

LOS CONTRATOS DE JOINT VENTURE DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO DE LA LIBRE COMPETENCIA

Jorge Román Saavedra

Estudiante del 6to. Año de Derecho de la UNMSM.

jorgeromansaavedra@hotmail.com

SUMARIO:

I.- Introducción	465
II.- Joint Venture. Aspectos Generales	468
1.- Definición	468
2.- Clasificación	470
III.- El Contrato de Joint Venture en el contexto de la Libre Competencia	472
IV.- Los Contratos de Joint Venture y el derecho de la Competencia en la Legislación Comparado	473
V.- Conclusiones	490

I. Introducción

Para muchas empresas de países desarrollados, el modelo global de sus estrategias internacionales pasa en buena medida por la inversión en el exterior o bien por la formación de algún tipo de alianza estratégica. A la inversa, muchas empresas de naciones en vías de desarrollo, van volcándose en la cooperación y la asociación internacional con firmas de otros países, por la necesidad que tienen de capital, financiación, tecnologías, equipamiento, gestión o acceso a mercados, ofreciendo a cambio una parte del capital, recursos naturales o bien, mano de obra barata.

Una de los contratos modernos que más utilidad ha desplegado en los últimos tiempos en el comercio internacional es el *joint venture*¹, pero dada sus particulares características, dicho esquema contractual es también a menudo utilizado por los agentes económicos, para falsear la competencia en la medida

¹ Las *joint ventures* tienen una larga historia dentro del mundo de los negocios internacionales, de manera que no se puede afirmar que sea únicamente una invención de los años 80. Si bien se detectan empresas conjuntas desde tiempos ancestrales, desde los fenicios hasta la época de las Compañías de Indias, pasando por las empresas conjuntas que desarrollaban los venecianos, ya se comenzaron a realizar este tipo de acuerdos desde finales del siglo XIX, obviamente que

que su celebración muchas veces implica una concentración empresarial o una concertación no admitida por las normas que regulan el proceso competitivo, las que incluso tienen rango constitucional², y garantizan la competencia sancionando los comportamientos que restringen o crean barreras artificiales a la entrada de nuevos competidores al mercado tratando de mantener la eficacia del mismo, entendiendo que este sistema (el mercado) es actualmente el mejor asignador de recursos y que una implementación sólida del mismo trae como correlato necesario el bienestar del consumidor.

Siendo múltiples y variadas las influencias jurídicas y económicas que se desprenden de la celebración de un contrato de *joint venture*, sin duda alguna que el análisis de sus efectos anticompetitivos es uno de los aspectos que ha merecido un estudio muy detenido en el derecho comparado³, debido a sus repercusiones en el campo práctico, centrándose básicamente su análisis en el campo de las concentraciones empresariales o control *ex-ante* de la competencia.

bajo formas más primarias y menos sofisticadas contractualmente que las que existen hoy en día. No obstante el origen de los *joint venture* se remonta al Siglo XVIII en los contratos de navegación en Inglaterra, para el transporte de mercaderías y su posterior venta en ultramar. A pesar de que desde las postrimerías de la Segunda Guerra Mundial, muchas empresas norteamericanas se introdujeron en mercados internacionales por medio de la conformación de empresas conjuntas, es en la década de los 70 y de los 80 cuando se han expandido los conceptos de *joint venture*, alianzas estratégicas y cooperación internacional en las áreas comerciales, financieras, tecnológicas y de producción. TRESPALACIOS ORTIN, Unai "Aspectos jurídicos y técnicos de la joint venture o empresa conjunta", vLex, 17/07/2002.

² La Constitución en su artículo 61° establece que: "El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopolísticas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar o establecer monopolios. (...)". En nuestro país el Estado tiene el deber de facilitar y vigilar la libre competencia. En otras palabras debe establecer las normas, condiciones y procedimientos en los que la libre competencia pueda desarrollarse de la mejor manera. Al mismo tiempo, ejerce vigilancia para que las reglas funcionen y para que los actores del mercado se conformen a ella. Esto supone que pueda forzar a cumplir las normas y que sancione las transgresiones" BERNALES, Enrique "La Constitución de 1993. Análisis Comparado" ICS, 1996, pág. 124.

³ Cfr.: BRODLEY, Joseph F. (1982) "Joint Ventures and Antitrust Policy", 95 Harvard Law Review 1521, CHAVEZ, John Anthony (1999) "Joint ventures in the European Union and the U.S.", The Antitrust Bulletin, Vol. 44, No. 4 (Winter 1999), pp. 959-1005, CORREIA, Edward (1998) "Joint Ventures: Issues in Enforcement Policy", Antitrust Law Journal, Vol. 66, pp. 737-771, JORDE, Thomas M. and David J. TEECE (1992) "Innovation, Cooperation, and Antitrust" in Thomas M. Jorde and David J. Teece, editors, Antitrust, Innovation, and Competitiveness (New York: Oxford University Press), KHEMANI, K. S. and L. WEVERMAN (1992) "Strategic Alliances: The Implications for Competition Policy", prepared as a background note for the Committee on Competition Law and Policy Meeting, 2 December 1992, DAFNE/CLP(92)12, McFalls, Michael S. (1998) "The Role and Assessment of Classical

Para el Derecho de la Competencia, especial trascendencia reviste dos motivos económicos que inducen a las empresas a celebrar un contrato de *joint venture*, el primero es buscar la obtención de un mayor poder de mercado conjunto (lo cual a la postre devendría en la posibilidad de aumentar precios por encima del nivel competitivo) y por otro lado, buscar el mejoramiento del nivel de eficiencia productiva de la alianza formada (entendido como la posibilidad de disminuir costos).

Por ello, es frecuente a nivel del Derecho Comparado que se asimile al contrato de *joint venture* como un mecanismo utilizado por las empresas para distorsionar la competencia en la medida en que una definición amplia del citado contrato encaja en la práctica con muchas conductas prohibidas o susceptibles de infringir las normas de defensa de la competencia, ya que su aplicación práctica comprende desde un simple contrato de colaboración, hasta la unión total de las sociedades en una sola empresa, por ello las peculiares estipulaciones que dicho contrato puede contener, provoca muchas dudas acerca de su legitimidad desde el punto de vista de la normativa encargada de proteger la competencia, es por ello que la (no muy) reciente publicación en nuestra normativa de la Ley N° 26876 dada el 19 de noviembre de 1997 (Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico), ha provocado que la cuestión cobre actualidad, en la medida que mediante un contrato de *joint venture* se pueda realizar una concentración empresarial. En este trabajo nos proponemos analizar las relaciones del contrato de *joint venture* con la normativa protectora de la libre competencia aplicable en el Perú, partiendo para ello del análisis concurrencial del contrato en los EEUU, la Comunidad Europea y en Sudamérica, en Brasil y Argentina, para luego atender a la normativa vigente en el Perú en la materia. Ello nos permitirá comprender mejor los problemas de índole competitivo que presentan este tipo de contratos al observar las soluciones adoptadas

Market Power in Joint Venture Analysis", Antitrust Law Journal, Vol. 66, pp. 651-735, OECD (1986) Competition Policy and Joint Ventures (Paris: OECD), PITOFKY, Robert (1999) "Joint Venture Guidelines: Views from One of the Drafters", remarks before the ABA/Section of Antitrust Law, Workshop: Joint Ventures and Strategic Alliances: The New Federal Antitrust Competitor Collaboration Guidelines, November 11 & 12, Shapiro, Carl and Robert D. WILLIG (1990) "On the Antitrust Treatment of Production Joint Ventures", Journal of Economic Perspectives, Vol. 4, No. 3 (Summer), pp. 113-130, WELLER, Charles D. (1999) "Introduction: New Foundations for Joint Ventures and Antitrust", The Antitrust Bulletin, Vol. XLIV, No. 4 (Winter), pp.787-790, V. RASMUSSEN, Uwe Waldemar. *Holdings e joint ventures*. São Paulo : Ed. Aduaneiras, 1988, BAPTISTA, Luiz Olavo, "A Joint Venture - Uma Perspectiva Comparatista", Revista de Direito Mercantil, año XX, 42, abr/jun 81, FORDHAM CORP. L. INST. (1991) (B. Hawk ed.), "International mergers and joint ventures", NY: Transnational Juris Publications, Inc.

por los ordenamientos nacionales o supranacionales que regulan mercados en los cuales el contrato de *joint venture* ha alcanzado su mayor desarrollo.

II.- Joint Venture. Aspectos Generales.

1. Definición.

Doctrinariamente no existe una definición unánime respecto a esta figura contractual, los distintos autores que han escrito sobre el tema⁴ le otorgan las más variadas características, predominando la imprecisión en cuanto a su definición⁵. En lo que concierne específicamente al Derecho de la Competencia⁶, el contrato de *joint venture* es entendido como una integración de operaciones entre dos o más empresas independientes, en las cuales se presentan las siguientes condiciones: (a) que el *joint venture* se encuentran bajo el control de las empresas controlantes, (b) que cada parte hace una contribución sustancial a la empresa conjunta, (c) que la empresa exista como una entidad comercial separada de las partes intervinientes y; (d) que el *joint venture* cree una nueva capacidad empresarial significativa que tenga como finalidad aumentar la capacidad productiva, desarrollar una nueva tecnología o un nuevo producto o buscar la entrada conjunta a un nuevo mercado.

