riguroso por las autoridades de defensa de la competencia.

En el caso particular de las actividades de I&D, los problemas de *free rider* pueden ser significativos, porque los resultados de costosas actividades de I&D no siempre pueden ser patentados, o incluso siéndolo no pueden ser efectivamente protegidos de apropiaciones indebidas. En tales casos, la probabilidad de que una empresa decida embarcarse individualmente en un costoso proyecto de I&D es reducida, pues de hacerlo subsidiaría a sus competidores. No obstante, los incentivos pueden estar más alineados para cubrir conjuntamente los costos involucrados si las empresas llegan a un acuerdo de I&D que establece condiciones de exclusividad.

Sin perjuicio de lo anterior, puede comentarse que en el caso de la *National Cooperative Research Act* parecería que la norma busca que las empresas formen varios acuerdos de I&D que compitan entre sí, motivo por el cual no evidencia una preocupación muy notoria por el acceso de los distintos participantes del mercado a un determinado acuerdo de I&D. Aparentemente, se preferiría que algunas empresas sean excluidas en el entendido de que buscarían conformar su propio acuerdo de I&D para competir con aquél del que fueron excluidas²⁵.

De acuerdo con lo expuesto, los acuerdos de I&D pueden contener condiciones que determinan algún tipo de exclusión, ya sea de terceras empresas que pretenden integrarse al acuerdo, o de actividades independientes realizadas por los integrantes del acuerdo que pudieran competir con las realizadas a través del referido acuerdo. Este tipo de condiciones puede ser necesario para el adecuado funcionamiento del acuerdo, por ejemplo, si permite evitar situaciones de *free rider*, no obstante, cuando el acuerdo involucra un poder de mercado considerable dichas condiciones de exclusión deben tener una justificación contundente, porque es probable que sean revisadas con mayor rigurosidad por la autoridad de defensa de la competencia.

²⁵ Ross, Stephen. Op. cit., p. 214-215.

3.6. Eficiencias Generadas

Adicionalmente a todo lo anterior, la evaluación de los acuerdos de I&D supone identificar las eficiencias que se generan a través de los mismos. Las eficiencias a ser consideradas pueden ser de diversa naturaleza. Si el acuerdo permite a sus integrantes ofrecer bienes a precios menores, mejoras en la calidad de los productos o lanzar más rápidamente al mercado innovaciones, todo ello se considera eficiencias. Ahora bien, parte de estas eficiencias debe poder ser trasladada a los consumidores para que sean tomadas en cuenta por la autoridad. Esto dependerá en buena cuenta de las condiciones de competencia que existan, pues las fuerzas competitivas son el mejor incentivo para que las empresas decidan trasladar parte de las ventajas logradas en beneficio del consumidor, para mantener así el liderazgo frente a sus rivales²⁶.

Al respecto, un razonamiento similar fue planteado por el INDECOPI en el precedente de observancia obligatoria dictado en el año 2003 para someter todos los acuerdos entre competidores a evaluación según sus efectos. En dicho precedente se señaló que una parte equitativa del beneficio resultante de las mejoras en la producción o la distribución de los productos o del fomento del progreso técnico o económico tenía que ser reservada para los consumidores.

Para que se demuestre la existencia real de tales eficiencias se debe ofrecer la información suficiente para que las autoridades de defensa de la competencia verifiquen la magnitud de cada eficiencia, cómo y cuándo podría alcanzarse, los costos involucrados en lograrlas, y la forma en que tales eficiencias pueden contribuir a mejorar la capacidad o los incentivos de los integrantes del acuerdo para competir²⁷.

Además, si el acuerdo da lugar a considerable poder de mercado para sus miembros, éstos deben demostrar que las eficiencias generadas por el acuerdo de I&D son significativas, que la comercialización de los nuevos productos será más rápida o que se producirán otras eficiencias²⁸.

