

LAS ALIANZAS ESTRATÉGICAS O JOINT VENTURES Y EL DERECHO DE LA COMPETENCIA

Xavier GINEBRA SERRABOU

SUMARIO: 1. *Concepto de alianzas estratégicas o joint ventures.* 2. *Los efectos perturbadores de las alianzas estratégicas sobre la competencia.* 3. *Las repercusiones de las alianzas estratégicas en el derecho estadounidense.* 4. *Las alianzas estratégicas en la Unión Europea.* 5. *Las alianzas estratégicas en el derecho de la competencia mexicana.*

1. CONCEPTO DE ALIANZAS ESTRATÉGICAS O JOINT VENTURES

Las alianzas estratégicas o *joint ventures* en sentido amplio son contratos celebrados entre dos o más empresas por el cual integran parcialmente operaciones o actividades que forman parte de su actividad empresarial, a través de la puesta común de recursos, bienes o dinero, de manera estable y duradera, para mejorar su situación competitiva y participando de manera conjunta y proporcional en los resultados de la explotación.

Desde una óptica económica, podemos decir que una alianza estratégica es el contrato por el que dos o más empresas, conservando su independencia jurídica y económica, coordinan en forma estable uno o varios escalafones y/o actividades de la cadena del valor con otra empresa. Tal coordinación debe realizarse en relación a los eslabones o actividades de dicha cadena que aportan una ventaja competitiva significativa para tales empresas. De otra manera, existiría una alianza, pero no sería estratégica.

Las alianzas estratégicas, asuman la forma que asuman, generalmente siempre tendrán efectos sobre la competencia, lo cual nos obliga a que estudiemos en forma detenida, cómo pueden aquellas perturbar la competencia, para ver si los efectos

que las alianzas tienen sobre la misma, impiden o dificultan la realización de éstas, o bien estudiar, dados los efectos perturbadores que aquellas puedan tener sobre la libre competencia, los modos de evitar tales efectos, a fin de que las autoridades antitrust del país en el que la alianza surta sus efectos, la aprueben o la condicionen lo menos posible. Lo anterior debido a que dadas las legislaciones de defensa de la competencia de los países desarrollados, las alianzas estratégicas no suelen escaparse de sus reglamentaciones. Es más, muchas alianzas estratégicas quedan condicionadas, por la legislación antitrust, a su previa autorización o notificación a las autoridades protectoras de la competencia, como es el caso de nuestro país (arts. 16 y 21 de la Ley Federal de Competencia Económica, LFCE).

Para poder analizar las alianzas estratégicas en el marco del derecho de la competencia, es necesario examinar primero los posibles efectos que las mismas suelen tener dentro de la economía de mercado, a fin de poder explicar el porqué están sujetas a la legislación antitrust, para después ver en caso de conflicto, qué debe prevalecer, la alianza estratégica o la política de defensa de la competencia. Por último, examinaremos en qué condiciones las autoridades antitrust han autorizado las alianzas, qué dice la LFCE al respecto, y qué criterios ha asumido en su examen la Comisión Federal de Competencia, en sus escasos años de vida como órgano aplicador de la Ley.

2. LOS EFECTOS PERTURBADORES DE LAS ALIANZAS ESTRATÉGICAS SOBRE LA COMPETENCIA

El concepto de competencia se relaciona estrechamente con el mercado, pues aquella sólo es posible en el mercado de la interacción entre oferta y demanda que define a éste. Por lo tanto, dado que la competencia ha de desarrollarse en el marco de determinado mercado, los efectos directos sobre aquellas sólo pueden configurarse en la medida en la que se altere el funcionamiento de alguno de los aspectos de éste. Las conductas contrarias a los aspectos dinámicos de la competencia suponen una alteración inmediata de las acciones que dan lugar a la existencia de un mercado. Por el contrario, las conductas que

inciden sobre los aspectos estructurales de la competencia suponen modificar los elementos que permiten, a su vez, la existencia de la libre competencia en los mercados. Así, una conducta que afecta los elementos dinámicos de la competencia implicará alterar los precios vigentes en un mercado, el volumen de oferta a él dirigido, la división de la demanda entre las distintas empresas que allí operan u otros componentes de las conductas que, en conjunto, constituyen el citado mercado. Una conducta con efectos estructurales afectará, por ejemplo, la identidad de los propietarios de las empresas que operan en cierto sector, el número de éstas o la independencia de sus respectivas administraciones. Estas modificaciones en las relaciones entre las firmas que operan en el mercado afectado tendrán, a su vez, efectos sobre el comportamiento de éste, que son los que en definitiva busca dirigir la legislación regulatoria de la competencia.¹

Al darse las alianzas estratégicas, por lo general entre agentes económicos horizontales o verticales, es claro que implicará un efecto estructural sobre el mercado que, indirectamente afectará el proceso dinámico del mismo. En efecto, en las alianzas estratégicas, es frecuente que dos o más empresas que desean entrar a determinado mercado, opten por hacerlo conjuntamente, en lugar de hacerlo individualmente. (...) Pueden estas formas asociativas tener efectos negativos sobre la competencia al impedir, mediante la actuación conjunta de las firmas que son potencialmente concurrentes en un mercado, la coexistencia en éste de una pluralidad o de un número suficientemente elevado de empresas competidoras.²

Ahora bien, los efectos que las empresas conjuntas tienen sobre la competencia son menores que los que se tienen con motivo de una fusión. En la fusión siempre desaparece un agente económico del mercado, fortaleciéndose en contrapartida otro, aquel que adquiere los activos de la empresa fusionada, con lo cual se fortalece el poder que ostenta en el mercado

¹ CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo, *Derecho Antimonopólico y de Defensa de la Competencia*, Editorial Helíasta, Buenos Aires, 1983, pp. 593 y 594.

² *Ibidem*, p. 635.

una determinada empresa, pudiendo, en virtud de esa fusión, obtener un poder dominante en el mercado, con lo que se facilita la realización de prácticas colusorias.

La evaluación de los efectos de las empresas conjuntas sobre la libre competencia requiere distinguir, este tipo de actos con efectos estructurales sobre la competencia respecto de las funciones. Mientras que éstas implican la eliminación de un competidor actual o potencial, las empresas conjuntas suponen, a lo sumo, la eliminación de competidores potenciales, resultante ésta de la posibilidad de que las firmas participantes en tales empresas ingresen separadamente en el correspondiente mercado en el caso de no poder hacerlo conjuntamente. Debe tenerse presente, sin embargo, que las empresas conjuntas pueden también posibilitar el ingreso en un mercado de firmas que, en caso de no contar con la posibilidad de asociarse con otra, se abstendrían de este tipo de expansión.

En tales supuestos, las formas asociativas aquí consideradas presentan un impacto evidentemente favorable sobre la estructura competitiva.³

La valoración de las empresas conjuntas guarda relación con el valor que la legislación de un determinado país le atribuye a la política de competencia, lo cual dependerá, en buena medida, del sistema económico en que se apoye, teórica o fácticamente, la economía de un país, dentro de las distintas variables de la economía de mercado. Si el sistema económico de un país tiene una tendencia marcadamente neoliberal, de tintes friedmanianos, con una confianza excesiva en la "mano invisible del mercado",⁴ las alianzas estratégicas tenderán a verse con desconfianza, pretendiendo ver detrás de éstas acuerdos horizontales o verticales de fijación de precios, contrarios a la legislación antitrust. Si, por el contrario, dicho sistema se apoya en una filosofía propia de economía social de mercado, si tiende a mantener o fomentar la competencia, o si

³ *Ibidem.*

⁴ DRUCKER, Peter, *El cambiante mundo del directivo*, Editorial Grijalbo, Barcelona, 1983, p. 135.

más bien, va en beneficio de la justicia social,⁵ tenderán a apoyarse este tipo de acuerdos.

A pesar de las variaciones mencionadas, dos son las corrientes opuestas que atribuyen distinto valor a la política de competencia, entre las cuales giran todas las demás:

De un lado, la caracterización de la competencia como una garantía de la libertad de obrar de los operadores económicos (empresas y consumidores).