Se desprende de la cuarta característica que el *joint venture* es un contrato muy usado con el objetivo de consolidar bloques económicos⁷ y de esta manera cooperar en intereses comunes por parte de 2 o más empresas, para realizar objetivos trazados al momento de la celebración del contrato⁸.

⁴ CABALLERO SIERRA, Gaspar. "Los consorcios Públicos y Privados". Bogotá: Temis, 1985, pág. 67, WEST, A.E. thinking ahead: The Jointly Owned Subsidiary. En Harvard Business. Boston; July-August 1951, pág. 3. OLAVO BAPTISTA, Luiz. "A joint venture- Uma perspectiva comparatista". En: Revista de Direito Mercantil. Sao Paulo, N° 42, abril-junio 1981, pág. 53., LE PERA, Sergio. Joint Venture y Sociedad. Bs. As. Astrea, 1989, pág. 30.

⁵ OLAVO BAPTISTA, Luiz., op., cit., pág. 81, LUPATELLI, Alfredo Jr. y OCTAVIANO MARTINS, Eliane Maria "joint venture e defesa da concorrência no brasil", Boletín Latinoamericano de Competencia N° 6, pág. 30.

⁶ Werden, Gregory J. "Antitrust Analysis of joint venture: An Overview", Antitrust Law Journal, Vol. 66, 1998, pág. 701.

⁷ Las estrategias de internacionalización de empresas a través de *joint venture*, están siendo utilizadas de forma creciente debido a otro aspecto importante de la economía internacional: la formación de bloques económicos (una de las manifestaciones de la globalización).

⁸ LUPATELLI, Alfredo Jr. y OCTAVIANO MARTINS, Eliane Maria "Joint ventures e defesa da concorrência no brasil", Boletín Latinoamericano de Competencia N° 6, pág. 29.

Antiguamente el citado término era usado para referirse a cualquier tipo de colaboración entre competidores⁹, estas definiciones abarcaban un inmenso rango de actividad conjunta que actualmente no corresponde con la estructura propia de la figura¹⁰.

Esta ambigüedad conceptual no es propia de la doctrina, ya que jurisprudencialmente el término también generó confusiones, existiendo sentencias de la Corte Suprema de los Estados Unidos, caracterizadas por ser excesivamente vagas, e incluso algún pronunciamiento llegó a asimilar al *joint venture* como un concepto intercambiable con la "*conspiracy*"¹¹. Lo cierto es que este organismo define al contrato de *joint venture* como una asociación entre dos o más personas, para llevar a cabo una o varias transacciones con ánimo de lucro¹², incidiendo en el carácter ocasional o temporal de la colaboración¹³. Otras definiciones, mas específicas añaden otros elementos también característicos de la figura, destacando el control conjunto sobre los negocios¹⁴, y la no inmunidad frente a la legislación *antitrust*¹⁵.

⁹ CORREIA, Edward "Joint ventures: Issues in Enforcement Policy", *Antitrust Law Journal*, Vol. 66, 1998, pág. 738.

¹⁰ Un estudio mas profundo sobre el tema se puede encontrar en: MARZORATI, Oswaldo. "*Alianzas estratégicas y joint venture*" Editorial Astrea, Buenos Aires Argentina, 1996, pp. 1-31.

¹¹ United States v. United States Gypsum Co., 438 U.S. 422, 463 (1978).

¹² *Itel Containers International Corporation et al. v. Atlanttrafik Express Service Ltda.* et al. (909 F. 2nd, Cir., 1990) requiere un acuerdo específico para llevar a cabo una empresa con animo de lucro, una contribución por parte de los sujetos de bienes, capital, conocimiento o esfuerzo, una previsión relativa a la distribución de ganancias y pérdidas y algún grado de control sobre la empresa.

¹³ *Flight Concepts Ltda. Partnership v. Boeing Co.*, de noviembre de 1994 (38 F.3d 1152): "El *joint venture* es una asociación entre dos o mas personas para llevar a cabo actividad comercial con animo de lucro".

¹⁴ La jurisprudencia estadounidense ha expresado repetidamente la necesidad de existencia de un control conjunto para determinar si existía o no un *joint venture*. *Ballard v. United States* (17 F. 3d 116, 5th Cir., 1994), que señala como atributo necesario para considerar la existencia de un *joint venture* la existencia de una comunidad de intereses, el acuerdo para compartir beneficios y pérdidas y el derecho recíproco de control de administración. Pero existen autores que estiman que el control conjunto no es esencial en todos los casos, ya que si bien es imprescindible el mismo en la empresa conjunta (*joint entreprise*), no es necesario en un *Joint Venture* de carácter comercial, donde, el control esta depositado en manos de un solo de los socios (*ventures*)".

¹⁵ *NCAA v. Board of Regents*, 468 U.S. 85, 113 (1984).

A la luz de las definiciones antes citadas nosotros trataremos de aproximarnos a una concepto de este contrato resaltando sus rasgos típicos, así diremos que nos encontramos frente a un contrato que busca reducir la incertidumbre de un determinado negocio mediante la asunción de riesgos compartidos para lograr el objetivo específico trazado por los participantes al momento de celebrar el contrato, tiene un plazo limitado y los participantes del mismo realizan una gestión conjunta y en muchos casos implica además una combinación de las estructuras empresariales, siendo esta última característica la más relevante en cuanto al impacto que puede ejercer a la Libre Competencia.

2. Clasificación de los joint venture

Existen diversos criterios para clasificar este tipo de contratos. En cuanto al régimen jurídico aplicable podemos distinguir los denominados *joint ventures contractuales (non corporate joint venture)*, regidos por un contrato de asociación, en las que se consignan relaciones meramente obligacionales y cuyo marco normativo supletorio esta dado por el régimen general de los contratos y los *joint ventures societarios (corporate joint venture)*¹⁶, que se implementan con la creación de una nueva empresa con personalidad jurídica distinta de las empresas controlantes y cuyo marco regulador aplicable lo constituye la legislación societaria. Otra de las clasificaciones importantes para el derecho de la Libre Competencia, lo constituye el distinguir los "*joint ventures*" en horizontales y las verticales¹⁷. Los *joint venture horizontales* son aquellos celebrados por empresas que operan en el mismo nivel de un mercado, mientras que los *joint venture verticales* son acuerdos que involucran el comportamiento de empresas que operan en niveles diferentes del mercado pero relacionados de modo que el producto relevante de uno es utilizado en otro.

¹⁶ V. BASSO, Maristela "*Joint Ventures – Manual Prático das Associações Empresariais*". Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, pág. 50, STRENGER, Irineu. "*Contratos Internacionais do Comércio*". São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992, WILLISTON in "The History of the Law Business Corporation before 1800" in *Selectr Essays in Anglo American Legal History*, vol. 3, 1909, cit., apud BAPTISTA, Luiz Olavo, op., cit., pág. 52. BAPTISTA, Luiz Olavo, op., cit., pág. 49.

¹⁷ A efectos de establecer si nos encontramos ante un supuesto de integración horizontal y vertical. La conclusión de este análisis es muy importante en la Comunidad Europea a efectos de aplicar la normativa correcta, por ejemplo en caso que un *joint venture* califique como horizontal es de aplicación las directrices relativas a la aplicabilidad del artículo 81 del Tratado a los acuerdos de cooperación horizontal.

Pero dentro de la legislación comparada, reviste especial trascendencia para nuestro tema la clasificación que rige en la Comunidad Europea para sistematizar los contratos de *joint venture*, que los distingue en:

- a.- **Joint Venture "concentrativos"**.— Se dice que un *joint venture* tiene carácter concentrativo cuando con su celebración se crea una empresa común que desempeñe con carácter permanente las funciones de una entidad económica independiente. **Dichos acuerdos entran dentro del ámbito de aplicación del Reglamento(CEE) 4064/1989 sobre control de concentraciones y fusiones**, que actualmente constituye la disposición normativa esencial en la materia, habiendo sido modificado recientemente¹⁸. Así, de acuerdo con el artículo 3.2 del reglamento, para que un *joint venture* puedan calificarse como concentrativos, tiene que constituir una **entidad económica independiente**, dicho concepto fue luego sustituido por la Comunicación del 31-12-1994, el cual se refiere a "**funciones plenas**", entendiéndose que una empresa goza de esta característica cuando dispone de los recursos financieros y humanos, y del activo necesario para desarrollar una actividad empresarial de forma duradera, aunque en relación a los derechos de propiedad industrial, basta con la licencia de explotación permanente. El segundo requisito consiste en el **carácter permanente del acuerdo**. Cabe destacar que la Comisión concede mayor importancia a las condiciones estructurales derivadas del contrato que a la duración temporal «strictu sensu». Mediante estos criterios se ampliaba el concepto de *joint venture*, permitiendo que muchos acuerdos pudieran regirse por el reglamento de 1989 (respecto de fusiones y concentraciones empresariales) y no quedasen sometidos al artículo 81º del Tratado de Roma (respecto de acuerdos de concertación entre empresas y otros)^{19 20}.