La creación de eficiencias también ha sido planteada en el caso peruano. Primero en el precedente de observancia obligatoria dictado por el INDECOPI en 1997 sobre la distinción entre acuerdos accesorios y desnudos. En esta decisión se estableció que los acuerdos accesorios deben ser capaces de incrementar la eficiencia del grupo integrado y deben ser aplicados dentro de los límites necesarios para lograr dicha eficiencia. De otro lado, la obtención de eficiencias también se contempló en el precedente de observancia obligatoria dictado por el INDECOPI en el año 2003 a través del cual se estableció que todos los acuerdos debían ser evaluados según sus efectos. Este precedente señalaba que un acuerdo que restringía la competencia era admisible si se demostraba que contribuía a mejorar la producción o distribución de productos, o que fomentaba el progreso técnico o económico, y que una parte equitativa de tales beneficios podía trasladarse al consumidor.

²⁶ CE. Op. cit., pf. 32 y 34.

²⁷ FTC y DoJ. Op. cit., p. 24.

²⁸ CE. Op. cit., pf. 69.

3.7. Carácter Indispensable de las Restricciones a la Competencia

Cuando el acuerdo de I&D produzca restricciones a la competencia las mismas deben tener carácter indispensable o ser razonablemente necesarias para conseguir las eficiencias antes señaladas, pues de otro modo no estarían justificadas. Para que las restricciones a la competencia sean indispensables o razonablemente necesarias, no deben existir medios menos restrictivos de conseguir las eficiencias antes señaladas. Al evaluar los medios menos restrictivos la autoridad de defensa de la competencia debe considerar alternativas que resulten practicables según las condiciones del mercado y no alternativas teóricamente menos restrictivas²⁹.

Por ejemplo, si existe un gran riesgo de que se produzca un problema de *free rider* asociado a un acuerdo de I&D, el establecimiento de alguna condición de exclusión como las señaladas en la sección 3.5 previa sería justificada, pues no habrían otros medios menos restrictivos para evitar dicho problema y asegurar el buen funcionamiento del acuerdo.

De otro lado, no sería justificado incluir dentro del acuerdo de I&D condiciones como restringir la capacidad de las empresas participantes del acuerdo de realizar independientemente o en cooperación con terceros actividades de investigación en sectores no relacionados con el objeto del referido acuerdo³⁰.

El descarte de medios menos restrictivos para lograr las eficiencias también ha sido tomado en cuenta en el caso peruano. En efecto, en el precedente de observancia obligatoria dictado por el INDECOPI en el año 2003 a través del cual se estableció que todos los acuerdos debían ser evaluados según sus efectos. En dicho precedente se estableció que para que un acuerdo que restringía la competencia se encontrara exento de reproche y sanción era necesario demostrar que era la única forma de lograr las eficiencias planteadas. Evidentemente, para identificar si el acuerdo era la única vía de lograr tales eficiencias era necesario descartar que existieran otras vías para ello.

3.8. Balance entre Eficiencias y Restricciones de la Competencia

La parte final y una de las más relevantes de la evaluación sobre efectos de los acuerdos de I&D es la comparación entre las restricciones a la competencia generadas y las eficiencias producidas, para identificar si resulta un efecto neto positivo, que valide el referido acuerdo.

Si se encuentra que la restricción de la competencia es indispensable o razonablemente necesaria para obtener las eficiencias, las autoridades de defensa de la competencia consideran esta etapa final en el análisis de los acuerdos de colaboración empresarial, incluyendo los acuerdos de I&D³¹. Como se ha comentado, en el caso peruano también

²⁹ FTC y DoJ. Op. cit., p. 24; CE. Op. cit., pf. 35. Cabe señalar que si bien se contempla que para que las restricciones sean indispensables no deben existir medios menos restrictivos de conseguir las eficiencias, algunos autores afirman que en la práctica la Comisión Europea no siempre considera si existen los medios alternativos menos restrictivos. Ver: Korah, Valentine. Op. cit., p. 366.

³⁰ CE. Op. cit., pf. 70; CE. Reglamento (CE) 2659/2000 de la Comisión relativo a la aplicación del apartado 3 (...). Op. cit., artículo 5.

