

Internacional

LA APLICACIÓN DEL TEST DE LAS PLENAS FUNCIONES TRAS *AUSTRIA ASPHALT*

Alfonso Gutiérrez Hernández y Alberto Pérez Hernández

Abogados del Área de Derecho Público, Procesal y Arbitraje de Uría Menéndez (Madrid)

La aplicación del test de las plenas funciones tras *Austria Asphalt*

Han pasado algo más de tres años desde que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea estableciera que el paso de control exclusivo a control conjunto sobre una empresa preexistente solo constituye una “concentración económica” si satisface el test de plenas funciones. Sin embargo, no parece que las autoridades de competencia hayan verificado esta autonomía funcional en todas las operaciones de adquisición de control conjunto sobre empresas preexistentes desde entonces.

Este artículo repasa la práctica decisoria reciente de la Comisión Europea y de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia para identificar y explicar las excepciones al test de plenas funciones.

PALABRAS CLAVE:

CONTROL DE CONCENTRACIONES, PLENAS FUNCIONES, EMPRESA EN PARTICIPACIÓN, EMPRESA PREEXISTENTE, ADQUISICIÓN A TERCEROS.

Application of the full-functionality test in the *Austria Asphalt* aftermath

It is now three years since the European Court of Justice ruled that a change of sole to joint control over a pre-existing undertaking amounts to an economic concentration insofar it meets the full-functionality test. However, competition authorities seem not to have always verified the full-function nature in all acquisitions of joint control over an existing company ever since.

This article examines the recent decisional practice of the European Commission and the Spanish Competition and Markets Authority in order to identify and explain exceptions to the full-functionality test.

KEY WORDS:

MERGER CONTROL, FULL-FUNCTIONALITY, JOINT VENTURE, PRE-EXISTING UNDERTAKING, ACQUISITION FROM THIRD PARTIES.

FECHA DE RECEPCIÓN: 17-9-2020

FECHA DE ACEPTACIÓN: 17-9-2020

Gutiérrez Hernández, Alfonso y Pérez Hernández, Alberto (2020). La aplicación del test de las plenas funciones tras *Austria Asphalt*. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 54, pp. 82-92 (ISSN: 1578-956X).

El análisis de las plenas funciones de una empresa en participación ("*joint venture*") juega un papel muy relevante en la aplicación de las normas sobre control de concentraciones en la Unión Europea. La razón es sencilla: la constitución o la adquisición de una empresa en participación con plenas funciones está sujeta a un control preventivo por parte de las autoridades de competencia como concentración económica, al amparo del Reglamento (CE) núm. 139/2004 (el "EUMR") y sus equivalentes en Derecho nacional, siempre que supere los umbrales mínimos de notificación. En cambio, si la empresa en participación no disfruta de autonomía funcional en el mercado (esto es, no es "de plenas funciones"), la operación no constituirá una concentración económica (con independencia del tamaño y facturación de las partes). En este segundo caso podría quedar sujeta a un control *ex post* y de naturaleza sancionadora, en aplicación de los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, el Reglamento (CE) núm. 1/2003 y normas homólogas nacionales.

Esta cuestión exige certidumbre jurídica porque puede llevar a confusión acerca de un elemento fundamental en las operaciones de M&A, como es la de saber si existe obligación de notificar o no la operación. En *Groupe Lagardère / SNCF Participations / JV*¹, la Comisión Europea (la "CE") adoptó una de sus tres decisiones al amparo del artículo 6 (1) (a) EUMR desde la entrada en vigor de dicha norma. En ella, la CE determinó que la creación de una *joint venture* por parte de Lagardère Services y el Operador francés de infraestructuras ferroviarias no constituía una concentración económica porque la empresa en participación carecía de plenas funciones. Las partes habían previsto que la *joint venture* se dedicaría a la explotación de una serie de puntos de venta de tabaco, prensa y otros productos en estaciones francesas. Sin embargo, la CE concluyó que la empresa en participación carecía de autonomía funcional con respecto a sus matrices, ya que los activos (locales, personal), los permisos y licencias para la venta y la política comercial de la empresa en participación dependían en gran medida de sus matrices.