¹⁸ Reglamento (CE) N° 1310/97 del Consejo de 30 de junio de 1997 por el que se modifica el Reglamento (CEE) N° 4064/89, sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas.

¹⁹ El Tratado de Amsterdam que entró en vigor el 1 de mayo de 1999, estipula una nueva numeración de los artículos del Tratado de la Unión Europea y del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea. El antiguo artículo 85º desde el 1º de mayo es actualmente el artículo 81º.

²⁰ De las cuatrocientas decisiones en que la Comisión ha tenido que pronunciarse acerca de si el acuerdo constituía una concentración o una cooperación, solamente en diecinueve casos se ha optado por calificarla como cooperación.

b.- Joint venture “cooperativos”.- Se entiende que los *joint venture* tienen este carácter cuando los mismos tienen como objeto o efecto la coordinación del comportamiento competitivo de las empresas que permanecen independientes (sociedades controlantes). **El marco normativo que se aplica a este tipo de acuerdo en la Comunidad europea es el artículo 81º del Tratado Constitutivo de la Unión Europea y sus reglamentos de desarrollo (sobre acuerdos colusorios).** La calificación de una alianza estratégica como cooperativa, y la aplicación, por lo tanto del artículo 81º TCE, dependerá en buena medida de la estructura del mercado y de la posición de las empresas participantes en el mismo, y, evidentemente del carácter del acuerdo de colaboración.

III.- El Contrato de Joint Venture en el contexto de la Libre Competencia

Si bien las fusiones y/o adquisiciones de empresas (*mergers and acquisitions*)²¹ han tomado un auge importante en los últimos años, los *joint venture*²²

²¹ Sobre el control de las operaciones de concentración empresarial y fusiones Cfr. LANDE, Robert, “*La teoría de la política de fusiones*”, en: Políticas de Competencia y el Proceso de Reformas Económicas en América Latina, Lima, Didi Arteta S.A., 1998, AROZEMENA, María J., “*Las Concentraciones de Empresas en la Comunidad Europea*”, Madrid, Editorial Civitas S.A., 1993, AREEDA P.E., TURNER D.F. (1980), “*Antitrust law*”, vol. V, Boston: Little, Brown and Co, BRUZZONE G. (1995), “*L'individuazione del mercato rilevante nella tutela della concorrenza*”, Temi e Problemi, a cura dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, N° 1, giugno, EDWARDS C. (1995), “*Conglomerate business as a source of power*”, in National Bureau of Economic Research conference report, Business Concentration and Price Policy, Princeton: Princeton University Press, JACQUEMIN A., BUIGUES P., ILZKOVITZ F. (1989), “*Concentrazione orizzontale, fusioni e politica della concorrenza nella Comunità europea*”, in Economía Europea, N° 40, maggio, BRIONES, Juan y Otros “*El Control de Concentraciones en la Unión Europea, la Práctica de la Comisión Europea y las novedades introducidas en el Reglamento (CEE) 4064/89 por le Reglamento (CE) 1310/97*” (Madrid, Marcial Pons, 1999), KHEMANI R.S., SHAPIRO D.M. (1993), “*An empirical analysis of Canadian merger policy*”, The Journal of Industrial Economics, N° 2, giugno, SEABRIGHT P. (1994), “*Regulatory capture, subsidiarity and European merger policy*”, European Economy, N° 75, WILLIAMSON P.J. (1994), “*Oligopolistic dominance and EC merger policy*”, European Economy, N° 75, BELLO MARTIN-CRESPO, María. Concentración de Empresas de Dimensión Comunitaria (Navarra, Editorial Aranzadi S.A., 1997), TRAVERS, Val, “*Evolución de la investigación de fusiones según la legislación canadiense*”, en: Políticas de Competencia y el Proceso de Reformas Económicas en América Latina (Lima, Didi Arteta S.A., 1998).

²² Tales como los acuerdos de licencia de tecnología y los acuerdos formales de *joint venture* u otras colaboraciones o asociaciones empresariales como la participación minoritaria en otras empresas. Las estrategias de internacionalización de empresas a través de *joint venture*, están siendo utilizadas de forma creciente debido a un aspecto importante de la economía interna-

constituyen una alternativa a las fusiones y / o adquisiciones, ya que muchas veces pueden lograr las mismas metas de forma más directa, menos costosa y con mayor flexibilidad.

El derecho *antitrust* pone especial relevancia a los acuerdos de *joint venture* **que son celebrados entre empresas que compiten en un mismo mercado**, ya que la unión de los mismos puede generar tanto beneficios, como perjuicios al sistema competitivo. Si bien es cierto que la colaboración entre empresas rivales pueden generar ganancias de eficiencia significativa, ya que reuniendo las habilidades y recursos de dos o varias compañías, las empresas pueden lograr economías de escala; aumentar la capacidad y acceso del mercado; minimizar el riesgo de entrada a un nuevo mercado; evitar la duplicación de esfuerzo; y facilitar la transferencia, comercialización, y distribución de tecnología de manera eficiente²³ también es cierto que la colaboración entre empresas competidoras, genera la asunción de ciertos riesgos competitivos ya que las empresas controlantes pueden usar los *joint ventures* para disminuir la competencia²⁴, aumentar los precios, reducir la calidad de los productos o disminuir los incentivos para competir (generalmente en caso de los "*sales joint ventures*"), por ejemplo los riesgos competitivos puede darse en aquellos mercados donde las empresas pudieron haber ingresado de manera individual y no mediante el acuerdo de colaboración, los mismos que implican una reducción de competidores.

IV. Los Contratos de *Joint Venture* y la Libre Competencia en la Legislación Comparada

1.- El tratamiento de los *joint venture* en los Estados Unidos.

El control de los conductas restrictivas de la competencia en los EEUU mediante la sanción o autorización de los acuerdos de *joint venture*, se

cional: la formación de bloques económicos (globalización, en términos estrictamente actuales). En efecto, la tendencia a la formación de espacios económicos comerciales comunes, o lo que habitualmente se llama la conformación de grandes bloques económicos (mega bloques), lleva a los empresarios a constituir empresas conjuntas para no quedar fuera del terreno de los negocios.

²³ AREEDA, P. "Antitrust Law" 1511 (1986); HOVENKAMP, H. "Federal Antitrust Policy: the Law of Competition and its Practice", (1994); HOVENKAMP, *joint venture*, 1995 Col. Bus. L. Rev. at 122, H. HOVENKAMP "Exclusivity rules in network joint ventures", <http://www.ftc.gov/opp/global/hovenkamp.htm>

²⁴ Por ejemplo un "*buying joint venture*" o acuerdo entre compradores de un determinado bien puede producir un monopsonio o una situación similar, y así reducir los precios de la compra debajo del nivel competitivo que generalmente reduce el bienestar social.

remonta hacia finales del siglo XIX²⁵. Se ha señalado que ya, desde su aparición como nueva forma de colaboración, los *joint venture* fueron empleados para eludir las restricciones impuestas por la *Sherman Act.*, debido a la potencialidad anticompetitiva de dichos acuerdos, de esta manera se menciona el caso *United States v. Addyston Pipe & Steel Co.* de 1898 como un supuesto pionero en el análisis de los *joint venture* y sus efectos negativos para la competencia²⁶.

En régimen concurrencial norteamericano contempla que toda fusión, adquisición o alianza estratégica que impliquen una distorsión en la estructura del mercado se encuentra prohibida "en cualquier actividad económica que afecte el comercio en el país y cuyo efecto sea el de reducir significativamente la competencia o tienda a crear un monopolio ..." (*Clayton Act*²⁷, Sección 7^o). Pero dichos acuerdos también pueden ser objeto de demanda, por la *Sherman Act*, así como bajo la Sección 5^o de la Ley de la FTC (*Federal Trade Comision*). Además, de acuerdo con la *Hart-Scott-Rodino Act*²⁸ sobre Mejoras Antimonopólicas de 1976, es obligatorio remitir comunicación a la FTC y al Departamento de Justicia antes de que se realice una adquisición de acciones o activos que supere los umbrales establecidos.

²⁵ Es en los Estados Unidos de América donde las Leyes contra los *trust* y los monopolios alcanzan mayor efectividad. El gran desarrollo industrial de los Estados Unidos durante el pasado siglo, especialmente en la industria de acero y petróleo, hizo que las empresas más potentes, se uniesen, mediante los *trust*, u otra forma más limitada conocida por *pool*. Ello motivó que el 2 de julio de 1890 se promulgase la *Sherman Act*.

²⁶ Algunos autores por otra parte citan el caso *U.S. v. Terminal Railroad Association of St. Louis*, de 1889, como "probablemente" el primer caso que se decidió sobre un supuesto de *joint venture* en lo referente al Derecho de la Competencia. RITTER Yoverbury, *An Attempt at a Practical Approach to joint venture under the ECC Rules on Competition*, "CMLR", vol. 14, 1977, pág. 601 y ss.