Para esta corriente de pensamiento, la competencia —concepto polimorfo que se resiste a una definición precisa— no sería originalmente, en una estimación jurídica, otra cosa que la rivalidad entre empresas que operan en un determinado sector de la actividad económica y que se esfuerzan, dentro de los límites legales permitidos, por captar la mayor cuota del mercado posible ofreciendo mejores precios, bienes, servicios u otras condiciones económicas, sin incurrir en responsabilidad por su comportamiento, aunque éste cause un perjuicio a otras empresas e incluso ocasione su expulsión del mercado.

Así concebida, la libre competencia —traducción, en términos jurídicos, de la competencia económica— sería simultáneamente una suma de libertades y una estructura jurídica formal a la que habría que dotar de contenido.

En cuanto agregación de libertades, sería tópica la distinción de la literatura jurídica especializada entre los elementos constitutivos de la competencia y los criterios de la competencia (de estructura, de comportamiento, de resultado). Mientras que los primeros sirven para determinar la existencia de competencia —y, por consiguiente, también de un eventual ataque a ella—, los segundos se aplican para cuantificar el grado de competencia en un mercado concreto. Para poder hablar en rigor de competencia se hace inexcusable, entre otros requisitos, la posibilidad, para cada nueva empresa, de introducirse en un mercado en el que no ha operado con anterioridad (principio de mercado abierto), sin que tal acceso se vea obstaculizado por barreras de entrada artificiales; la posibilidad asimismo de que

⁵ HARTEN, Peter, *La economía, sus leyes y sus misterios*, Editorial Herder, Barcelona, 1979, p. 173.

los operadores económicos ya instalados decidan libremente su política empresarial, atendiendo exclusivamente a datos tales como la situación del mercado, la relación costes-beneficios o el comportamiento de las otras empresas que operan dentro del mismo sector de actividad (principio de autonomía de la estrategia empresarial), la posibilidad finalmente de que los consumidores, destinatarios finales del proceso productivo, opten libremente entre aquellos bienes y servicios que prefieran en atención a su precio, a su calidad o a otras circunstancias económicas, como por ejemplo, la financiación del producto que se desea adquirir o el servicio posventa que el vendedor ponga a disposición de su cliente (principio de soberanía del consumidor).

Como estructura jurídica formal, la competencia, así definida, estaría en condiciones de satisfacer exigencias conceptuales mínimas. Nadie podría en efecto cuestionar la existencia de un marco de competencia, cuando concurren simultáneamente mercado, pluralidad de oferentes y aceptantes y una actitud antagonística entre ellos. Se trata empero de una noción que, por su amplitud necesita —si se quiere que sea operativa— ser precisada. En ella pueden tener cabida, en efecto, orientaciones dispares e incluso antagónicas: tal sería la actitud de quienes creen que la competencia debería servir de escudo frente a la intromisión del Estado en la vida económica, pero no están dispuestos a que se reaccione con la misma energía contra los competidores de las otras empresas que operan en el mercado, o la de quienes consideran que la competencia puede y debe ser un instrumento de política económica en manos del Estado; la de quienes consideran —como, por ejemplo, la Harvard School— que el Estado no debe dejar de velar porque el mercado se aproxime lo más posible a la competencia perfecta formulada por los clásicos aunque nunca se daría en la realidad—, luchando contra los cárteles y observando la dinámica competitiva del mercado a corto y medio plazo y la de quienes, por el contrario insisten —como, por ejemplo, la Chicago School— en que, salvaguardados los intereses del consumidor, la acción del Estado en este terreno debe ser mínima, debería centrarse preferentemente en los actos colusorios dis-

tinguiendo entre las restricciones horizontales y verticales de la competencia, y no en las concentraciones de las empresas y observando el horizonte económico a largo plazo.⁶

Sobre esta tendencia cabe decir que, en general, la teoría económica y el derecho antitrust se ha inclinado por fijar su atención en las concentraciones, como un medio de medir la estructura de un mercado, y así conocer si las leyes de competencia deben aplicarse para corregir esas situaciones,⁷ por lo que en general prevalece la actitud de la Harvard School sobre la de Chicago, aunque la teoría económica más prestigiada reconoce que las fuerzas de la competencia hacen que cuando hay industrias rentables, éstas tiendan a atraer la entrada de nuevos competidores, presionando así a la baja sobre los precios,⁸ por lo que parecería que no es indispensable una intervención tan activa por el Estado en política de competencia. Sin embargo, dados los efectos siniestros que pueden tener los monopolios en la economía de un país, al facilitar la posibilidad de influir en las preferencias de los participantes en el mercado de forma que mejore la situación del monopolista,⁹ consideramos, por razones prudenciales, que los Estados se inclinen más por la primera tendencia, que por la segunda.

De otro lado, desde la otra perspectiva, desde una óptica populista, se le ha atribuido a la competencia la función de adecuar el orden económico al político. La competencia debería servir para procurar la difusión del poder económico: de la misma manera que, en una democracia, todos los ciudadanos tienen derecho a participar, a través de diversos medios, en el poder político, deberían también tener derecho a una cuota del poder económico. Finalmente anclada en la tradición política norteamericana —aunque no exclusiva hoy en día de ella—,

6 FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, Luis y CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis, *Derecho Mercantil Internacional*, Editorial Tecnos, Madrid, 1993, pp. 131 a 133.

7 CLARKSON, Kenneth W. y LEROY MULLER, Roger, *Industrial Organization: Theory, Evidence and Public Policy*, Editorial McGraw-Hill, Singapur, 1982, p. 51.

8 SAMUELSON, Paul A. y NORDHAUS, William D., *Economía*, Editorial MacGraw Hill, Madrid, 1993, p. 178.

9 SCHUMAN, Jochen, *Fundamentos de la teoría microeconómica*, Editorial Herder, Barcelona, 1980, p. 268.

que ha transmitido de generación a generación ciertos ideales del american way of life, como el individualismo, la autoayuda, la libre iniciativa, el ánimo de lucro y la libre competencia, implica un recelo histórico que frente a los grandes trusts, ante el temor —conforme a la suposición del que paga manda— de que sea el mundo económico (las mayores empresas del país) el que controle al Estado y no al revés, poniendo así en peligro la propia democracia —políticamente rentable en un sistema en el que, por definición, esa interpretación de la competencia favorecía a la mayoría del electorado— ha tenido como secuelas la política de no crecimiento de las grandes empresas (control de las concentraciones empresariales) y el reconocimiento estatal de las uniones de los económicamente más débiles (pequeños comerciantes, agricultores, trabajadores, consumidores) que, víctimas propiciatorias de los grandes monopolios, vieron con simpatía y apoyaron el surgimiento de la legislación antimonopolística.¹⁰

La postura adoptada por muchos de los países ha sido la primera: proteger la competencia como parte de la libertad de empresa, aunque con diversos matices, como ya se ha señalado. Dentro de éstos a nuestro juicio, el encuadramiento correcto es el de atribuir a la competencia el valor propio de una medida de política económica, es decir, de medio para la consecución de un fin, en este caso, la mejora económica de la población, si bien ésta perseguida a través de medios indirectos, con los efectos de eficiencia, distribución de la riqueza, mejora del desarrollo tecnológico y del bienestar de los consumidores, que la competencia suele favorecer.

El sistema jurídico que mejor ha plasmado en su legislación el papel que juega la política de competencia dentro de su sistema jurídico es, a nuestro juicio, el comunitario europeo.

Dentro de la legislación comunitaria europea, plasmada en sus inicios en el Tratado de Roma Constitutivo de la Comunidad Económica Europea de 1957 (en lo sucesivo TCEE), queda claro el carácter instrumental de la competencia comunitaria.

¹⁰ FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, Luis, y CALVO CARAVACA, Luis-Alfonso, *op. cit.*, pp. 133 y 134.