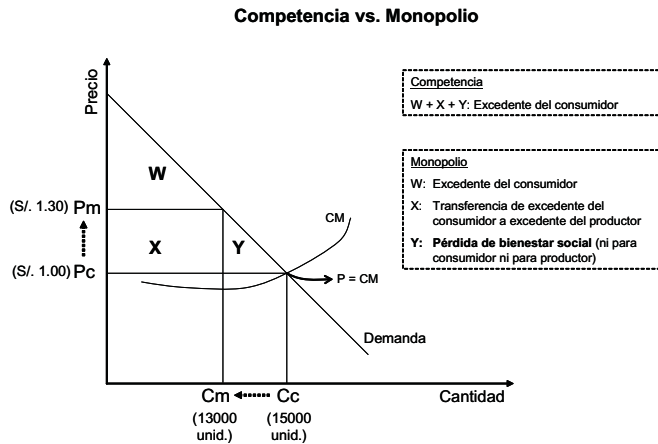
³¹ Por ejemplo puede verse: FTC y DoJ. Op. cit., pp. 24-25.

se tiene que efectuar este análisis comparativo para definir la legalidad de las prácticas anticompetitivas sujetas a prohibición relativa por el Decreto Legislativo 1034, lo que incluye a los acuerdos de I&D.

Siendo esta parte de la evaluación bastante compleja, se justifica hacer una explicación más detallada sobre los fundamentos económicos del análisis que requiere y sobre la real capacidad para llevarlo a cabo.

En cuanto a los fundamentos económicos que explican este tipo de análisis, lo primero que corresponde plantear es por qué se considera que la competencia permite mayor eficiencia (bienestar social) que otros modelos de mercado, para lo cual se compara con un modelo de monopolio³².

Como se sabe, en un mercado en competencia perfecta se logra el punto de equilibrio en el cual el precio (P_c) es igual al costo marginal de producción (CM) y se produce la cantidad (C_c) necesaria para atender a todos los compradores dispuestos a pagar cuando menos el costo marginal por el bien. Con ello se logra la máxima eficiencia, puesto que el productor no produce ni vende ninguna unidad que no cubra al menos su costo marginal de producción, es decir, no trabaja a pérdida³³, y los consumidores pagan únicamente el precio que cubre el costo marginal, quedándose con la diferencia entre su precio de reserva y el precio de competencia efectivamente pagado. Así, la competencia maximiza el bienestar del consumidor porque los recursos correspondientes al triángulo $W + X + Y$ se quedan en manos del consumidor, es decir, constituyen el denominado excedente del consumidor.



³² Los fundamentos económicos descritos pueden encontrarse con mayor desarrollo en textos de organización industrial como: Carlton, D. y Perloff, J. *Modern Industrial Organization*. Tercera edición, United States, Addison-Wesley, 2000, pp. 88-91; o, Fernández Baca, Jorge. *Organización Industrial*. Lima: Universidad del Pacífico, 2006, pp. 128-133.

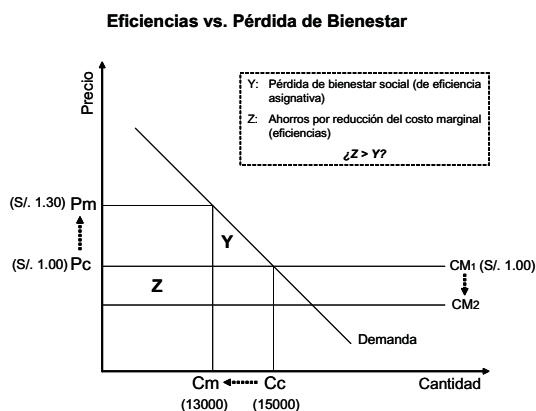
³³ Se entiende que el costo marginal incluye un componente de rentabilidad para el productor que puede representarse como el costo de oportunidad de invertir sus recursos en otra actividad productiva.