²⁷ La sección 7 de la Clayton Act en su redacción de 1980 prohíbe a una persona física, sociedad personalista o sociedad de capitales la adquisición directa o indirecta de la totalidad o una parte del capital de otra sociedad cuando de esta adquisición se derive la posibilidad de una disminución de la competencia o tienda a crear un monopolio. Su aplicación a los *joint venture*, y la consideración de las mismas como un supuesto de fusión parcial, supone el antecedente de las actuales *joint venture* de carácter concentrativos, concepto empleado actualmente en el Derecho comunitario. PITOFKY, *joint venture under the antitrust laws: Some Reflexions on the Significance of Penn-Olin*, cit.

²⁸ debemos mencionar que una distinción legal entre ciertos tipos de alianzas estratégicas y los *joint venture*, la podemos encontrar en la *Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvements Act*, 15 U.S.C. § 18A, que establece un tratamiento especial a los *joint venture*, pero estas reglas solo son aplicables cuando una nueva entidad es creada por dos o mas firmas, lo cual siempre ocurre con la celebración de un *Joint venture*, mientras que existen muchos tipos de alianzas

Ante la multiplicidad del fenómeno, la agencia *antitrust* en los EEUU establecen pautas para analizar los acuerdos de colaboraciones entre rivales, estas pautas se encuentran en el ámbito de las licencias de Propiedad Intelectual (*The Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property*), y el cuidado de la salud (*The Statements of Enforcement Policy and Analytical Principles Relating to Health Care and Antitrust*), las cuales prevén la aplicación de la regla de la razón (*rule of reason*)²⁹ en cuanto al análisis de las situaciones que no implican restricciones graves (*naked restraints*) a la competencia, mientras que se aplica la regla *per se* (*per se rule*), cuando se incurre en las citadas restricciones. Esas pautas asumen que las licencias de la propiedad intelectual generalmente tienen efectos pro-competitivos como por ejemplo aumentar la difusión de la innovación y permitir la introducción de los nuevos productos a la mayor cantidad de consumidores.

Además, debemos señalar que los órganos encargados del control de los efectos anticompetitivos de los *joint ventures* en los Estados Unidos son la Corte Suprema de los EEUU en el ámbito judicial y de la *Federal Trade Comision* a nivel administrativo. En cuanto a las sentencias de la Corte Suprema en este tema, destacan entre otras el caso de *United States v. Penn-Olin Chemical Co.*³⁰, donde se encontró una violación civil potencial

estratégicas que no involucran necesariamente la formación de una entidad separada. Además, el termino comercial de "alianza estratégica ha sido excluido de este tipo de acuerdos.

²⁹ La "*rule of reason*" en su origen fue un método de análisis jurisprudencial propio del "*common law*" para analizar la validez o nulidad de los "*contracts of trade*", o sea aquellos acuerdos en los cuales a una de las partes contratantes se les prohíbe dedicarse a una particular ocupación, industria o negocio, o hacerlo en un determinado modo o lugar. La primera sentencia que introdujo la "*rule of reason*" en el análisis de la *Sherman Act* fue la "*Standard Oil Co. v. United States*", 221 US 1, 31 S. Ct. 502, 55 L. Ed. 619 (1911), en base a que si el congreso de los Estados Unidos no distinguió en la *Sherman Act* las restricciones razonables e irrazonables, fue debido a que en el momento de la aprobación del texto habían aparecido una serie de contratos y asociaciones de empresas restrictivas y se temió que cualquier distinción fuera usada para conseguir que escaparan de la prohibición, pero no porque pretendiera retrotraer el sistema norteamericano al momento inicial del "*common law*" en que todo tipo de restricciones estaban prohibidas. En resumen la *rule of reason* es un sistema de análisis económico de los acuerdos restrictivos de la competencia en la cual no basta con determinar si el acuerdo o cláusula contractual es en si misma anticoncurrencial, sino que es necesario determinar si este promueve la competencia o la suprime o destruye, debiéndose considerar para averiguarlo las peculiaridades del sector económico o la actividad en que se apliquen antes y después de que la restricción fuera impuesta la naturaleza de la restricción y sus efectos actuales o probables. Cfr. NEALE, A.D. "*The antitrust law of the USA. A study of competition enforced by law*" Cambridge (University Press), 1970, pp. 20 y ss.

³⁰ 378 U.S. 158 (1964). *Pennsalt Chemical y Olin-Mathieson Corporation* se asociaron mediante un Joint Venture para ingresar a un mercado donde no actuaban ninguna de las partes

de Sección 7º de la *Clayton Act*. Entre los fundamentos que motivó la resolución de la Corte Suprema en el presente caso destaca el hecho que dicho órgano interpretó que axiológicamente la *Clayton Act* se preocupaba "por las probabilidades, y no las certezas", y entendió que el mantenimiento del *joint venture* podía eliminar la competencia potencial de los posibles agentes que hubiesen podido ingresar al mercado en caso no se hubiese celebrado el contrato. Otro famoso caso es *United States v. Topco Associates, Inc.*³¹, donde la Corte Suprema encontró una violación *per se* a la sección 1º de la *Sherman Act*, a pesar que los representantes sugirieron se considere los efectos pro-competitivos del acuerdo, lo cual no fue considerado.

En el caso *National Collegiate Athletic Association v. Board of Regents of the University of Oklahoma*³², la Corte Suprema aplicando la

contratantes, con ese fin crearon una sociedad conjunta, dicha concentración fue opuesta por el Gobierno americano considerando que violaba tanto la *Sherman Act* así como la *Clayton Act* ya que reducía la competencia potencial del mercado de clorato de sodio, las compañías contestaron que su accionar mejoraba la competencia por la entrada de un nuevo sujeto en el mercado, el Tribunal Supremo estadounidense decidió que sin el recurso de la empresa conjunta ninguna de las partes hubiera entrado al mercado, lo que hubiese sido aun más perjudicial. Así, el Tribunal reconoció la posibilidad de infringir la sección 7 de la *Clayton Act* al tiempo que desestimó la sujeción de los *joint venture* a la sección 1 de la *Sherman Act*. La influencia de esta sentencia fue acogida por parte de la Comisión Europea, la cual aplicó los principios del caso *Penn-Olin* hasta principios de los años ochenta. El problema fundamental de los últimos años para la jurisprudencia americana consiste en que las partes que intervienen en un acuerdo de estas características no puede tener la seguridad de cómo responderán los tribunales en relación a la validez del acuerdo, dadas las dificultades para determinar a priori sus posibles efectos anticompetitivos. Actualmente la doctrina americana baraja nuevos métodos para el tratamiento esta incertidumbre, de esta manera se propone un nuevo método para determinar los efectos anticompetitivos de los *joint venture* en base a las características externas, atendiendo a los factores como la cuota de mercado que ostentan los participantes, o la existencia de una relación de competencia entre ellos. Si se estima que los *joint venture* pueden tener efectos contrarios a la competencia, se impone a los participantes la carga de rechazar la presunción.

31 405 U.S. 596 (1972). El caso involucro un acuerdo cooperativo de una pequeña cadena de supermercados. La asociación actuó como un agente comprador para sus miembros, empaquetando y etiquetando sus productos (llamados Topco) que los miembros no podrían haber producidos solos, y con ello les permitió a sus miembros competir con las cadenas de supermercados más grandes. A cambio de este beneficio los miembros de la Asociación acordaron distribuir los productos Topco solo en los territorios designados con anterioridad (reparto de mercado).

32 468 U.S. 85 (1984). Durante muchos años, el NCAA impuso un "plan de la televisión" que ligaba a los miembros de su asociación que presentaran equipos del fútbol. El plan le permitió al NCAA que negociara un contrato de televisión con las *broadcast networks*, quien recomen-

Regla de la razón, encontró que el plan de televisión objeto del acuerdo, implicaba una restricción ilegítima de la competencia y el comercio, ya que el mismo no producía ninguna eficacia pro-competitiva y no podía ser justificado. Por último, en el caso *Broadcast Music, Inc. v. Columbia Broadcasting System, Inc. Broadcast Music, Inc.*³³, la Corte Suprema entendió que una fijación de los precios (*price fixing*)³⁴ implementada a través de un contrato de *joint venture*, podía tener efectos pro-competitivos por considerar que aumentaría el rendimiento de los agentes vendedores.