La competencia no es un fin en sí mismo, sino un medio para alcanzar los objetivos del Tratado, en especial la integración económica, el desarrollo de las actividades económicas y la elevación del nivel de vida (arts. 2 y 3 f/ TCEE). Una consecuencia de este carácter instrumental es la posibilidad de admitir restricciones a la competencia, por la vía del art. 85.3 TCEE, cuando de ella derivan beneficios económicos y sociales superiores a las desventajas que entraña la lesión a la libre competencia. En este sentido, se ha apuntado, que la praxis de la Comisión Europea suele (no sin cierta incoherencia) justificar, en sus decisiones, la aplicabilidad del art. 85.1 TCEE a un determinado comportamiento, porque éste atenta contra la competencia atomística o, lo que es igual, reduce el número de agentes económicos que operan en el mercado, para, a continuación, excluirla del caso concreto que resuelve —mediante el recurso del art. 85.3 TCEE—, porque, en cambio, tal comportamiento no sólo deja que subsista la competencia eficaz —es decir, una dosis mínima de competencia que es necesaria— sino que la mejora, permitiendo, por ejemplo, que un cierto número de pequeñas y medianas empresas coordinen sus esfuerzos y doten al mercado de una estructura más equilibrada.¹¹

Es en este renglón de ideas en donde las alianzas estratégicas pueden ver ampliado su juego, si tomando en cuenta las restricciones que las mismas pueden implicar dentro de la libre competencia, se analizan los efectos que estos acuerdos pueden tener en relación a innovaciones tecnológicas, mejora de nuevos productos, penetración de nuevos mercados, etc., que pueden compensar con creces, los efectos distorsionadores que toda unión entre empresas suele acarrear dentro del mercado.

La legislación mexicana sobre competencia, la Ley Federal de Competencia Económica, es parte del giro que dio nuestro país a partir de 1988, en el sentido de sentar las bases de una moderna economía de mercado.

Esta Ley moderniza nuestras disposiciones en materia de competencia, y adecua los instrumentos de intervención del

¹¹ *Ibidem*, p. 154.

Estado en la Economía, de acuerdo al primer Informe de Labores de la Comisión Federal de Competencia, a los requerimientos de un país cuyos procesos de producción y distribución descansan cada vez más en la iniciativa de los particulares. La Ley Federal de Competencia Económica representa un viraje en la concepción de la forma de intervención del gobierno. Quedaron atrás las intervenciones asociadas a los controles directos, ahora reemplazadas por un enfoque que busca, en primera instancia, fortalecer la capacidad autorregulatoria de los mercados y, en caso necesario, la acción directa del Estado para sancionar prácticas o concentraciones monopólicas.

La legislación en materia de competencia desempeña un papel importante al incrementar oportunidades para muchos. (...) En términos generales, crea las condiciones para que los agentes económicos exitosos sean aquellos que produzcan con mayor eficiencia, que ofrezcan menores precios y mayor calidad, o que introduzcan nuevos y mejores productos y servicios.

Al contribuir a través de mayor competencia a alcanzar más eficiencia, la legislación de competencia fortalece el proceso de generación de empleos más productivos y mejor remunerados. Por estas razones, y a través de diversos mecanismos, la legislación de competencia contribuye a lograr equidad y a otorgar la igualdad de oportunidades. En la medida en que tengamos más oportunidades, más movilidad social y mayor eficiencia, tendremos un país más próspero y más justo.¹²

En principio parecería que la legislación antimonopólica europea está inspirada en los mismos principios que la Ley mexicana de la competencia. En ambos casos se reconoce el papel que la política de competencia juega en el desarrollo de la actividad económica, y su papel en cierto modo indirecto en el desarrollo económico.

Sin embargo, a nuestro modo de ver hay una diferencia fundamental, y no accesoria, entre la postulación de la competencia en el TCEE y la LFCE; mientras el primero reconoce expresamente el carácter instrumental de la política de competencia, la LFCE no lo hace. Esta omisión del carácter de medio

¹² Informe Anual 1993-1994 de la Comisión Federal de Competencia, pp. 9 y 10.

de la competencia en la LFCE no consideramos que sea un olvido del legislador, obedece a postulados del papel que juega el mercado y el modo en que actúa éste, especialmente en relación a la intervención del Estado dentro de la competencia económica.

En efecto, mientras en el Tratado de Romo, a pesar del reconocimiento del papel capilar dentro de la Comunidad Económica Europea del juego del libre mercado, se hable en varias ocasiones, y nos atreveríamos a decir, como postulado, de la importancia del Estado para instrumentar los medios adecuados para lograr una economía de mercado (Cfr. art. 90 TCEE), que además tome en cuenta los desajustes que, de modo más o menos frecuente, pueden darse en éste, en la LFCE la intención del legislador fue limitar de modo premeditado la actuación del Estado en la economía, ya directa o indirectamente, debido a que se creía de un modo más firme en el papel ciego y eficaz del mercado en la asignación de los recursos. Prueba de ello son las muchas alusiones a la "eficiencia" en la Exposición de Motivos de la Ley,¹³ en los comentarios elaborados por los redactores de la misma, y en los Informes emitidos por la Comisión Federal de Competencia en lo que ésta tiene en funciones.¹⁴

Consideramos que el legislador partió de un premisa equivocada en México; al confiar en la capacidad autorregulatoria de los mercados, se olvidó que México había vivido durante muchos años un sistema de economía mixta, con una economía cerrada y proteccionista, y que el salto hacia una economía global y de libre mercado había de hacerlo de forma gradual; a través de una mayor intervención del Estado para fomentar la política de competencia, para coadyuvar a la obtención de una

¹³ Cfr. Exposición de motivos, alusión al art. 9 LFCE, relativo a la prohibición de prácticas monopólicas absolutas: "Las prácticas monopólicas absolutas representan una conducta que se debe castigar, pues se da entre competidores, sin que exista integración productiva o distributiva que permitan inferir que existen ganancias en eficiencia"

¹⁴ La protección y promoción del proceso de competencia y libre concurrencia encomendadas a la Comisión deben ser apreciadas en el contexto de las medidas de apertura, desregulación económica y desincorporación de empresas públicas (Informe Anual 1994-95 de la Comisión Federal de Competencia).

planta productiva verdaderamente eficiente, lo cual se iba a lograr, no dejando la "eficiencia" en las manos del libre juego del mercado, sino a través de un sistema de concertación en el aspecto económico, es decir, de un diálogo entre empresarios y gobierno para prevenir los efectos distorsionadores del mercado, lo cual, además de no implicar necesariamente un proteccionismo, es el sistema más adecuado para irrumpir mínimamente en la libertad de los administrados,¹⁵ además de que hace correr el peligro de que la libertad de competencia se convierta en una mera libertad formal, desprovista de contenido.

Lo anterior, o sea, la necesidad de la utilización de sistemas de concertación en el ámbito económico, lo consideramos indispensable, no sólo por la actual crisis económica por la que atraviesa el país, sino que es uno de los papeles fundamentales del Estado en la economía; desplegar los recursos del país (trabajo y capital, a lo que yo añadiría la tecnología), con unos altos y crecientes niveles de productividad.¹⁶

3. LAS REPERCUSIONES DE LAS ALIANZAS ESTRATÉGICAS EN EL DERECHO ESTADOUNIDENSE

El caso fundamental resuelto por la jurisprudencia estadounidense en esta materia es *United States v. Penn-Olin Chemical Company*. Se trataba allí de la formación de una empresa dedicada a la producción y venta de clorato de sodio en la región del sudeste de los Estados Unidos, inversión en la que participaban dos firmas de sustancial importancia en la industria química; una de ellas producía clorato de sodio en otra región de los Estados Unidos, y la otra, si bien no fabricaba esa sustancia, contaba con una importante tecnología para su producción. La Corte Suprema estadounidense consideró que el art. 7 de la Ley Clayton, generalmente aplicable a las fusiones, lo era también a las empresas conjuntas, y que, en consecuen-

¹⁵ CONESA, Fernando, *Libertad de empresa y Estado de derecho*, Editorial Rialp, Madrid, 1978, p. 158.