Por el contrario, el monopolio (y también un cartel de competidores) puede reducir la cantidad ofertada (de C_c a C_m) y elevar el precio (de P_c a P_m). Con ello, el productor produce y vende menos unidades (13,000) que las que se venden en una situación de competencia (15,000), pero obtiene mayores ingresos que los que lograría en competencia (S/. 16,900.00 frente a S/. 15,000.00). Como consecuencia de ello, el excedente de consumidor se reduce al triángulo W. El cuadrilátero X es la ganancia del monopolio (la diferencia entre los ingresos obtenidos en una situación de competencia y en una de monopolio), es decir, la porción del excedente del consumidor que se convierte en excedente del productor. Finalmente, el triángulo Y se pierde tanto para el consumidor como para el productor, por lo que se identifica como la pérdida de bienestar social que produce el monopolio, representada por los consumidores dispuestos a pagar un precio mayor al costo marginal pero que no son atendidos porque no pueden pagar el precio de monopolio (las 2,000 unidades que dejan de producirse y venderse).

En función de lo anterior, se plantea que la competencia produce mayor bienestar para el consumidor y que los mercados donde no existe competencia o donde la competencia se encuentra restringida suelen generar pérdidas de eficiencia.

Como ya se ha explicado en secciones previas, un acuerdo de I&D puede restringir la competencia en distintos modos y grados, por lo que, de ser tal el caso, podría estar ocasionando pérdidas de eficiencia.

Frente a lo anterior, se planteó el denominado modelo de intercambio de bienestar para proponer que al aplicar las normas de defensa de la competencia se tomen en cuenta las eficiencias producidas en el mercado por las decisiones empresariales³⁴. El modelo considera una concentración de empresas que transforma una situación de competencia en una de monopolio. En ese contexto, el monopolio reduce la cantidad ofertada (de C_c a C_m) y se incrementan los precios (de P_c a P_m), produciéndose la pérdida de bienestar general (representada por el triángulo Y en el gráfico), tal como se ha explicado previamente.



³⁴ Williamson, Oliver. "Economies as an antitrust defense: The welfare tradeoffs". En: *The American Economic Review*. Vol. 58, N° 1 (1968), pp. 18-36.

No obstante, según dicho modelo la concentración que da origen al monopolio también produce ganancias de eficiencia (representadas por el rectángulo Z en el gráfico), puesto que los ahorros generados permiten la reducción de los costos marginales (de CM1 a CM2), y esto puede conllevar a una innovación o mejora de los productos o servicios ofrecidos por el monopolio. Entonces, si bien la concentración de empresas restringe la competencia e incrementa los precios, esto puede resultar eficiente si en el balance las ganancias de eficiencia son mayores que la pérdida del bienestar social (o sea si el rectángulo Z es mayor que el triángulo Y).

Posteriormente, este modelo fue popularizado por la denominada Escuela de Chicago. Según esta corriente de pensamiento, el modelo de intercambio del bienestar ilustra y permite analizar todas las prácticas sujetas a las normas de defensa de la competencia —lo que incluiría los acuerdos de I&D—, ya que permite comparar la ineficiencia (pérdida de bienestar) derivada de la inexistencia o falta de competencia, frente a las eficiencias (tanto productivas como dinámicas) que pueden producir las actividades empresariales³⁵. Los planteamientos de la Escuela de Chicago impulsaron que se generalice la idea de que las prácticas anticompetitivas deben analizarse haciendo un balance entre los efectos restrictivos de la competencia que generan y las eficiencias que producen. Esto con el propósito de determinar si existe un beneficio neto resultante, pues de ser así, la práctica debería considerarse eficiente y, por ende, válida en términos legales pese a que restrinja la competencia.

Respecto de la real capacidad de las autoridades de defensa de la competencia para realizar este tipo de análisis, debe señalarse que si bien es importante reconocer el valor de las eficiencias generadas por las prácticas comerciales de las empresas, como por ejemplo un acuerdo de I&D, la idea de hacer un balance entre las eficiencias y la pérdida de bienestar social por la restricción de la competencia no es nada simple ni tampoco siempre posible.

El modelo de intercambio de bienestar sólo ilustra una relación entre la pérdida de bienestar social y las ganancias de eficiencia, pero no cuantifica sus valores. En la práctica no se puede calcular matemáticamente el valor del rectángulo Z y del triángulo Y para saber cuál es mayor³⁶.