El otro organismo que realiza el control de los *joint venture* es la FTC (*Federal Trade Comisión*), que utilizan entre otros instrumentos de análisis, la *International Operation Guidelines*, dicho documento indica que este tipo de acuerdos en los mercados extranjeros constituyen una herramienta mucho más eficaz que las fusiones o que operar de manera independiente, ya que promueve además de la innovación, el desarrollo de tecnologías. Por último, no debemos dejar de mencionar que a pesar que es el campo del cuidado de la salud (*Health Care*), uno de los más sensibles a la celebración de los *joint venture*, existe todavía una viva controversia jurisprudencial respecto a la legalidad de muchas de estos acuerdos, llegando alguno de ellos a aprobarse de manera condicionada³⁵ y en otros casos sin ningún condicionamiento³⁶.

dó distribuir 5 diferentes tipos de *telecasts* (transmisiones por televisión), y limitó el número de apariciones en televisión por miembro de la asociación. La Corte de apelaciones encontró una fijación del precio y otras restricciones a la competencia, incurriendo la asociación en una violación *per se* a la sección 1º de la *Sherman Act*. La Corte Suprema decidió que la celebración de un *joint venture*, en el cual se fijaban los precios era impropio aplicar la regla *per se* por la naturaleza de la actividad, ya que como en *Broadcast Music*, algún tipo de restricción a la competencia era esencial si el producto iba a estar a disposición de todos, ensanchando las opciones del consumidor.

³³ 441 U.S. 1 (1979)

³⁴ Práctica que más tarde la comisión llamaría el paradigma de las restricciones comerciales irracionales (*the paradigm of an unreasonable restraint of trade*).

³⁵ IVAX Corporation, FTC, Dkt. No. C-3565, Marzo 27, 1995, American Home Products Corporation, FTC, Dkt. N° C-3557, Febrero 14, 1995, Boston Scientific Corporation, FTC Dkt. N° C-3573, Febrero 21, 1995.

³⁶ *Roche Holding Ltd. y Syntex Corporation*, FTC, Dkt. No. C-3542, Noviembre 22, 1994, Glaxo, plc., FTC Dkt. No. C-3586, Junio 14, 1995, Johnson & Johnson, FTC File N° 961-0014, Diciembre 8, 1995.

2. El tratamiento de los *joint venture* en la Comunidad Europea.

La existencia en el derecho comunitario de una normativa de Defensa de la Competencia³⁷, inspirada en la legislación *antitrust* norteamericana y el desarrollo de normativas nacionales del mismo tipo en los Estados miembros, junto con la extensión del contrato de *joint venture* en el ámbito de la contratación mercantil europea, determino en primer lugar la aparición de una serie de Reglamentos referentes a los efectos anticompetitivos del contrato³⁸ y a la instauración de ámbitos de excepción, donde no opera la legislación *antitrust* para regular los *joint venture*³⁹.

Como lo dijimos líneas arriba, la legislación comunitaria europea clasifica a los *joint venture* en: a) "concentrativos", sujetos al régimen de control de las Fusiones & Adquisiciones, y b) "cooperativos" gobernados por el Artículo 81º del Tratado del Roma⁴⁰.

³⁷ Tanto el Tratado de París que instituyó la Comunidad Económica del Carbón y el Acero, firmado en aquella capital el 25 de julio de 1952, el Tratado de la comunidad Económica Europea (TCEE) y el Tratado de fundación de la Comunidad Europea de la Energía atómica, firmado ambos en Roma el 25 de Marzo de 1957, como la normativa derivada de los mismos contienen normas relativas a la competencia.

³⁸ Reglamentación del Consejo de la CEE 4064/89 sobre el control de concentraciones entre empresas, dictadas en Bruselas (Bélgica) el 21/12/89, que regula en general las concentraciones económicas entre empresas, pero también contempla a los *joint venture concentrativos*, la Notificación de la Comisión referente a las operaciones de Concentración y Cooperativas en virtud de la Reglamentación del Consejo de la CEE 4064/89, publicado en el "*Official Journal of the European Communities*", 14/08/90, y la Nota de la Comisión sobre la determinación de los "*joint ventures cooperativos*" de conformidad con el artículo 81º del Tratado de la CEE.

³⁹ Reglamento de la Comisión (CEE) N° 417/85 del 19 de diciembre de 1984 sobre la aplicación del artículo 81º (3) del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea a la categoría de acuerdos de especialización el cual modifica el Reglamento de la Comisión (CEE) N° 151/93 del 23 de diciembre de 1992, Reglamento de la Comisión (CEE) N° 418/85 del 19 de diciembre de 1984 sobre la aplicación del artículo 81º (3) del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea a la categoría de acuerdos de investigación el cual modifica el Reglamento de la Comisión (CEE) N° 151/93 del 23 de diciembre de 1992, Reglamento de la Comisión (CEE) N° 240/96 del 31 de enero de 1996 sobre la aplicación del artículo 81º (3) del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea sobre ciertas categorías de acuerdos de transferencia de tecnologías.

⁴⁰ El artículo 81º en su apartado 1º establece que «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 comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la compe-

La operación es reputada como "fusión", (ergo "concentrativa") cuando dos o más empresas establecen un *joint venture* estructurado como una *entidad económica autónoma* de carácter permanente, la cual no posibilita la *coordinación de las estrategias competitivas* de las partes entre sí o entre ellas y el *joint venture*. Normalmente no existe riesgo de coordinación cuando el *joint venture* opera en un mercado de productos o servicios que las sociedades controlantes no han penetrado y no penetrarán en un futuro previsible, porque no cuentan con los medios de organización, técnicos o financieros o porque dicha estrategia empresarial no representa una posibilidad razonable desde el punto de vista comercial⁴¹.

Por el contrario, un *joint venture* es calificado como "cooperativo", recibiendo el tratamiento de "acuerdo entre competidores" sujeto a un régimen especial de notificación, cuando el mismo tiene por objeto o efecto la coordinación del accionar competitivo de las empresas partes, las que mantienen su total independencia. En ciertas operaciones, puede que el *joint venture* posea características de ambas clases, en cuyo caso, ambos regímenes precedentemente señalados resultarían aplicables.

Por tanto, el factor fundamental que la Comisión Europea utiliza para definir la naturaleza cooperativa o concentrativa de la alianza estratégica es determinar si la operación tiene el objetivo o el efecto de *coordinar el comportamiento competitivo* de las empresas participantes. La toma de posición de los diferentes órganos de las Comunidades Europeas competentes en la materia – Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) y la Comisión ha hecho que los contratos de *joint venture* hayan sido trata-

tencia dentro del mercado común». A continuación, añade una enumeración a título de ejemplo de tales prácticas. Su apartado 2º declara los acuerdos y decisiones nulos de pleno derecho. Su apartado 3º prevé, sin embargo, que «las disposiciones del apartado 1º podrán ser declaradas inaplicables a los acuerdos... 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:

- Impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos
- Ofrezcan a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate».

⁴¹ La naturaleza cooperativa o concentrativa de un acuerdo no es siempre fácil de determinar. Por este motivo, la Comisión publicó en 1990 una nota encaminada a definir los límites en los casos más complejos, Nota de la Comisión (90/C 203/06) relativa a las operaciones concentrativas y cooperativas bajo el reglamento de concentraciones CEE 4064/89 de 21 de Diciembre de 1989.

dos desde la óptica del derecho de la Competencia de manera abundante, no interesándole de manera particular a la Comisión cual es la vestidura legal que adopte el contrato, únicamente le preocupa los efectos anticompetitivos que puedan desprenderse de tales acuerdos.

La Comisión Europea también considera que las empresas que realicen acuerdos de colaboración empresarial puede de manera paralela generar algunos efectos positivos⁴² que muchas veces efectuado un análisis cuidadoso resultan ser más predominantes que los efectos negativos y por ende no revestiría una sanción drástica, como lo sería el dejar sin efecto dichos acuerdos.

3. El tratamiento de los joint venture en Brasil

En Brasil a diferencia de otros países, son muy utilizado los *joint ventures societarios (corporate joint venture)*, siendo cualquier modelo societario útil para configurarlo⁴³, pero, para que pueda concretizarse es necesario que se observe las implicancias que generaría su celebración en el ámbito de aplicación de la Ley N° 8884, del 11 de junio de 1994, ya que en la medida que dichos contratos configuren actos de concentración, deben ser sometidos a la apreciación del Consejo Administrativo de Defensa Económica-CADE⁴⁴, cuando implique una participación del 20% en el mercado

⁴² CHULIA VICENT, Eduardo y BELTRÁN ALANDETE, Teresa. "Aspectos jurídicos de los contratos atípicos" Editorial Bosch, Barcelona-España, pág. 101.

⁴³ En Brasil la tendencia de los *Corporate joint venture* es implementarse a través de una Sociedad Anónima (Ley 6.404/76) o Sociedades de Cuotas de Responsabilidad Ltda. (Ley 3.708/19) en detrimento de los modelos contractuales (*non corporate*) vía Consorcio de Empresas (Ley 6.404/76) o mediante Sociedades en Cuotas de Participación (arts. 325 y 326 del Código de Comercio).