¹⁶ PORTER, Michael E., *La ventaja competitiva de las naciones*, Editorial Vergara, Buenos Aires, 1991, p. 763.

cia, debía determinarse la validez de éstas a la luz de sus posibles efectos anticompetitivos. Estos se basaban en la presunción de que las empresas participantes en la nueva firma no competirían con ésta en el correspondiente mercado.

No obstante la similitud del análisis aplicable a las fusiones y a las empresas conjuntas, el tribunal interviniente observó que en estas últimas existía la creación de una nueva fuerza competitiva en el correspondiente sector, que debía ser evaluada frente a la obstaculización del ingreso independiente de las empresas participantes, que se imputaban a su asociación. Por otra parte, la Corte Suprema indicó que para determinar los posibles efectos anticompetitivos de la inversión conjunta no debía solamente establecerse en qué medida era posible que las firmas que de ella formaban parte ingresaran aisladamente en el mercado considerado, sino también el grado en que su carácter de competidores potenciales, el cual incidía sobre el comportamiento de las firmas instaladas, resultaba afectado por la participación en la inversión común. La Corte Suprema autorizó finalmente la agrupación, bajo el argumento de que las empresas en ella participantes no hubieran ingresado al correspondiente mercado en forma independiente.¹⁷

Las limitaciones aplicables a las empresas conjuntas se efectivizan aun cuando una de las firmas participantes opere principalmente en mercados extranjeros.¹⁸ Tales limitaciones se han extendido también a la formación de empresas en el exterior, cuando ella sea susceptible de tener efectos anticompetitivos sobre los mercados y el comercio exterior estadounidense.¹⁹

Los principios generales más usuales que las autoridades norteamericanas han aplicado a las alianzas estratégicas son los siguientes:

¹⁷ 378 U.S. 158.84 S. Ct. 1710, 12 L. Ed. 775 (1994), citada por CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo, *op. cit.*, p. 636.

¹⁸ *Cfr.* *United States v. Mobay Chemical Co.*, CCH Trade Cases, 1967 (W.D. Pa. 1967), *ibidem*, pp. 636 y 637.

¹⁹ *Cfr.* el caso *Timken Roller Bearing Co. v. United States*, 341 U.S. 593, 71 S. Ct. 259.95 L. Ed. 219 (1951), *ibidem*, p. 637.

a) Para analizar los efectos nocivos sobre la competencia que puede tener determinada alianza estratégica, lo primero que analizan las mismas es la estructura del mercado en cuestión y la naturaleza de las restricciones. La Ley no exige justificaciones para que sean válidas las restricciones, a menos que la empresa conjunta goce de poder de mercado o que la restricción suponga una afectación sensible de la competencia. Restricciones en cuanto a la fijación de precios son claramente sospechosas, pero restricciones en cuanto a la publicidad han sido vistas con malos ojos por la Federal Trade Commission (FTC).

Si existe poder de mercado o las restricciones son sospechosas, el lógico primer paso es identificar los fines empresariales o de negocios que las restricciones pueden tener, para ver si pueden tener efectos procompetitivos. En segundo lugar se debe examinar si la restricción es necesaria para conseguir el objetivo y si el objetivo puede razonablemente ser alcanzado por otros medios significativamente preferenciales desde un punto de vista competitivo. Si la restricción es la mejor forma de conseguir el objetivo, hay que ver en tercer lugar si la autoridad exige la aportación de una solución alternativa, sobre la que haya preferencia por tener menos efectos anticompetitivos y examinará nuevamente si los beneficios de la restricción justifican el riesgo corrido con la restricción.

b) Dependiendo del tipo de restricción a la competencia, se debe tomar en cuenta:

b.1) Restricciones en cuanto a los precios son vistas con natural suspicacia por la legislación antitrust. Si la empresa conjunta debe fijar los precios, lo más seguro es permitir a los miembros de la asociación negociar acuerdos separados fuera del mecanismo de precios fijado en el joint venture.

b.2) Las restricciones a la competencia en relación a la empresa conjunta, más fáciles de justificar que las restricciones a los precios, deben establecerse después de haber analizado otras alternativas, incluyendo mecanismos de compensación de las restricciones a la competencia. Si los fines empresariales no pueden legítimamente ser justificados a través de los mecanis-

mos de compensación, deberá considerarse la utilización de limitaciones en el tiempo y en el espacio a las restricciones.

b.3) Las restricciones a las sociedades miembro de la empresa conjunta son muy vulnerables al cambio cuando el joint venture es un activo esencial para la realización de las actividades de la empresa conjunta o las empresas miembro²⁰

b.4) Las alianzas entre pequeñas empresas, o con el fin de llegar a competir con las más grandes, no son sancionadas por la legislación antitrust, por no afectar significativamente la competencia no tender el mono-polio.²¹

La jurisprudencia norteamericana también varía la evaluación de las *joint ventures*, de acuerdo al tipo de alianza estratégica de que se trate, siendo en unos casos más estricta, y menos en otros. Por ejemplo, los acuerdos de investigación y desarrollo suelen ser aprobados sin mucha dificultad, mientras que los acuerdos de distribución exclusiva son vistos con un poco más de recelo.

Acuerdos de investigación y desarrollo: Los acuerdos de investigación y desarrollo fueron enjuiciados en el caso *Berkey Photo, Inc. v. Eastman Kodak Co.*²² El demandante, un fabricante de cámaras, imputó, entre otras cosas, conspiraciones para restringir el comercio de acuerdo al artículo 1 de la Sherman Act en el desarrollo de un nuevo flash para uso de cámaras Kodak (Kodak estaba desarrollando un nuevo flash con *Sylvania Electric* y posteriormente con *General Electric*, para asegurar la compatibilidad entre las cámaras Kodak y el nuevo flash. Kodak hizo que *Sylvania Electric* primero, y *General Electric* después mantuviesen en secreto la fabricación del flash diseñado hasta que hubiese sido desarrollada e introducida la nueva línea de cámaras de Kodak. En total, Kodak pro-

20 KATTAN, Joseph y BALTO, David A., *Analyzing Joint Ventures Ancillary Restraints, Antitrust*, Verano 1993, Vol. 8, núm. 1, p. 17.

21 NEALE, A.D. y GOYDER, A.D., *The Antitrust Laws of the United States of America*, Cambridge University Press, 3a. edición, Baltimore, Estados Unidos, 1980, p. 182.

22 *Cfr. Berkey Photo v. Eastman Co.*, 603 F. 2d 263, 302 (2d C 1979), en *Competition Policy and Ventures*. Organisation for Economic Cooperation and Development, Paris, 1986, p. 59 y 60.

dujo el retraso en la comercialización del flash por un periodo de siete años.)

El jurado que conoció del asunto lo consideró restricciones irrazonables contrarias a la Sección 1 de la Sherman Act. La Corte de Apelaciones sostuvo que joint ventures con empresas monopólicas deben ser revisadas con suma cautela, puesto que pueden producir con mucha facilidad barreras a la entrada. Negó la prohibición por ser del acuerdo, y estableció que en este tipo de joint ventures la rule of reason debía considerar el tamaño de los mercados respectivos, las contribuciones de cada parte a la empresa de participación mancomunada y los beneficios que la misma obtenía, la posibilidad de que ambas partes pudiesen realizar el acuerdo ante la ausencia de la aventura conjunta, las restricciones impuestas, así como la razonabilidad y la relación de las mismas con el propósito de la agrupación.

La guía de la División Antitrust de 1980 estableció que las restricciones a la competencia en los convenios de investigación y desarrollo serían válidos si son limitados en el tiempo, son esenciales para lograr el propósito del acuerdo y son limitados en acuerdo a su campo.²³

Joint ventures relativas a manufactura y producción: La FTC en sus decisiones sobre casos más sobresalientes al respecto, suele aprobar los acuerdos, si bien sujetándolos a algunas restricciones o condicionándolos, al considerar que las posibilidades de una conclusión entre las partes es más riesgosa en este tipo de acuerdos que en los de investigación y desarrollo, así como el intercambio de información y la integración entre las mismas aumenta.