Por lo tanto, la decisión de si debe notificarse una empresa en participación ante las autoridades de defensa de la competencia parece exigir necesariamente una evaluación previa de sus plenas funciones en el mercado. No obstante, en la práctica reciente esto no ha sido siempre así, como veremos a continuación.

¹ Decisión de la CE de 25 de julio de 2014, asunto M.7253 – *Groupe Lagardère / SNCF Participations / JV*.

1. La Sentencia *Austria Asphalt* y las adquisiciones de control conjunto a terceros

El párrafo 91 de la Comunicación Jurisdiccional Consolidada de la Comisión Europea en materia de concentraciones económicas (la "CJN") señala que:

"La nueva adquisición de otra empresa por varias empresas que ejercen el control conjuntamente constituye, por tanto, una concentración con arreglo al Reglamento de concentraciones.

[...]

Así, una transacción en la que participen diversas empresas que adquieren a terceros el control conjunto de otra empresa o partes de otra empresa, que cumpla los criterios establecidos en el apartado 24, constituirá una concentración con arreglo al artículo 3, apartado 1, sin que sea necesario considerar el criterio de plenas funciones."

Estos párrafos se interpretaban tradicionalmente en el sentido de que cualquier adquisición de control conjunto sobre una empresa *preexistente* (por oposición a la constitución de una empresa en participación de nueva creación) se consideraba *siempre* una concentración económica. Se consideraba que la empresa preexistente cumplía por definición la condición de las "plenas funciones" al tratarse de una empresa ya presente en el mercado.

No obstante, el 7 de septiembre de 2017, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (el "TJUE" o el "Tribunal") dictó sentencia en el asunto C-248/16 *Austria Asphalt*, por la que se resolvió una cuestión prejudicial relativa a la interpretación de las normas europeas sobre control de concentraciones (la "Sentencia"). El TJUE estableció que solo *"se entenderá que se produce una concentración como resultado del cambio de naturaleza del control ejercido sobre una empresa existente, que deja de ser exclusivo y pasa a ser conjunto, si la empresa en participación resultante de tal operación desempeña de forma permanente todas las funciones propias de una entidad económica autónoma"* (párrafo 35 de la Sentencia).

En otras palabras: el TJUE aclaró que el test de las plenas funciones, como requisito necesario de la existencia de una concentración económica en casos de empresas en participación, debía de verificarse y satisfacerse específicamente también en las operaciones consistentes en el paso de control exclusivo a conjunto de una *empresa existente*. Es decir, este tipo de operaciones de toma de control conjunto sobre una empresa ya presente en el mercado no se presumían automáticamente concentrativas, sino que (al igual que la constitución *ex novo* de una *joint venture*) también debían satisfacer el test jurídico de las plenas funciones.

Sin embargo, la regla resulta menos clara de lo que parece a primera vista. Resulta indiscutible que la Sentencia se refiere a un supuesto de hecho consistente en el paso del 100% a un 50% / 50% de la titularidad de una empresa ya existente, en la que el antiguo propietario permanece como socio de control. Ahora bien, ¿qué ocurre con la adquisición de control conjunto sobre una empresa preexistente en la que el vendedor no permanece como socio de control? La pregunta

es relevante no solo porque este supuesto de hecho no se examinó en *Austria Asphalt*, sino también porque el párrafo 91 de la CJN se refiere expresamente a este supuesto (“*diversas empresas que adquieren a terceros el control conjunto de otra empresa*”) como base de la presunción de las plenas funciones y, por tanto, como excepción a la obligación de realizar el análisis caso por caso.