⁴⁴ Organisation for Economic Co-operation and Development (Committee on Competition Law and Policy), "Competition issues in Joint Ventures", 09-feb-2001, pág. 145. La revisión de casos de Joint Venture por CADE se han incrementado en casi diez veces durante los últimos 5 años, pasando de 2 casos durante el año 1996 a 27 en el año 1999, con una tendencia a que dicho número tienda a aumentar. Los *joint venture* representan aproximadamente diez por ciento de las fusiones que reviso CADE en 1996 y el 12 por ciento en 1999. En el 2000, la mayoría de acuerdos que han sido reportados en Brasil implican inversiones directas en el mercado brasileño lo cual coincide con el aumento de flujo de inversión directa en Brasil y con necesidad de superar un hueco de conocimiento al entrar en un nuevo mercado tan inseguro como el brasileño. La motivación subyacente de la mayoría del acuerdo de *joint venture* en 2000 es la entrada en el mercado brasileño por parte de las empresas extranjeras. CADE ha llegado a ser mas indulgente con este tipo de acuerdos, ya que durante el año 1999, solamente

relevante la empresa resultante o involucre un movimiento transaccional superior R\$ 400.000.000,00 (cuatrocientos millones de reales)⁴⁵.

Importantes casos de *joint venture* con implicancias al Derecho de la Libre Competencia se dieron con la vigencia de la anterior Ley *antitrust* brasileña (Ley 4.137/62), particularmente debemos destacar dos, en el primero de ellos apreciamos la autorización del CADE a la formación del *joint venture* entre *Volkswagen A.G.* y *Ford Motor Co.*⁴⁶; y en el segundo caso⁴⁷ se declaró la existencia de efectos prohibitivo para la Ley citada.

Con la legislación vigente se dieron algunas decisiones polémicas del Consejo Administrativo de Defensa de la Competencia-CADE que han tenido repercusión internacional, entre las que destacan de manera particular las siguientes:

1. Acto de concentración N° 58/95 - Miller Brewing x Brama. La decisión de CADE proferida en el presente caso ordenaba la disolución de un *joint venture* formado entre las empresas cerveceras citadas, en el plazo de dos años. Las autoridades informaron que la opción estratégica de la empresa tenía como fin conquistar el mercado continental al asociarse a una cervecera extranjera⁴⁸.

El para el tribunal de CADE la celebración de este *joint venture* crearía barreras de entrada a los nuevos agentes e impediría el crecimiento de las empresas con pequeñas participaciones en el mercado. Por ello el citado acuerdo podría con el tiempo causar daño o amenaza a la compe-

impuso condiciones en un solo caso, dentro de 28 procesos revisados, a diferencia de lo ocurrido en el 97 (donde fueron 4 los casos observados)

⁴⁵ LUPATELLI, Alfredo Jr. y OCTAVIANO MARTINS, Eliane Maria "Joint ventures e defesa da concorrência no Brasil", Boletín Latinoamericano de Competencia N° 6, pág. 29.

⁴⁶ LUPATELLI, Alfredo Jr. y OCTAVIANO MARTINS, Eliane Maria., op., cit., pág. 29. En este caso se declaró lícita la formación del *joint venture* entre empresas competidoras, ya que las mismas tenían como finalidad la optimización de la producción común y la reducción de costos, incluyéndose dentro de los mismos los actos de organización de la producción sujetos al principio de la libre competencia y los declaró por tanto concordantes con el orden constitucional y legal vigente.

⁴⁷ Siendo los interesados *Cia. Industrial São Paulo e Rio, Cisper, Indústria e Comércio S.A., Campo bom - Indústria, Comércio, Participações e Representações S.A.* y *Cia. Vidraria Santa Marina*.

⁴⁸ Cfr. Voto Renault de Freitas Castro 41ª sesión ordinaria realizada el 11 de junio de 1997 en www.mj.gov.br/cade/default.asp.

tencia⁴⁹, además se concluyó que el acuerdo superaba los límites necesarios para los objetivos trazados.

- 2. Antartica y Anheuser-Busch (Budweiser) - "joint-venture" Budweiser Brasil Ltda.** Una medida similar fue adoptada en el presente caso, ya que el CADE ordenó la disolución del *joint venture* formado por las empresas *Antartica* y *Budweiser* en el plazo de dos años, por similares consideraciones que el acuerdo anterior⁵⁰.

El caso más reciente y que mayor cuidado está mereciendo de parte de las autoridades administrativas de control de la competencia, involucra el monopolio poseído por la compañía Petrobrás, la misma que desde que se inició el proceso de desmonopolización en Brasil, ha firmado varios acuerdos con competidores potenciales como YPF, BP-Amco, Petróleo Ipiranga, Texaco, Iberdrola, Shell y algunos distribuidores locales. Todas estas empresas son potenciales competidoras en el mercado descendente (*downstream market*) y los mercados vecinos como el gas natural o el aceite. Aunque dichos acuerdos han sido materia de preocupación todavía no se han sometido al análisis por parte de las autoridades brasileñas⁵¹.

4. El tratamiento de los joint venture en Argentina

En Argentina, con la dación de la Ley N° 25.156⁵² se instaura el control previo de las operaciones de concentración y por ende el control de los *joint venture* que califiquen como tales. La citada norma entiende por concentración como "la toma de control de una o varias empresas". Tales supuestos legales comprenden relaciones de control de hecho y de derecho,

⁴⁹ Acuerdo extraído de CADE en <http://www.mj.gov.br/cade/jurispru.htm>

⁵⁰ Acuerdo extraído de CADE en <http://www.mj.gov.br/cade/jurispru.htm>

⁵¹ Organisation for Economic Co-operation and Development, op., cit., pág. 145.

⁵² Texto definitivo según Ley 25.156 y Decreto 1019/99, instaura en el Derecho Argentino el control estructural previo de las operaciones de concentración económica, a través de los actos enumerados en sus cuatro incisos del artículo 6°, los que se encuentran sujetos a notificación en la medida que se supere el umbral establecido por el artículo 8° de la LDC y siempre que no se verifiquen las exenciones previstas por el artículo 10° del precitado cuerpo legal. A diferencia de la legislación europea, la LDC no contempla expresamente el caso de la conformación de *joint venture*, motivo por el cual como primera aproximación a tal temática, es válido aseverar que solo serán notificables en la medida que encuadren en las previsiones del artículo 6° de la normativa precedentemente referida.

directo e indirecto⁵³. Para la determinación de una relación de control, a los fines del Capítulo III de la Ley N° 25.156, la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia ha establecido de manera explícita *el principio de la realidad económica*⁵⁴ en el Art. 3°, segundo párrafo, principio que se erige como piedra angular del ordenamiento antimonopólico argentino.

Siguiendo la normativa y experiencia europea la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia ha considerado aplicable a los contratos de *joint venture* y a las concentraciones empresariales en general la doctrina del control elaborada por la Comisión Europea. Para ello la C.N.D.C. distingue dos tipos de adquisición del control⁵⁵:

- a. **El control exclusivo.**- Una empresa adquiere el control exclusivo cuando accede a la mayoría del capital social y los derechos de voto⁵⁶ de una sociedad o empresa. También puede adquirirse el control exclusivo a partir de una minoría calificada, lo cual puede determinarse jurídica⁵⁷ o fácticamente.
- b. **El control conjunto.** Existe control conjunto cuando los accionistas⁵⁸ deben llegar a un acuerdo sobre las decisiones importantes que afectan

⁵³ El Art. 6°, inciso d) de la LDC establece que se consideran actos de concentración económica todos aquellos que supongan la toma de control por medio de cualquier acuerdo o acto que transfiera en forma fáctica o jurídica a una persona o grupo económico activos de una empresa o le otorgue influencia determinante en la adopción de decisiones de administración ordinaria o extraordinaria de la empresa.

⁵⁴ A los efectos de esta ley, Art. 3°, segundo párrafo, para determinar la verdadera naturaleza de los actos o conductas y acuerdos, se atenderá a las situaciones y relaciones económicas que efectivamente se realicen, persigan o establezcan.

⁵⁵ BRIONES, Juan y Otros. "El Control de Concentraciones en la Unión Europea, la Práctica de la Comisión Europea y las novedades introducidas en el Reglamento (CEE) 4064/89 por le Reglamento (CE) 1310/97" (Madrid, Marcial Pons, 1999), pp. 40-44.

⁵⁶ De no existir otros elementos, una adquisición que no implique la mayoría de los derechos de voto generalmente no confiere el control, aunque suponga la adquisición de una participación mayoritaria.

⁵⁷ El control exclusivo será jurídico cuando existan derechos específicos en la participación de la empresa. Dichos derechos pueden consistir en acciones preferentes que confieran la mayoría de los derechos de voto u otros derechos que posibiliten al accionista minoritario decidir sobre la estrategia competitiva de la empresa afectada. El control exclusivo también podría ser ejercitado por un socio minoritario que tiene el derecho de gestionar las actividades de la empresa y a determinar su política comercial.

⁵⁸ A diferencia del control exclusivo, que concede a un socio el poder de determinar las decisiones estratégicas de una empresa, el control en conjunto se caracteriza por la posibilidad de llegar

a la empresa controlada. También se verifica cuando dos o más empresas tiene la posibilidad de ejercer una influencia decisiva sobre otra empresa. En este contexto, influencia sustancial o determinante⁵⁹ significa el poder para bloquear acciones o decisiones⁶⁰ que determinan la estrategia competitiva de una empresa.