Los criterios analizados para autorizar, condicionar o prohibir este tipo de acuerdos suelen ser el poder de las firmas dentro del mercado, las barreras a la entrada en relación al capital, tecnología y distribución, así como el grado de concentración del mercado.

²³ *Ibidem*, p. 160.

Así fueron aprobadas de manera condicionada una alianza entre Yamaha y Brunswick para producir y distribuir motores fabricados en Japón, así como otra unión similar entre General Motor y Toyota.²⁴

Agrupaciones de compra y venta en común: El asunto más importante al respecto ha sido el caso Topco Associates.²⁵

Esta decisión muestra la evolución de la jurisprudencia americana hacia este tipo de acuerdos. Esta evolución muestra el movimiento a la no aplicación de la prohibición pese a una aplicación de la rule of reason cuando los efectos de este tipo de acuerdos pueden ser procompetitivos y mejorar la eficiencia de las empresas. Topco, una empresa cooperativa formada en los 40s por un grupo de pequeños empresarios para comprar bienes en común, a fin de lograr mejores condiciones de precio y venta, y para competir con los grandes establecimientos, fue aprobada, pese a que contenía algunas restricciones territoriales en cuanto a la venta o compra de los productos y permitía a los socios vetar la admisión de nuevos miembros en su territorio.²⁶

4. LAS ALIANZAS ESTRATÉGICAS EN LA UNIÓN EUROPEA

Conforme a la jurisprudencia desarrollada antes de la expedición del Reglamento de control de concentraciones 4064/89, las empresas conjuntas pueden resultar ilícitas tanto en virtud de configurar una conducta anticompetitiva comprendida en el primero de esos artículos, como de constituir un abuso de posición dominante, prohibido por el art. 86 TCEE. La aplicación de estas normas dependen del tipo de concentración de que se trate. Si las empresas particulares destinan la totalidad de sus activos a la inversión conjunta pasando a ser meras sociedades controlantes de ésta, pierden su independencia, resultando por tanto inaplicables, conforme a la Comisión Europea, el art. 85

²⁴ *Ibidem*, p. 64.

²⁵ United States v. Topco Associates, 405 U.S. 596 (1971). *Ibidem*. pp. 76 y 77.

²⁶ *Ibidem*.

TCEE, el cual requeriría, conforme a dicho organismo, una pluralidad de partes que mantengan su existencia económica separada. Si, por el contrario, la empresa conjunta supone únicamente la utilización de una parte de los activos de las firmas participantes, tal artículo sí resulta aplicable.²⁷

El enfoque seguido por la jurisprudencia europea difiere sensiblemente del adoptado por la legislación estadounidense, aunque en general, las alianzas estratégicas son vistas con recelo por las autoridades comunitarias cuando tienden a la concentración del poder económico.²⁸

En el caso SHV-Chevron²⁹ se trataba de la formación de un conjunto de empresas destinadas a la distribución de productos petrolíferos, en las que participaban una sociedad holandesa, con actividades relativamente diversificadas, y una firma norteamericana, dedicada fundamentalmente a la producción y distribución de petróleo. La inversión conjunta llevaba a la eliminación de la firma holandesa del sector de distribución de productos petrolíferos, limitando asimismo las actividades de su socia estadounidense que pudieran competir con las emprendidas por la nueva cadena de distribución. La Comisión Europea consideró que la empresa conjunta suponía una verdadera concentración entre las firmas participantes y sus subsidiarias comunes, en materia de distribución de los productos involucrados, lo cual excluía tal emprendimiento del marco del art. 85 TCEE.

Asimismo, dado que las empresas participantes no contaban con una posición dominante en el mercado afectado por la inversión conjunta, se consideró también inaplicable el art. 86 del mismo Tratado. Resulta así que una empresa conjunta resulta excluida si las prohibiciones previstas en la legislación comunitaria, si supone una concentración relativamente estable, aunque parcial, entre las firmas participantes, y si la mag-

²⁷ CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo, *op. cit.*, p. 637.

²⁸ BAYLOS CARROZA, Hermenegildo, *Tratado de Derecho Industrial. Propiedad Industrial, Propiedad Intelectual, Derecho de la Competencia Económica, Disciplina de la Competencia Desleal*, Editorial Civitas, Madrid, 1978, p. 282.

²⁹ *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* (en adelante JOCE), 1975, L. 38/14, *ibidem*, p. 638.

nitud de tal concentración, en relación con la oferta existente en el mercado relevante, no supone lesionar significativamente la competencia. Frente a los criterios desarrollados por la jurisprudencia estadounidense en esta materia, puede afirmarse que una empresa conjunta del tipo evaluado en el caso SHV-Chevron, precedentemente citado, caería bajo la prohibición dispuesta por el art. 7 de la Ley Clayton, pues supone no sólo alterar una posible competencia potencial, sino eliminar en forma expresa la concurrencia ya existente entre los participantes en la citada empresa.

En los casos en que una inversión conjunta resulta incluida en el art. 85 TCEE, por no existir las causales de exclusión antes mencionadas, la Comisión Europea ha aplicado en repetidas oportunidades el inciso 3 del mencionado artículo, a fin de convalidar esa forma de asociación en virtud de sus efectos positivos sobre el progreso técnico y económico. Así, en el caso Vacuum Interrupters³⁰, una empresa conjunta entre dos firmas dedicadas a la fabricación de equipos eléctricos pesados, dirigida a producir un nuevo tipo de interruptores, fue considerada en principio, como anticompetitiva frente al inciso I del art. 85, dado que implicaría que, respecto de ese tipo de equipos, las firmas participantes no competirían entre sí. No obstante, la cooperación empresarial en cuestión fue aprobada, como favorable a los propósitos contemplados en el inciso 3 del art. 85 del Tratado de Roma, pues la Comisión consideró que las firmas participantes no hubieran podido desarrollar los interruptores especiales en forma separada, debido a las dificultades técnicas y costos involucrados.

En el caso De Laval-Storl,³¹ la inversión conjunta tenía lugar entre una empresa holandesa que suministraba parte de sus instalaciones, y una firma estadounidense que contribuía con conocimientos técnicos, a fin de producir turbinas y compresores de gran capacidad. Esta forma de asociación fue considerada anticompetitiva, por limitar el número de oferentes respecto de tales equipos. Sin embargo, se la calificó como lícita

³⁰ JOCE, 1977, L. 48/32, *ibidem*, p. 639.

³¹ JOCE, 1977, L. 215/11 *ibidem*.

ta, ante el criterio de justificación previsto en el inciso 3 mencionado, debido a que permitía un mayor flujo de conocimientos al mercado Común Europeo y evitaba la duplicación antieconómica de capacidad instalada. Resulta interesante observar que, tal como en otros casos de exenciones otorgadas bajo esa fracción, la autorización concedida estaba subordinada a diversas condiciones impuestas a las firmas participantes en relación a la empresa conjunta, particularmente en relación con la duración de las licencias otorgadas en favor de la subsidiaria formada por las firmas participantes, y con la limitación de su carácter exclusivo en ciertos supuestos, a fin de permitir la utilización de tecnología transferida cuando la subsidiaria no pudiera atender los pedidos que se le formulaban.

Otros dos casos de inversiones conjuntas aprobadas conforme a la multicitada fracción 3, se relacionaban con empresas formadas a fin de actuar en el sector nuclear.³² La existencia de ventajas tecnológicas de importancia, a ser derivadas de la asociación de las participantes ha sido, en general, uno de los principales elementos tenidos en cuenta por la Comisión en esta materia.