Nótese que la Sentencia omite toda referencia a la CJN y, en particular, a la adquisición “a un tercero” como justificación para eludir el test de las plenas funciones. Es cierto que el supuesto de hecho no lo exigía, ya que el caso consistió en una operación de cambio de control exclusivo a control conjunto sobre una fábrica de asfalto, en la que el vendedor permanecía como socio de control (esto es, no se adquiría control conjunto “a un tercero”, sino a la otra entidad co-controlante). Sin embargo, algunos autores han apuntado que el razonamiento del Tribunal sugiere una aplicación generalizada del test de plenas funciones a *todas* las empresas en participación preexistentes². El argumento fundamental en *Austria Asphalt* es que la adquisición de control conjunto sobre una empresa solo surtiría efectos en la estructura del mercado si la empresa objetivo ejerce de forma duradera todas las funciones de una entidad económica autónoma (párrafo 24 de la Sentencia). A esos efectos, resultaría indistinto si esa empresa ha sido adquirida “a un tercero” o no.

Es llamativo que el Tribunal de Justicia siguiera las Conclusiones de la Abogada General, salvo en este concreto matiz. Las Conclusiones de la Sra. Kokott abogaban por la aplicación del test de plenas funciones a los supuestos de cambio de control exclusivo por parte de un grupo empresarial a control conjunto “*por ese mismo grupo y otro, diferente e independiente de aquel*”, pero el Tribunal eliminó ese inciso de su pronunciamiento³.

Tres años después de la publicación de la Sentencia, podemos comprobar que las autoridades de la competencia no han aplicado el test de las plenas funciones a todas las operaciones de adquisición de control conjunto sobre empresas preexistentes que han examinado. Por ello, vamos a tratar de identificar las excepciones al test de plenas funciones y establecer aquellos grupos de casos en los que se exige y en los que no. Nos centraremos en la práctica decisoria de la CE y de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (la “CNMC”), a partir la publicación de *Austria Asphalt*.

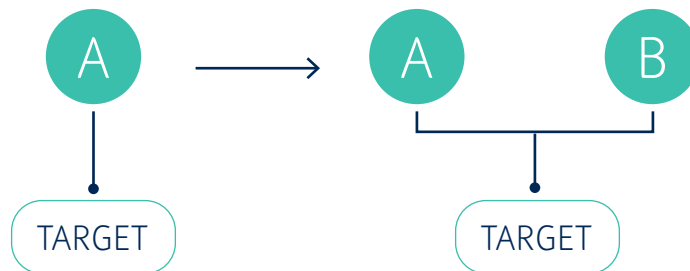
2. La práctica decisoria reciente de la CE y de la CNMC

A continuación, estableceremos los cuatro grupos de casos que ordenan las distintas modalidades de adquisiciones de control conjunto sobre una empresa preexistente: (i) el paso de control exclusivo a control conjunto, (ii) la adquisición de control conjunto sobre una empresa controlada por un tercero, (iii) la combinación de dos negocios controlados hasta entonces en exclusiva y (iv) el paso de control conjunto a control conjunto con otros nuevos socios. Para cada uno de ellos, analizaremos si la práctica decisoria de la CE y de la CNMC es constante y si se ha alineado con lo dictaminado por el Tribunal en *Austria Asphalt*.

² RUDOLF, Lars-Peter, “Austria Asphalt: Only Full-function Joint Ventures Subject to Review Under the EUMR”, en *Journal of European Competition Law & Practice*, 2018, Vol. 9, núm. 2.

³ Cfr. párrafo 48 de las Conclusiones de la Abogada General y párrafo 35 de la Sentencia del Tribunal.

2.1. Paso de control exclusivo a control conjunto sobre una filial



La CE aplica sistemáticamente el test de las plenas funciones cuando alguno de los adquirentes de control conjunto ya tuvieran previamente control exclusivo sobre la empresa objetivo desde *Austria Asphalt*. La consolidación de este criterio es bienvenida, debido a que hasta entonces la CE no siempre había aplicado el criterio de las plenas funciones para determinar si este grupo de casos está sujeto a notificación o no.

Por ejemplo, en *Hammerson / Irish Life / Ilac Shopping Centre* (2016)⁴, la Comisión autorizó la adquisición de control conjunto por Hammerson e Irish Life sobre un centro comercial en el centro de Dublín, en el que Irish Life ya contaba con una participación del 50%. En aquella ocasión no analizó las plenas funciones de la empresa en participación, sino que lo definió como la adquisición de control conjunto sobre los activos al amparo del artículo 3(1)(b) EUMR.