Conforme a lo expuesto precedentemente, lo determinante para encuadrar al *joint venture* como un acto de concentración económica, es verificar si mediante la conformación del mismo, ciertas unidades de negocios aportadas al emprendimiento en común pasarán a ser controladas conjuntamente por las empresas coligadas. Dada la notable influencia del Derecho de la Competencia Europeo, el primer factor que se tiene en cuenta para analizar los *joint venture* que califican como concentraciones concentraciones, es verificar en que modo las empresas determinan su *estrategia competitiva*⁶¹.

Otro elemento a considerar y estrechamente vinculado con el anterior, es la *actividad que desarrollen las empresas asociadas* en el mercado relevante. La existencia de competencia entre ellas, puede constituir un claro indicio de la presencia de mera "coordinación", aunque lógicamente ello dependerá del segmento de mercado alcanzado por el "*joint venture*".

a una situación de bloqueo, como consecuencia del poder que tienen otros socios para rechazar las decisiones estratégicas propuestas. Por consiguiente, estos accionistas deben llegar a un acuerdo para la adopción de decisiones sociales, incluida la política comercial de la empresa.

⁵⁹ El artículo 6° de la Ley N° 25.156, en su inciso c), recepta normativamente la hipótesis de influencia sustancial o determinante, asumiendo el concepto de manera unívoca sin perjuicio de las distintas modalidades de la enunciación legal.

⁶⁰ Para que den lugar al control conjunto, estos derechos de bloqueo no necesariamente deben abarcar todas las cuestiones precisadas anteriormente, incluso la presencia de uno solo de ellos puede ser suficiente, dependiendo de su contenido preciso y de su importancia respecto del sector en que opere la empresa en participación.

⁶¹ En los casos de las Uniones Transitorias de Empresas (UTE) y los Acuerdos de Colaboración Empresarial (ACE), supuestos de *joint venture* contractuales tratados específicamente por el Derecho Argentino, la línea divisoria entre "control" y "coordinación" de actividades no siempre es evidente. Un aspecto a considerar, contemplado tanto por la normativa antimonopólica norteamericana como por la europea, es la transitoriedad que presentan esta clase de emprendimientos, y que por consiguiente los eximiría de notificación. Cfr. BIAGGINI, Pablo A. y ASPLINDH, Hugo A. Boletín Latinoamericano de Competencia N° 14.

Respecto al análisis realizado, podemos concluir que también bajo la normativa argentina existen determinados *joint venture contractuales* que se encontrarían sujetos al régimen de control previo de fusiones y adquisiciones, además de aquellos que por su sola estructura, son sujetos de dicho control, como es el caso de los *joint venture societarios*, donde una persona jurídica nueva, independiente de las empresas que lo conforman, adquiriría el control de las unidades de negocio transferidas por sus socios⁶². Entonces, sin ánimo de concluir la discusión, podemos decir que la constitución de todo *joint venture*, con viso de permanencia, que implique una síntoma de control en común de las unidades de negocios o activos aportados con anterioridad por cada una de los sujetos coligados- constituye un acto de concentración económica en los términos del artículo 6° inciso d) de la Ley N° 25.156.

5. El tratamiento de los *joint venture* en Perú

La legislación peruana de la competencia no contempla de manera directa y general una regulación *antitrust* de este contrato, al contrario dispone solamente de una norma sectorial que se refieren al *joint venture*, esta es la Ley N° 26876 dada el 19 de noviembre de 1997, **Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico** y su reglamento Decreto Supremo 017-98-ITINCI (Reglamento de la Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico) del 16 de octubre de 1998, los mismos que implementan en el ordenamiento peruano el control *ex-ante*⁶³ dentro del Derecho de la Competencia, el cual se diferencian de otras normas que regulan las concentraciones en el Derecho Comparado, en el hecho que estas últimas regulan las concentraciones de manera general⁶⁴.

⁶² BIAGGINI, Pablo A. y ASPLINDH, Hugo A. Boletín Latinoamericano de Competencia N° 14.

⁶³ Las normas contenidas en el Decreto Legislativo N° 701 se aplican *ex-post*, es decir, a supuestos materializados con posterioridad, mientras que las normas contenidas en la Ley N° 26876 son de aplicación *ex-ante*, ya que se anticipan a los hechos que pudieran generarse. En cuanto a el control *ex-ante* en la legislación comparada es necesario revisar para la Comunidad Europea, el Reglamento (CEE) Núm. 4046/89 del Consejo de 21 de diciembre de 1989, sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas; para Estados Unidos, la Sección 7ª de la *Clayton Act* (1914), así como la *Celler-Kefauver Antimerger Act* (1950), la *Hart/Scott/Rodino Improvements Act* (1976) y la *Federal Trade Commission Improvements Act* (1980) y para México, la Ley Federal de Competencia Económica de 1992.

⁶⁴ Por ejemplo en lo que respecta al contexto Internacional encontramos las siguientes normas: en Argentina la Ley 25.156 de Defensa de la Competencia, en Brasil Ley No. 8884, del 11 de

Con la implementación de dicho marco normativo se dio inicio a una discusión en la doctrina peruana⁶⁵ respecto a la procedencia o no de un control previo de las concentraciones empresariales o control de estructuras⁶⁶ (las cuales se podrían efectivizar como lo señala la norma antes citada, a través de contratos de *joint venture*). Pero la normativa peruana en materia de competencia, también está constituida actualmente por el D. Leg. 701, Decreto Legislativo contra las Prácticas Monopólicas, Controlistas y Restrictivas de la Libre Competencia, la cual se aplica de manera general a cualquier acuerdo de *joint venture* en la medida que constituya un abuso de posición de dominio en el mercado⁶⁷ o que la misma limite, restrinja o

junio de 1994 (Originalmente dictada en 1962 y modificada parcialmente en 1990 y revisada en 1994), en Canadá la *Federal Competition Act* (Ley Federal sobre Competencia). R.S.C., 1985, c. C-34, la cual entró en vigencia el 19 de junio de 1986, en los EEUU la *Sherman Act*, 15 U.S.C. Sección, la *Clayton Act*, 15 U.S.C. Sección 7, en México la Ley Federal de Competencia Económica. *Diario Oficial de la Federación* del 24 de diciembre de 1992.

⁶⁵ CARRANO, Italo. "La ley antimonopolios y antioligopolios del sector eléctrico: ¿Deben controlarse las fusiones y adquisiciones en el mercado de la electricidad?, En: Boletín Latinoamericano de Competencia, N° 4, México, 1998, pág. 40-51. REBAZA, Alberto, "El Control de las adquisiciones y fusiones en la nueva ley antimonopolio del sector eléctrico: Una raya mas al tigre del intervencionismo". En: Themis Revista de Derecho. Segunda Época N° 36 Lima, 1998, pág. 91-101. QUINTANA SÁNCHEZ, Eduardo, "¿Rezando entre las tinieblas?: el credo del control de concentraciones empresariales". En: Themis Revista de Derecho. Segunda Época N° 39 Lima, 1999, pág. 223-235, entre otros. En cuanto al Indecopi, además de sus funciones de control «ex post» de conductas contrarias a la libre y leal competencia; en el año 1997 con la promulgación de la Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico, Ley N° 26876, se le adicionó la función de autorizar o desautorizar, previa evaluación del impacto que pudieran tener sobre la competencia, las operaciones de concentración que tengan lugar en el sector eléctrico.

⁶⁶ Mecanismos como el control de las estructuras, definidas como la autorización previa de fusiones y adquisiciones en los procesos de concentración (recogido en la Ley) y las ayudas públicas (...), son formas que un Estado, en cumplimiento de su función vigilante, puede desarrollar. De lo contrario caeríamos en la inconsistencia de suponer que el Estado vigila y controla el normal desarrollo de la competencia sin los instrumentos adecuados, vale decir, de qué sirve un marco regulador amplio y genérico que habilite al Estado a promover, vigilar y controlar si no se le provee de los instrumentos necesarios para el cumplimiento de tales objetivos. INFORME N° 011 -2001-INDECOPI/CLC, sobre Solicitud de autorización para la operación de concentración resultante de la adquisición de Electricidad de los Andes S.A. (Electroandes) por parte de PSEG Global Inc., (PSEG) empresa accionista de las empresas de distribución eléctrica Luz del Sur S.A. (Luz de Sur) y Edecañete S.A. (Edecañete), con ocasión de la privatización de Electroandes, en aplicación de lo dispuesto en la Ley N° 26876. 17 de octubre de 2001, pág. 7.