Una acción conjunta dirigida a la fabricación de productos de penicilina, por el contrario, fue considerada contraria al art. 85 TCEE y no susceptible de justificación bajo el inciso 3 del citado artículo.³³ La Comisión estableció que la cooperación en materia de productos relativamente básicos llevaría también a la cooperación respecto de artículos fabricados en base a aquéllos y en relación con los productos finales, sectores en los que las empresas participantes de la inversión conjunta contaban con un sustancial poder de mercado. Como consecuencia de esta decisión, las citadas empresas reestructuraron su programa de cooperación sustituyéndolo por contratos de suministro, de larga duración, los que fueron considerados válidos, frente a los criterios incluidos en el inciso 3.³⁴

³² Cfr. los casos KEWA, JOCE, 1976, L. 51/15 y GEC/Weir Sodium Circulators, JOCE, 1977, L. 32/36, *ibidem*. p. 640.

³³ Cfr. el caso Bayer/Gist-Brocades, JOCE, 1976, L. 30/13, *ibidem*.

³⁴ *Ibidem*.

Los tipos de alianza estratégicas analizados con mayor detalle por la legislación comunitaria europea son los siguientes:

Empresas de venta conjunta: Las consecuencias anticompetitivas de la coordinación de las ventas de dos o más empresas independientes mediante un joint venture de ventas son tales que dichas joint venture se consideran como una infracción a las disposiciones del art. 85.1 y tienen pocas probabilidades de obtener la exención que concede el art. 85.3 (excepto que se trate de empresas con poca participación en el mercado).

Empresas de producción conjunta: La Comisión examina caso por caso, cada uno de los acuerdos de joint venture. (...) En 1968 (Caso Vacuum Interrupters), dos empresas británicas crearon una joint venture, la Vacuum Interrupters Limited, para desarrollar, fabricar y vender un nuevo modelo de conmutador. Las empresas madre acordaron expresamente no competir con la Vacuum Interrupters Limited en relación con las actividades que le eran propias.

Después de la adhesión del Reino Unido a la CEE, la Comisión examinó el acuerdo y dictaminó que caía en el ámbito de aplicación del art. 85.1. En su decisión, la Comisión estableció:

"Se producirá una restricción a la competencia cuando dos empresas que son fabricantes en potencia y que operan en el mercado común fusionen sus actividades en el campo de la investigación, desarrollo, fabricación y venta mediante la creación de una joint venture, para un determinado producto, en tales condiciones que se priven a sí mismas de la posibilidad de desarrollar y vender su producto independientemente y en competencia entre sí."

Sin embargo, a la luz de las ventajas demostradas y del parecer de la Comisión, según la cual, en este caso, la cláusula era indispensable para la obtención de ventajas potenciales, esta última concedió la exención al amparo del art. 85.3.

Acuerdos de especialización: Uno de los medios por los que una empresa puede aumentar su capacidad, producción y escala que suponen los sistemas de producción a gran escala, con-

siste en celebrar acuerdos de especialización con otras empresas que se dediquen a actividades complementarias de fabricación. En virtud de tales acuerdos, cada empresa se compromete a especializarse en determinados campos de actividad. El problema de normativa de competencia que se plantea en relación con estos acuerdos se debe a la restricción implícita o incluso explícita, que contienen: las partes contratantes no competirán con las partes adjudicadas a la otra parte. A pesar de estas restricciones a la competencia, numerosos acuerdos de especialización pueden reunir las ventajas requeridas por el art. 85.3 para la concesión de una exención individual.

La comisión sigue una arraigada política de fomento de la especialización y cooperación, especialmente entre las PYMES. En 1968 publicó una comunicación sobre los acuerdos, decisiones y prácticas concertadas relativos a la cooperación entre empresas, en las que establece:

“La Comisión considera favorablemente la cooperación entre pequeñas y medianas empresas en la medida en que se pone a estas últimas en condiciones de trabajar en forma más racional y de aumentar su productividad y su competitividad en un mercado ampliado. Al tiempo que la Comisión estima que su tarea es facilitar, en concreto, la cooperación entre pequeñas y medianas empresas, reconoce asimismo que la cooperación entre las grandes empresas puede ser económicamente deseable sin provocar objeciones desde el punto de vista de la política de competencia.”

Por lo tanto, la actitud favorable de la Comisión de cara a la cooperación entre empresas no se limita a la cooperación entre las PYMES, puesto que también examinará minuciosamente todos los acuerdos de especialización y otros tipos de cooperación concluidos entre las empresas grandes.

La decisión de la Comisión en el asunto Bayer/Gist Brocades, referente a dos importantes multinacionales, constituye un buen ejemplo de la aparente preferencia de la Comisión por los acuerdos de especialización frente a otras formas de cooperación entre empresas. En su decisión, la Comisión se negó a conceder la exención de una joint venture entre ambas partes,

pero logró la exención cuando las partes propusieron un acuerdo de especialización.

Bayer y Gist-Brocades producían ambas penicilina y un derivado de la misma, el 6APA. Debido al crecimiento del mercado europeo de penicilina y sus derivados, estas empresas deseaban expandir su capacidad de producción y en un primer momento, propusieron crear un joint venture para producir tanto penicilina como 6APA. La Comisión se opuso, dado que hubiera acarreado una reducción del número de fuentes de abastecimiento de ambos productos. Sin embargo, la Comisión concedió una exención al acuerdo de especialización entre las partes, en virtud de la cual Bayer se comprometió a construir una planta para fabricar el 6APA para ambas empresas, y Gist Brocades una planta productora de penicilina para ambas empresas. La Comisión vió con mejores ojos este acuerdo de especialización que la propuesta joint venture, ya que significaba que tanto Bayer como Gist Brocades continuarían fabricando y vendiendo ambos productos.

Exención por categorías para determinado acuerdo de especialización: Después de la comunicación de la Comisión acerca de los acuerdos de cooperación de 1968, ésta aprobó el Reglamento 2779/72, que otorga una exención por categoría a determinadas categorías de acuerdos de especialización (El Reglamento 2779/72, fue ampliado y enmendado por los reglamentos 2903/77, 3604/82 y 417/85).

Los considerandos del reglamento 417/85 confirman el parecer de la Comisión estableciendo que:

3). Considerando que los acuerdos de especialización de la producción contribuyen en general a mejorar la producción o la distribución de los productos, dado que las empresas pueden concentrar sus actividades en la fabricación de determinados productos, trabajar así de forma más racional y ofrecer los productos a precios más ventajosos; que cabe esperar, dado el juego de una competencia efectiva, que los usuarios se beneficien equitativamente de las ventajas resultantes.

El artículo 1 otorga la exención por categoría a acuerdos por los que las empresas se comprometen de forma recíproca:

a) bien a no fabricar por sí mismas ni hacer fabricar determinados productos y a dejar a sus contratantes la fabricación o hacer fabricar estos productos;

b) bien a no fabricar ni hacer fabricar determinados productos más en común.

El artículo 2 permite a las partes acordar suministrarse los productos mutuamente, mantener niveles de calidad mínimos, mantener almacenamientos de cantidades mínimas y prestar servicios al cliente y de garantía.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que en virtud del art. 3, la exención por categoría se aplicará solamente cuando:

a) los productos objeto del contrato de especialización no representen más del 20% del mercado de tales productos en el mercado común o en una parte sustancial del mismo, y

b) el volumen total de los negocios realizados por las empresas participantes en conjunto no sobrepase cierta cantidad de ECUS.

El artículo 4 incluye el llamado "procedimiento de oposición".

Joint ventures de investigación y desarrollo: Hay una categoría de joint venture perfectamente definida que ha sido objeto de consideración detallada a la luz de la normativa de la competencia, se trata de las *joint ventures* concluidas entre dos o más empresas con fines de investigación y desarrollo de nuevos productos. El costo, complejidad y riesgo crecientes de la investigación y desarrollo están rebasando la capacidad incluso de las empresas más importantes. Esta investigación y desarrollo es además vital para el desarrollo de nuevos productos seguros, adecuadamente comprobados y técnicamente complejos para la innovación y para la salud general y la competitividad de la economía europea frente a la creciente competencia de los Estados Unidos y Japón.