En otras palabras, para descartar que una adquisición de control conjunto esté sujeta a notificación, las partes debían asegurarse de que la operación no cumplía ninguno de los dos test de posible aplicación:

- la operación no daba lugar a la creación de una empresa en participación con plenas funciones (artículo 3(4) EUMR), y
- la operación tampoco daba lugar a la adquisición indirecta, a través de una *joint venture*, de activos con presencia en el mercado (artículo 3(1)(b) EUMR).

Sin embargo, la práctica decisoria de la CE desde *Austria Asphalt* sugiere la aplicación generalizada del test de plenas funciones a los casos de paso de control exclusivo a control conjunto. Continuemos con el ejemplo de los centros comerciales. En *Lifeco / Hammerson / Swords Pavilions* (2019)⁵, la Comisión analizó la adquisición de control conjunto por parte de Hammerson y Great-West Lifeco sobre Swords Pavilions, un centro comercial situado en el Norte de Dublín, y sobre el que Hammerson ya tenía control exclusivo. La Comisión sí verificó las plenas funciones de la *joint venture* y concluyó que la operación constituía una concentración económica.

⁴ Decisión de la CE de 14 de diciembre de 2016, asunto M.8229 – *Hammerson / Irish Life / Ilac Shopping Centre*.

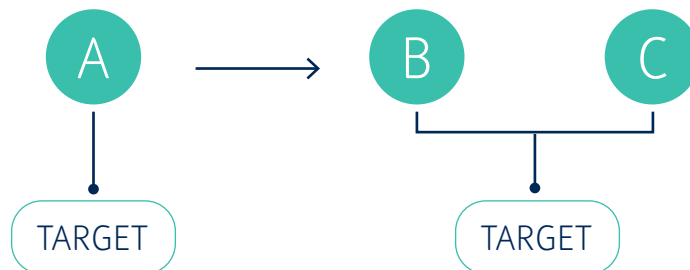
⁵ Decisión de la CE de 29 de marzo de 2019, asunto M.9195 – *Lifeco / Hammerson / Swords Pavilions*.

Del mismo modo, la Comisión ha verificado la existencia de plenas funciones en operaciones de paso de control exclusivo a conjunto en otros muchos sectores: seguridad⁶, infraestructuras⁷, *software* para empresas⁸ o siderúrgico⁹.

Por su parte, la CNMC no habría motivado expresamente las plenas funciones de varias operaciones recientes de paso de control exclusivo a conjunto, si bien la mayoría de ellas fueron notificadas mediante el formulario abreviado¹⁰. Por ejemplo, en *OCP International Coöperative U.A. / Sr. Martín Blesa / Fertinagro Biotech S.L.*¹¹, se analizó el paso de control exclusivo por parte del Sr. Martín Blesa a control conjunto con OCP International Coöperative U.A. sobre Fertinagro Biotech, S.L. La CNMC no analizó las plenas funciones de la empresa objetivo, sino que se limitó a afirmar que la operación constituye una concentración económica al amparo del artículo 7(1)(c) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (la "LDC").

A la vista de lo anterior, puede concluirse que la práctica decisoria de la CE y de la CNMC es coherente en la aplicación del concepto de concentración a este grupo de casos. La adquisición de control conjunto en la que el vendedor retiene control sobre la empresa objetivo solo está sujeta a notificación si satisface el test de plenas funciones, en línea con lo dictaminado en *Austria Asphalt*.

2.2. Adquisición de control conjunto sobre una empresa controlada por un tercero



La práctica decisoria de la CE desde la publicación de *Austria Asphalt* confirma la vigencia de la excepción en el párrafo 91 de la CJN, esto es, inaplicación del test de plenas funciones en los supuestos en que se adquiere *a terceros* el control conjunto de una empresa preexistente. Así lo declaró

6 Decisión de la CE de 19 de febrero de 2020, asunto M.9559 – *Telefónica / Prosegur / Prosegur Alarmas España*.

7 Decisión de la CE de 6 de julio de 2018, asunto M.8894 – *ACS / Hochtief / Atlantia / Abertis Infraestructuras*. Nótese que la operación autorizada en esta decisión consistía en el paso de control exclusivo por parte de ACS a control conjunto con Atlantia (párrafo 18 de la decisión).