⁶⁷ Bajo este supuesto, se asume que las normas de libre competencia no sancionan la posición de dominio sino solamente el abuso de la misma. Sin embargo las normas que controlan las

distorsione la libre competencia, de modo que se generen perjuicios para el interés económico general, para lo cual dicha conducta debe adecuarse a alguno de los supuestos establecidos en el artículo 5° o 6° del citado Decreto Legislativo. Ambas leyes se encuentran inspiradas por la normativa comunitaria que regulan la materias y a través de ellas por las normativas *antitrust* norteamericana y la construcción que sobre esta han realizado los Tribunales de este país, con lo que, en principio las soluciones adoptadas en el ámbito de estos ordenamientos respecto del análisis anticompetitivo del contrato de *joint venture* podrían ser de utilidad, al estudiar sus relaciones con la normativa peruana en materia de competencia. En este trabajo hemos realizado un análisis de los contratos de *joint venture* desde el punto de vista de las concentraciones en el Derecho Comparado, lo cual nos ha servido para tener un panorama completo de las implicancias de la Ley N° 26876, que contiene un criterio bastante amplio del concepto de concentración⁶⁸ al considerar la misma como toda operación donde se producen fusiones, absorciones o uniones de empresas cuyo resultado es la adquisición por parte de una empresa, el control sobre otra u otras empresas o, eventualmente, la creación de una empresa en común que definitivamente absorba a las demás que participan en el mercado.

Las concentraciones en el sector eléctrico entonces, no sólo están permitidas, sino que la Ley conjuntamente con su Reglamento⁶⁹, establecen modalidades (concentración horizontal y vertical), teniendo en cuenta para ello, la actividad económica que desarrollan las empresas involucradas, pudiendo ser éstas de generación, transmisión o distribución.

concentraciones están destinadas a impedir que se creen o fortalezcan las empresas con posición de dominio en el mercado, a pesar que ello no es ilegal dentro del marco general de la libre competencia. Cfr. QUINTANA SÁNCHEZ, Eduardo, op., cit., pág. 224.

⁶⁸ El art. 2° de la Ley N° 26876 (Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico), la cual define como concentración empresarial las siguientes conductas "(...) la fusión; la constitución de una empresa en común; la adquisición directa o indirecta del control sobre otras empresas a través de la adquisición de acciones, participaciones, o a través de cualquier otro contrato o figura jurídica que confiera el control directo o indirecto de una empresa incluyendo la celebración de *contratos de asociación "joint venture"*, (...)".

⁶⁹ **Reglamento de la Ley:**

Artículo 2.- "(...) Para efectos de la presente norma se entenderá por: (...)

c) Concentración Horizontal.- Operaciones en que se encuentran involucradas empresas que desarrollan una sola de las Actividades.

d) Concentración Vertical.- Operaciones en la que se encuentran involucradas empresas que desarrollan más de una de las Actividades".

Entonces en la medida que el contrato de *joint venture* puede y suele en algunos casos generar un supuesto de concentración empresarial, o afecte la competencia potencial de los demás partícipes en el mercado⁷⁰ (o también que pueda contener cláusulas restrictivas de la competencia, supuesto no contemplado en esta ley, pero sí en el D. Leg. N° 701), debe pedir la autorización de dichos actos⁷¹ a la Comisión de Libre Competencia y al Tribunal de Defensa de la Competencia del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual - INDECOPI el mismo que conocerá y resolverá en primera y segunda instancia respectivamente, los procedimientos que se inicien con sujeción a la presente Ley.

⁷⁰ Al respecto, la Secretaría Técnica de la Comisión opina que: "limitar los alcances de la Ley sólo a aquellas concentraciones que generen abuso efectivo de posición de dominio, es contradictorio con el marco constitucional que garantiza no sólo la competencia actual sino también la competencia potencial. Tan cierto resulta lo anteriormente afirmado, que podrían existir concentraciones que al generar o reforzar una posición de dominio, produzcan barreras de acceso al mercado que impidan el ingreso de nuevos competidores. En tal caso, no se produciría un acto de abuso de posición de dominio, pero ciertamente la competencia se habría visto disminuida". Informe Técnico N°011-1999-INDECOPI/CLC, en los procesos seguidos por las empresas peruanas que notificaron el procedimiento de notificación de Endesa y Enersis de Chile.

⁷¹ Ley N° 28876, Artículo 3.- Antes de realizar actos de concentración en las actividades de generación y/o de transmisión y/o de distribución de energía, con las condiciones y características establecidas en el párrafo siguiente, deberá solicitarse la autorización previa de la Comisión de Libre Competencia del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual - INDECOPI, sin cuya aprobación no podrán realizarse, ni tendrán efecto legal alguno. Pero además es necesario señalar que para tener una idea cabal respecto del método que utiliza la Comisión para analizar los acuerdos de *joint venture* que generen una concentración empresarial es ilustrativo considerar el artículo 19° del Reglamento, literal b) que contempla una disposición que permitiría aprobar concentraciones que generen perjuicios al mercado. En tal sentido, el literal b) establece que "*Si la operación puede crear eficiencias dentro del mercado y si dicho aporte es suficiente para compensar los efectos restrictivos de la competencia que ocasione tal operación*". Frente a la existencia de dichos efectos negativos, la Comisión deberá sopesar los mismos con los beneficios que dicha operación también genera. Esta disposición le permite a la Comisión hacer un análisis costo beneficio y se convierte en la única posibilidad por la cual la Comisión podría permitir una operación con evidentes perjuicios al mercado en atención a que los beneficios a los consumidores justificarían su aprobación. Cfr. Informe Técnico N°011-1999-INDECOPI/CLC, en los procesos seguidos por las empresas peruanas que notificaron el procedimiento de notificación de Endesa y Enersis de Chile.

Un primer nivel de análisis, de este tipo de conductas debe evaluar el impacto de las mismas sobre el mercado, y cual es el cambio estructural que generan al interior del mismo. Dentro de este nivel de análisis se debe estudiar en primer lugar el concepto del **control**⁷² que una o más empresas ejercen sobre otra, ocasionando en consecuencia la integración de las empresas. Como se dijo al analizar las concentraciones en el ordenamiento jurídico argentino, se distinguen dos formas de control para analizar las operaciones de concentración, el control exclusivo y el control conjunto⁷³. Lo importante para que un contrato de *joint venture* califique como concentración es que el mismo suponga un cambio sustancial en el control, no bastando solamente con la adquisición de acciones de forma mayoritaria para determinar si hay control de una empresa sobre otra, sino que es importante que exista una influencia preponderante y continua a la hora de tomar decisiones que definan la estrategia competitiva, criterio que será necesariamente tomado en consideración por la Comisión al momento de pronunciarse sobre la existencia o no de control, y de existir, si éste es exclusivo o conjunto a fin de determinar el grado de integración que dicho control provoque, para de esta manera determinar si el *joint venture* puede ser aprobado.

⁷² El concepto de control, dentro del marco internacional, lo encontramos definido en el artículo 3.3 del Reglamento 4064/89 de la CE, como "*El control de los derechos contratos u otros medios que, por si mismos o en conjunto, teniendo en cuenta las circunstancias de hecho y de derecho, confieren la posibilidad de ejercer una influencia decisiva sobre las actividades de una empresa (...)*". INFORME N° 011 -2001-INDECOPI/CLC, op., cit., pág. 14., por su parte la Superintendencia de Banca y Seguros por medio de la Resolución de fecha 6 de julio del año 2000, establece que: "Se denomina control a la influencia preponderante y continua en la toma de decisiones de los órganos de gobierno de una persona jurídica".

⁷³ El control conjunto se manifiesta cuando dos empresas adquieren el control de la empresa con participaciones del 50 por 100 cada una (aproximadamente) llevando aparejados idénticos derechos de voto sobre este tipo de decisiones. En el control conjunto de una empresa, los accionistas deben llegar a un acuerdo sobre las decisiones importantes que afectan o definen la estrategia competitiva de la empresa controlada, toda vez que, existe la posibilidad de bloquear las decisiones estratégicas propuestas, tanto por una repartición equivalente de acciones o por el derecho a voto que pudieran tener algunos accionistas minoritarios.

V. Conclusiones

1. El normativa de la Libre Competencia garantiza la eficiencia del mercado el cual se considera el mejor sistema asignador de recursos y una implementación sólida del mismo trae como correlato necesario el bienestar del consumidor.
2. El control de los efectos nocivos para la competencia derivados de la celebración de contratos de *joint venture*, tiene un antecedente histórico de larga data en el derecho comparado, especialmente en los EEUU y la Comunidad Europea.
3. Es frecuente a nivel del Derecho Comparado que se asimile al contrato de *joint venture* como un mecanismo utilizado por las empresas para falsear la competencia en la medida en que una definición amplia del citado contrato encaja en la práctica con muchas conductas prohibidas o susceptibles de infringir las normas de defensa de la competencia.
4. El factor fundamental que se utiliza para definir la naturaleza concentrativa de los *joint venture* y por ende le sea aplicable la normativa *antitrust*, es determinar si la operación tiene por objeto o el efecto coordinar el comportamiento competitivo de las empresas participantes.
5. El control de los *joint venture*, en la medida que los mismos generen conductas restrictivas de la competencia o concentraciones que no guarden coherencia con el sistema de Libre Competencia, tiene un sustento legal y constitucional (Art. 61° de la Constitución del 93).
6. La Comisión de Libre Competencia de INDECOPi tiene el mandato legal de evitar los acuerdos de *joint venture* que impliquen concentraciones empresariales en el sector eléctrico o que configuren prácticas restrictivas y que ocasionen efectos nocivos para la competencia de acuerdo a la Legislación de la materia.