Asimismo, existen distintas razones que dificultan medir efectivamente los beneficios netos resultantes a través de este modelo³⁷. En primer lugar, es difícil identificar y dar valor a los ahorros de costos de producción que no pueden trasladarse instantáneamente a los precios del mercado, sino que sólo se pondrán de manifiesto mucho después³⁸. En segundo lugar, el referido modelo asume que las ganancias de eficiencia se reflejan en todo

³⁵ Bork, Robert. *The Antitrust Paradox*. New York: The Free Press, 1993, pp. 105 y 108.

³⁶ *Ídem*, pp. 108 y 110.

³⁷ Ver: Hovenkamp, H. Op. Cit., pp. 28-30.

³⁸ Si un acuerdo de I&D puede generar un incremento de precios monopólicos en lo inmediato, pero permitirá mayor actividad de investigación y desarrollo con resultados significativos dentro de 10 años, la autoridad de defensa de la competencia debería efectuar un balance entre la restricción inmediata a la competencia y el prospecto de ganancias por innovación lejanas en el futuro y que incluso podrían nunca producirse.

el mercado a través de la única empresa que queda, porque parte del supuesto de que el mercado era competitivo y luego de la concentración queda monopolizado. Sin embargo, el paso de competencia a monopolio no es lo que usualmente ocurre en la práctica, por lo que el modelo tiende a sobreestimar las ganancias de eficiencia³⁹. En tercer lugar, la lógica del balance entre pérdida de bienestar general y ganancias de eficiencia sólo es razonable si existe justificación para hacer el balance. Si las eficiencias podrían conseguirse por vías distintas a la restricción de la competencia, no habría razón para aceptar esta restricción porque las eficiencias se podrían obtener sin perjudicar el proceso competitivo⁴⁰.

Considerando razones como las expuestas, la aplicación de las normas de defensa de la competencia generalmente no incluye dentro del análisis el balance de eficiencias frente a perjuicios a la competencia, principalmente por la complejidad de realizarlo. En vez de eso, lo que usualmente se hace es definir si la práctica empresarial amenaza con restringir la competencia. Si existe tal amenaza, se evalúa cuán probables son las ganancias significativas de eficiencia y si la restricción a la competencia es razonablemente necesaria para alcanzarlas. Si la respuesta a cualquiera de estas cuestiones es negativa, la referida práctica es condenada. Si ambas respuestas son positivas y el caso es complejo, no se realiza el balance en cuestión, sino que lo habitual es que no se prohíba la conducta y que se prefiera confiar en que el mercado en vez del estado encuentre el balance adecuado⁴¹.

Para concluir, y volviendo a un tema planteado al inicio de este trabajo, debe señalarse que si bien la fijación de precios óptima requiere que las empresas compitan, la innovación óptima requiere una combinación más compleja de competencia y muchas veces cooperación entre las empresas, para labores de investigación y desarrollo. Las normas de defensa de la competencia no pueden impulsar simplemente la existencia de una multiplicidad de pequeñas empresas forzadas a competir entre ellas. Estas empresas pueden competir pero los productos seguir siendo costosos y la economía puede perder mucha de la innovación que es capaz de producir⁴².

³⁹ Es más frecuente que las concentraciones no produzcan un monopolio, sino que reduzcan el número de participantes en el mercado. Por ello se las cuestiona porque pueden facilitar la colusión. De ocurrir la colusión, la misma produciría un incremento de los precios de todos los participantes del mercado, pero sólo quienes fueron parte de la concentración podrían argumentar que lograron ganancias de eficiencias.

⁴⁰ Por ejemplo, si se trata de actividades de I&D entre competidores, en vez de coordinar sus procesos de producción bastaría que realicen la investigación en conjunto y que establezcan un acuerdo para otorgar a un tercero la licencia de los resultados positivos obtenidos de la investigación.

⁴¹ Hovenkamp, H. *The Antitrust Enterprise: Principle and Execution* (United States, Harvard University Press, 2005), p. 30.

⁴² *Idem*, p. 14.