8 Decisión de la CE de 22 de agosto de 2018, asunto M.8984 – *HG / Vista / Allocate*.

9 Decisión de la CE de 28 de marzo de 2019, asunto M.9317 – *Arcelormittal / CLN / Ilva SSSC*. Debe puntualizarse que los activos, formalmente titularidad de Ilva, estaban bajo control exclusivo de ArcelorMittal en virtud de un contrato de arrendamiento anterior a esta concentración (párrafo 8 de la decisión).

10 Resoluciones del Consejo de la CNMC de 19 de diciembre de 2019 e informe y propuesta en el expediente C-1084/19 *CRBC / Europe Bridgesroads / Grupo Puentes*; de 14 de febrero de 2019, en el expediente C-1006/19 *Alantra / Frías de Ponferrada / Frías* y de 5 de julio de 2018, en el expediente C-0946/18 *Magnum / European IO-N / Aire*.

11 Resolución del Consejo de la CNMC de 5 de julio de 2018 en el expedientes C-0948/18 *OCP International Coöperative U.A. / Sr. Martín Blesa / Fertinagro Biotech S.L.*

expresamente, por ejemplo, en sus decisiones de 21 de noviembre de 2017, en el asunto M.8640 *CVC / Blackstone / Paysafe*; y de 23 de octubre de 2019 en el asunto M.9387 *Allied Irish Banks / First Data Corporation / Semeral*. Tomemos a título ilustrativo un extracto de la última de ellas:

“(5) Although Semeral has no activities other than being the holding company for Payzone, Payzone is a business with a market presence to which market turnover can be clearly attributed and hence, as clarified in paragraph 24 of the Consolidated Jurisdictional Notice (“CJN”),⁵ it constitutes an undertaking within the meaning of the Merger Regulation.

(6) Following completion of the Transaction, the Notifying Parties would acquire joint control of Augmentum, Semeral, and Payzone. [...]

(7) As neither of the Notifying Parties exerted previously any form of control over Semeral (or Payzone), the transaction qualifies as an acquisition of control by third parties pursuant to paragraph 91 of the CJN.

(8) In light of the above, the transaction constitutes a concentration within the meaning of Article 3(1)(b) of the Merger Regulation”.

Como se puede comprobar, la CE sigue aplicando el artículo 3(1)(b) EUMR a aquellas adquisiciones de control conjunto en las que ninguno de los adquirentes de control conjunto tuviera previamente control sobre la empresa objetivo, adquiriendo dicho control de un “tercero” (el vendedor) que no permanece en la empresa. En tales casos, la operación se considera una concentración económica con independencia de si la empresa objetivo operará con autonomía funcional o no. Bastará con que tenga presencia en el mercado (párrafo 24 CJN).

A mayor abundamiento, cabe destacar que el 20 de diciembre de 2018, dos jefes de unidad y dos instructores de la Dirección General de Competencia de la CE publicaron un artículo sobre el test relevante tras el caso *Austria Asphalt*¹². Los funcionarios opinaban que el párrafo 91 de la CJN no se ve necesariamente contradicho por la interpretación del TJUE. Por ello, consideraban que las adquisiciones de control conjunto a terceros serían una concentración sin necesidad de analizar las plenas funciones de la empresa objetivo.

Esto ha permitido a la CE seguir analizando operaciones en las que se adquirió control conjunto de un tercero sobre activos cuyas plenas funciones podrían ser cuestionables. En *SABA Portugal / EGIS Portugal / Viseu Car Park*¹³, se analizó la adquisición de control conjunto sobre una concesión del Ayuntamiento de Viseu (Portugal) para la explotación de áreas de estacionamiento de vehículos. En *Oaktree / Pimco / Real Estate Portfolio*¹⁴, la CE retuvo jurisdicción para analizar una concentración económica consistente en la adquisición de control conjunto a un tercero sobre una cartera de aproximadamente treinta locales comerciales en Polonia. Finalmente, en *Mirova / GE*

¹² CARPI BADIA, Josep María.; BROCKHOFF, Julia; ANDRÉS VAQUERO, Marta; y ZEDLER, Marc, “Jurisdictional test(s) applicable to acquisitions of joint control / joint ventures in light of Jurisdictional test(s) applicable to acquisitions of joint control / joint ventures in light of the ECJ’s Austria Asphalt judgment”, en *Competition merger brief*, número 2/2018, págs. 1-5.