A fin de repartir tanto el costo como los riesgos de la investigación y desarrollo, así como aunar ideas, las empresas intentan cada vez más concluir acuerdos con otras empresas que tengan objetivos similares y realicen actividades complementarias a fin de compartir riesgos de investigación y desarrollo. Por lo general, estos acuerdos entrañan ciertas restricciones a

la competencia; sin embargo, la Comisión, en sus decisiones de concesión de exenciones individuales, ha reconocido las ventajas que pueden desprenderse de estos acuerdos de investigación y desarrollo, así como su importancia para estimular la innovación y los avances económicos.

La comunicación de la Comisión de 1968 relativa a los acuerdos de cooperación establece el punto de vista de la Comisión según el cual los acuerdos de *joint venture*, cuyo único objetivo sea la investigación y desarrollo hasta la fase de aplicación industrial, no restringen por lo general el libre juego de la competencia.

Exención por categoría para determinados joint ventures de investigación y desarrollo: Considerando la importancia de las joint venture de investigación y desarrollo y el hecho de que constituyen una categoría relativamente bien definida de acuerdos que normalmente incluyen disposiciones similares, la Comisión sintió la necesidad de elaborar un Reglamento de exención por categoría para determinados tipos de joint ventures de investigación y desarrollo (Reglamento 418/85). Los considerandos del Reglamento 418/85 se refieren a las ventajas que pueden desprenderse de los joint ventures de investigación y desarrollo, y establecen lo siguiente:

4) (...) "Considerando que la cooperación en materia de investigación y desarrollo y de explotación en común de los resultados contribuye en general a promocionar el progreso técnico y económico, difundiendo más ampliamente los conocimientos técnicos entre las partes, evitando las duplicidades en los trabajos de investigación y desarrollo, estimulando los nuevos progresos gracias al intercambio de conocimientos complementarios y permitiendo una mejor racionalización en la fabricación de los productos o en la utilización de los procedimientos derivados de la investigación; (...)"

El Reglamento es sumamente complejo y contiene numerosas definiciones técnicas. Su estructura es parecida a los demás reglamentos de la Comisión de exención por categoría. Las disposiciones básicas se recogen en los primeros seis artículos que definen su ámbito de aplicación (artículo 1) Las

condiciones de su aplicación (artículos 2 y 3), las restricciones a la competencia que pueden incluirse en el acuerdo pero que resultarían exentas según el reglamento (artículo 4), las obligaciones que por lo general no se consideran restricciones a la competencia (artículo 5), y las disposiciones cuya inclusión en un acuerdo de investigación y desarrollo excluyen al acuerdo del ámbito de aplicación del reglamento (artículo 6). Finalmente, el artículo 7 incluye un llamado procedimiento de oposición.

El artículo 1 establece que el artículo 85.1 del Tratado no se aplicará a los acuerdos concluidos entre dos o más empresas que tengan por objetivo:

a) la investigación y desarrollo en común de productos o procedimientos, así como la explotación en común de resultados, o

b) la explotación en común de los resultados obtenidos en la investigación y desarrollo de productos o de procedimientos, efectuadas en común en virtud de un acuerdo ratificado anteriormente por la misma empresa, o

c) la investigación y desarrollo en común de productos o procedimientos, con exclusión de la explotación en común de sus resultados, en la medida en que queden sometidos bajo la prohibición del apartado I del artículo 85.

Sin embargo, se concede únicamente la exención si se cumplen las condiciones fijadas por los artículos 2 y 3. Estas incluyen, inter alia, la exigencia que el trabajo de investigación y desarrollo esté definido en un programa. Cuando las partes no sean fabricantes competidores en el momento de ratificarse el acuerdo, la exención sólo se aplicará durante un periodo de ejecución del programa de investigación y desarrollo, y en caso de explotación de los resultados, durante un periodo de cinco años a contar a la fecha de la primera comercialización de los productos considerados en el contrato en el interior del mercado común. Cuando sean al menos dos de las partes fabricantes competidoras, la exención no se aplicará si, en el momento de ratificarse el acuerdo, la participación de las partes en el mercado supera el 20%.³⁵

³⁵ PICKARD, Stephen, *Iniciación a la política de competencia de la Comunidad Económica Europea*, Editorial Cívitas, Madrid, 1986, pp. 120 a 130.

5. LAS ALIANZAS ESTRATÉGICAS EN EL DERECHO DE LA COMPETENCIA MEXICANA

Las alianzas estratégicas no están expresamente incluidas como tales dentro de la reciente LFCE. Sin embargo, muchas de las consideraciones vertidas acerca de su inclusión en el derecho de la competencia estadounidense y comunitario pueden hacerse extensivas al derecho mexicano, para completar la laguna existente en nuestro derecho al respecto, motivado también por los pocos pronunciamientos al respecto del órgano mexicano de la competencia, la Comisión Federal de Competencia.

Las alianzas estratégicas, en sí mismas consideradas, no pueden incluirse ni como prácticas monopólicas absolutas ni relativas (arts. 9 y 10 LFCE). Sin embargo, los efectos que las mismas puedan tener sobre el mercado (lo cual dependerá de los términos en que se convenga la alianza) sí pueden tener efectos anticompetitivos, si por virtud de las alianzas se incurre en alguna de las prácticas monopólicas prohibidas por la Ley, como serían la fijación de precios o el reparto de mercados, conductas prohibidas por las fracciones I y III del art. 9, y I y II del art. 10 LFCE.

Debido a que las alianzas pueden asumir sinnúmero de modalidades en cuanto a los términos de su negociación, los efectos que las mismas pueden tener sobre el mercado admitirá gran variedad de conductas anticompetitivas, que no pueden analizarse caso por caso en el presente trabajo, por no ser el objeto del mismo el análisis de todas las cláusulas contractuales que pueden incorporarse en una agrupación de empresas, sino los problemas que conllevan las alianzas en sí mismas, consideradas como tales, es decir, como alianzas estratégicas, al margen de las condiciones particulares que adquieran algunas de ellas.

Por lo anterior, para conocer los efectos sobre la competencia de las alianzas consideradas en sí mismas, de acuerdo a la definición tomada en cuenta en el capítulo II de esta investigación, debemos acudir a un concepto distinto dentro de la LFCE al de las prácticas monopólicas para analizar los efectos per-

turbadores de la libre concurrencia de una alianza estratégica: nos estamos refiriendo a las concentraciones.

El artículo 16 LFCE define a las concentraciones como "La fusión, adquisición del control o cualquier acto por virtud del cual se concentren sociedades, asociaciones, partes sociales, fideicomisos o activos en general que se realice entre competidores, proveedores, clientes o cualesquiera otros agentes económicos".

El tema de las concentraciones no fue considerado por el legislador de la Ley Orgánica del artículo 28, en virtud de que estrictamente se trata de un tema que no está incluido directamente en el texto del artículo 28 constitucional. Sin embargo, nos parece evidente que una correcta interpretación del espíritu del precepto constitucional en cuestión, no podía pasar por alto la existencia de un fenómeno tan importante y que eventualmente puede influir enormemente en la economía nacional, como es el de las concentraciones.(...)

Para que las concentraciones puedan ser objeto de impugnación y sanción por parte de la autoridad administrativa (la Comisión), se requiere que su objeto o efecto sea "disminuir, dañar o impedir la competencia y la libre concurrencia: respecto de bienes o servicios iguales, similares o sustancialmente relacionados."

No toda concentración (y por ende, no toda alianza estratégica), puede considerarse como violatoria de la ley y acreedora a las sanciones que la misma previene. Algunos indicios, sin embargo, deben guiar el criterio de las autoridades para justificar que se lleve a cabo una investigación sobre la existencia de concentraciones y, eventualmente, violaciones a la ley. Estos son los criterios establecidos por el artículo 17 de la ley, que establece:

I. Que el acto o tentativa de concentración confiera o pueda conferir al fusionante, la adquiriente o agente económico resultante de la concentración, el poder de fijar precios unilateralmente o de restringir sustancialmente el abasto o suministro en el mercado relevante, sin que los agentes competidores puedan, actual o potencialmente, contrarrestar dicho poder.