¹³ Decisión de la CE de 1 de marzo de 2019, asunto M.9083 – *SABA Portugal / EGIS Portugal / Viseu Car Park Assets*.

¹⁴ Decisión de la CE de 23 de noviembre de 2017, asunto M.8861 – *Oaktree / Pimco / Real Estate Portfolio*.

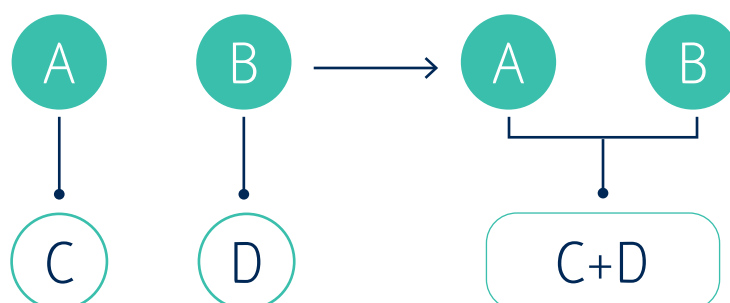
/ *Desarrollo Eólico Las Majas*¹⁵, la CE consideró como concentración económica la adquisición de control conjunto sobre varios parques eólicos en Aragón.

La práctica de la CNMC ofrece también algunos ejemplos de adquisición de control conjunto a un tercero. Por ejemplo, en *Optrust / Loma / Macquarie / Activos Fotovoltaicos* y en *Optrust / Loma / Macquarie / Activos Fotovoltaicos II*¹⁶, la CNMC analizó la adquisición de control conjunto sobre dos paquetes de plantas fotovoltaicas a terceros (Solarpark y Aleph Capital, respectivamente). En ambas resoluciones se concluye la existencia de una concentración sin analizar las plenas funciones de los activos adquiridos. Esta práctica estaría en línea con la de la CE, ya que no considera necesario analizar las plenas funciones de los activos adquiridos a terceros. De este modo, estaría aplicando implícitamente la excepción contenida al final del párrafo 91 de la CJN.

No se pone en duda que todas las operaciones anteriormente descritas satisfacen *a priori* los requisitos exigibles a la adquisición de activos para ser una concentración, esto es, el de constituir "una actividad con presencia en el mercado, a la que puede asignarse claramente un volumen de negocios de mercado" (párrafo 24 de la CJN). Sin embargo, sería cuestionable que estos activos *por sí solos* cumplieran adicionalmente con el test de autonomía funcional en el mercado, por lo que su adquisición podría no estar sujeta a notificación si el vendedor retuviera control conjunto sobre ellos. El hecho de que unos mismos activos puedan constituir o no una concentración económica en función de si el vendedor retiene o no control sobre ellos genera una cierta inconsistencia en el concepto de concentración económica, noción clave en la determinación de la obligación de notificar ante las autoridades de competencia europeas.

A la vista de lo anterior, cabe concluir que la práctica decisoria de la CE y de la CNMC está alineada, en el sentido de aplicar la excepción prevista en el párrafo 91 de la CJN. La adquisición de control conjunto sobre una empresa a un tercero está sujeta a notificación siempre que se adquieran activos que tengan una presencia en el mercado, sin que sea necesario analizar sus plenas funciones.

2.3. Adquisición de control conjunto por la puesta en común de negocios anteriormente controlados en exclusiva por las matrices



15 Decisión de la CE de 3 de enero de 2018, asunto M.8716 – *Mirova / GE / Idesamgar / Idesamgar 1*.

16 Resoluciones del Consejo de la CNMC de 28 de marzo de 2019 e Informes Propuesta en los expedientes C-1017/19 *Optrust / Loma / Macquarie / Activos Fotovoltaicos* y C-1018/19 *Optrust / Loma / Macquarie / Activos Fotovoltaicos II*.

Desde la publicación de *Austria Asphalt*, la CE también ha aplicado de forma generalizada el test de las plenas funciones a este grupo de casos. Parece una consecuencia necesaria de la jurisprudencia fijada por el Tribunal, ya que la puesta en común de los activos controlados hasta entonces de forma exclusiva por sus respectivas matrices guarda identidad de razón con el supuesto analizado en su Sentencia. La única diferencia es la reciprocidad: A comparte el control sobre sus activos en un determinado mercado con B y viceversa. Nótese además que el párrafo 92 de la CJN ya clarifica esta cuestión:

“El criterio de plenas funciones delimita, por tanto, la aplicación del Reglamento de concentraciones en el caso de creación de empresas en participación por las partes, independientemente de si tal empresa en participación se crea a partir de cero o si las partes aportan a la empresa en participación activos que anteriormente poseían individualmente. En estas circunstancias, la empresa en participación debe cumplir el criterio de plenas funciones para constituir una concentración” (énfasis añadido).

Así, por ejemplo, la CE ha evaluado recientemente las plenas funciones de la puesta en común de multitud de negocios, como el transporte aéreo¹⁷, los vehículos de uso compartido¹⁸, la energía¹⁹ o la salud²⁰. En cambio, no hemos identificado ejemplos en los que la Comisión haya omitido el análisis de las plenas funciones para este grupo de casos desde *Austria Asphalt*.

Por su parte, la CNMC ha tenido ocasión de analizar alguna operación reciente de combinación de negocios. Por ejemplo, en *Covetrus / Distrivet*²¹ se analizó la combinación de los negocios ibéricos de salud animal de ambos operadores y la adquisición de control conjunto sobre la *joint venture* resultante. En su Informe y Propuesta de Resolución, la CNMC razona la existencia de control conjunto sobre la nueva entidad. Sin embargo, no se recoge ningún argumento que justifique las plenas funciones de la *joint venture*.

A la vista de lo anterior, la CE parece consistente al analizar las plenas funciones de las operaciones comprendidas en este grupo de casos. Por su parte, no se puede concluir si la CNMC las analiza o no, dado que este dato no trasciende en sus resoluciones publicadas.

17 Decisión de la CE de 23 de julio de 2019, asunto M.9062 – *Fortress Investment Group / Air Investment Valencia / JV*.

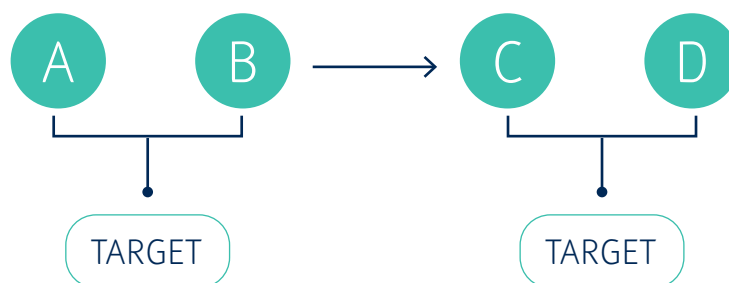
18 Decisión de la CE de 7 de noviembre de 2018, asunto M.8744 – *Daimler / BMW / Car Sharing JV*.

19 Decisión de la CE de 28 de febrero de 2019, asunto M.8773 – *Letterone / BASF / Wintershall DEA*.

20 Decisión de la CE de 13 de febrero de 2019, asunto M.8941 – *EQT / Widex / JV*.

21 Resolución del Consejo de la CNMC de 26 de marzo de 2020 e informe propuesta en el expediente C-1101/20, *Covetrus / Distrivet*, párrafos 4 y 8-12.