II. Que el acto o tentativa de concentración tenga o pueda tener por objeto indebidamente desplazar a otros agentes económicos, o impedir el acceso al mercado relevante.

III. Que el acto o tentativa de concentración tenga por objeto o efecto facilitar sustancialmente a los participantes en dicho acto o tentativa el ejercicio de las prácticas monopólicas a que se refiere el capítulo segundo de la ley."

En materia de concentraciones, la Comisión queda facultada para sujetar la concentración, cuando se dan los efectos anteriores, al cumplimiento de las condiciones que la propia Comisión establezca y ordenar la desconcentración parcial o total, así como la terminación del control o la supresión de los actos, según corresponda³⁶

Una alianza estratégica entra perfectamente dentro de la definición de concentraciones que hace la LFCE en su artículo 16, puesto que siempre implica o una adquisición de control (si la alianza tiene por objeto la toma de control de determinada empresa) o cuando menos, y más frecuentemente, un acto (el acto por el cual se materializa la alianza), por el que se concentran sociedades (las sociedades parte de la alianza), asociaciones, partes sociales (si alguno o los dos agentes integrantes de la alianza son sociedades de responsabilidad limitada), acciones, fideicomisos (si se afectan en fideicomiso los activos sobre los cuales va a recaer la agrupación de empresas) o activos en general (las alianzas pueden recaer sobre gran variedad de activos; marcas, tecnología, instalaciones productivas, etc.) entre competidores (las alianzas frecuentemente se realizan entre competidores), proveedores (piénsese en el caso estudiado de los consorcios), clientes (para exigir mejores condiciones de compra, una asociación de compradores) o agentes económicos (las partes en una alianza estratégica son siempre agentes económicos a los efectos de la LFCE).

Ahora bien, para que la alianza sea impugnabile se requiere que la misma tenga efectos anticompetitivos, de acuerdo a los

³⁶ PATINO MANFER, Ruperto, *Breves comentarios acerca de la Ley Federal de Competencia Económica*, Revista Ars Iuris, número 10, México, 1993, pp. 300 y 301.

indicios que prevé el artículo 17, y a los efectos que menciona el artículo 16, ambos de la LFCE.

Los efectos restrictivos sobre la competencia de las agrupaciones de empresas depende, en buena medida, del tipo de alianza de que se trate, como ya se ha examinado según el objeto que persiga la alianza. Una alianza de investigación y desarrollo suele tener menos efectos anticompetitivos que una agrupación entre competidores con poder sustancial en el mercado relevante.

En general, pueden considerarse como vistas con buenos ojos por el derecho de la competencia, las alianzas que: a/ busquen una mayor eficiencia competitiva de las pequeñas y medianas empresas que pretenden acceder en mejores condiciones a mercados controlados por las grandes empresas; b/ respuestas a presiones gubernamentales que consideran negativa una excesiva atomización de ciertos mercados (habitual en el mercado financiero); c/ la absorción por grandes empresas de otras más pequeñas con graves dificultades financieras o con serios atrasos tecnológicos; d/ las fusiones parciales de sectores (comercialización generalmente) de las empresas para responder a la reducción del mercado y/o a la reducción de protecciones gubernamentales que oblian a mayor competitividad.³⁷

Los casos anteriores de justificación de las alianzas interempresariales justifican en gran medida, no sólo la existencia, sino el fomento de este tipo de concentraciones, máxime si tomamos en cuenta la relativamente reciente firma del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, y el hecho de que las empresas extranjeras buscan asentamientos que, actuando en forma de cabezas de puente, le permitan comenzar nuevos mercados; por otro lado, las empresas mexicanas deben conseguir mayor competitividad ante el reto que representa la perspectiva de un mercado único en América del Norte.³⁸

³⁷ PÉREZ MIRANDA, Rafael, *Propiedad Industrial y Competencia en México*, Editorial Porrúa, México, 1994, pp. 217 y 218.

³⁸ GARDEAZÁBAL DEL RÍO, F. Javier, *La fusión en la Ley de Sociedades Anónimas en las sociedades de capital conforme a la nueva legislación*, Trivium Editorial, 3a. edición, Madrid, 1990, p. 784.

Otro requisito importante es que la agrupación de empresas tenga un potencial económico importante, como para poder afectar la libre competencia³⁹ lo cual no se suele dar cuando los agente económicos involucrados no se encuentren dentro de los umbrales del artículo 20 LFCE, que obliga a la notificación previa de aquellas concentraciones que sobrepasan cierto nivel de volumen de ventas o de concentración de activos.

Sobre el tipo de alianza, La Comisión ha expuesto pocos criterios que permitan servir de orientación para analizar los efectos pro o anticompetitivos que confluyen en una alianza estratégica.

En relación a los acuerdo estratégicos (que para estos efectos consideramos sinónimos de las alianzas estratégicas) y a convenios de investigación y desarrollo, la Comisión reconoce que los mismos son cada vez más frecuentes entre agentes económicos que interactúan tanto en mercados nacionales como internacionales. Dichos acuerdos y convenios responden a los intentos por parte de las empresas para proporcionar más y mejores productos y servicios, compartiendo riesgos y costos que de otra manera difícilmente podrían afrontar en forma individual. En general, la Comisión reconoce que dichos acuerdos y convenios son válidos. Sin embargo, cuando dichos acuerdos y convenios se realizan entre competidores, la Comisión vigila que su estructura no permita el intercambio de información para la fijación de precios o distribución de mercados.⁴⁰

Las cláusulas contractuales que la Comisión ha condicionado o limitado son las cláusulas de no competir, por las cuales las partes pactan abstenerse de competir con la sociedad resultante de la alianza estratégica, o bien se obligan a no competir entre sí. La segunda de ellas seguramente sería inválida, por una restricción injustificada a la competencia y posiblemente, un reparto de mercados, sancionables por la fracción III del artículo 9 o por las fracciones I y IV del artículo 10 LFCE.

³⁹ FRISCH PHILIPP, Walter, *Sociedad Anónima Mexicana*, Editorial Harla, México, 1994, p. 627.

⁴⁰ Comisión Federal de Competencia, *Informe Anual*, 1993-94, p. 29.

En cambio, la cláusula de no competencia con la sociedad, es considerada válida por la Comisión siempre y cuando estén limitados en cuanto a las personas que queden obligadas, el ámbito espacial en el que rige la disposición, los productos o servicios a que se refiere, y el tiempo durante el que estará vigente la obligación. Estos últimos elementos se analizan caso por caso, considerando la estructura y competidores en cada uno de los mercados. La Comisión analiza con cuidado aquellas cláusulas de no competir que contienen una duración de más de cinco años, o cuyo objetivo es la transferencia de canales de distribución u otros elementos similares, pues este tipo de cláusulas pudieran encubrir o implicar restricciones a la competencia.⁴¹

En algunas alianzas estratégicas analizadas por la Comisión han sido aprobadas, cuando no ponen en peligro la competencia (Caso Promotora Musical, S.A. de C.V., con Sanborns Hermanos, S. A.) al existir otros agentes económicos competidores ni haber barreras a la entrada al mercado relevante, así como cuando son consecuencia de la estructura del mercado relevante, la apertura económica y la internacionalización (Caso Fems Cerveza, S. A. de C. V., con John Labatt, LTD.).⁴²

No se han encontrado, salvo las limitaciones a las cláusulas de no competencia, otros condicionamientos impuestos por la Comisión a los agentes económicos involucrados en una alianza estratégica.

⁴¹ *Ibidem*.

⁴² Comisión Federal de Competencia, *Informe Anual 1994-95*, pp. 31 a 33 (Caso Promotora Musical, S. A de C. V. con Sanborns Hermanos, S. A. y pp. 34 a 36, Caso Fems Cerveza, S.A. de C.V. con Jonh Labatt, Ltd.).