2.4. Control conjunto por diferentes socios



Finalmente, cabe considerar cómo ha evaluado la CE los supuestos en los que sigue existiendo control conjunto sobre la empresa existente, pero con diferentes socios. De acuerdo con la lógica del párrafo 91 de la CJN, debería evaluarse la autonomía funcional de la *joint venture* siempre que, al menos, permanezca alguno de los socios de control tras la operación. En cambio, cuando se produzca un cambio de todos los socios de control conjunto, la situación sería análoga a la adquisición a un único tercero y, en la lógica del párrafo 91 de la CJN, no deberían analizarse las plenas funciones de la empresa preexistente.

Por ejemplo, en *Rubis / Phillips 66 / Zeller* \varnothing *CIE*²², la CE analizó el paso de control conjunto por Phillips 66 y Shell Deutschland Oil GmbH a control conjunto entre Phillips 66 y Rubis Terminal sobre la empresa Zeller. En este caso, la Comisión concluyó que Zeller era una empresa con plenas funciones, con recursos propios suficientes para operar con autonomía en el mercado y relaciones significativas con terceros en el aprovisionamiento de insumos y suministro de sus productos.

Por su parte, la CNMC también ha analizado varias operaciones dentro de este grupo de casos. Por ejemplo, en *Meridiam / Copcisa / Comsa / Cedinsa*²³, se analizó el cambio de control conjunto a un nuevo control conjunto, en el que entró Meridiam y permanecieron Copcisa y Comsa como socios de control. Se verificó que la empresa objetivo (Cedinsa) gozaba de autonomía funcional en el mercado.

Sin embargo, en otros casos el análisis de plenas funciones no queda plasmado en el Informe Propuesta. En *Mutua Madrileña / Sildoscan*²⁴, la CNMC consideró como concentración económica la operación por la que Mutuamad adquirió a Portobello III su participación en el capital de la empresa objetivo (Sildoscan Spain) y permaneció Debal Investments. De este modo, Mutuamad y Debal Investments adquirieron control conjunto sobre Sildoscan Spain. El Informe y Propuesta la CNMC no refleja expresamente el análisis de las plenas funciones de la empresa objetivo, sino

22 Decisión de la CE de 21 de diciembre de 2017, asunto M.8689 – *Rubis / Phillips 66 / Zeller* \varnothing *CIE*.

23 Resolución del Consejo de la CNMC de 16 de noviembre de 2017 e informe propuesta en el expediente C-0898/17, *Meridiam / Copcisa / Cedinsa*, párrafos 7 y 12-14.

24 Resolución del Consejo de la CNMC de 10 de septiembre de 2019 e informe propuesta en el expediente C-1056/19 *Mutua Madrileña / Sildoscan*, párrafos 3 y 6.

que solamente afirma que la operación constituye una concentración económica al amparo del artículo 7(1)(b) de la LDC.

En *Santa Lucía / Pelayo / Pelayo Vida*²⁵, la CNMC analizó la adquisición de control conjunto por parte de Santa Lucía y Pelayo sobre Pelayo Vida, en la que Santa Lucía adquirió la participación de Aviva. En el Informe Propuesta se cita en este caso el artículo 7(1)(c) de la LDC, pero no se motivan expresamente las plenas funciones de la empresa objetivo.

A la vista de lo anterior, la CE parece consistente al analizar las plenas funciones de las operaciones comprendidas en este grupo de casos. Por su parte, no se puede concluir si la CNMC las analiza o no, dado que este dato no se refleja en sus informes propuesta.

3. Conclusiones

Casi tres años después de la publicación de la Sentencia en el asunto *Austria Asphalt*, la CE parece haber formado un criterio consistente. Las adquisiciones de control conjunto sobre una empresa preexistente exigen un análisis específico de sus plenas funciones para estar sujetas a notificación, salvo que sean adquiridas a terceros (excepción del párrafo 91 de la CJN). Aunque sea discutible que esta salvedad encaje con la interpretación que el TJUE hizo sobre el artículo 3 EUMR, la práctica decisoria reciente es más cierta y predecible.

Por su parte, no es posible hacer un estudio de los grupos de casos en los que la CNMC aplica el test de las plenas funciones, ya que muchas veces no hay reflejo de este análisis en las resoluciones publicadas.

En todo caso, la Sentencia dictada por el Tribunal no queda exenta de polémica. La aplicación específica del test de plenas funciones puede dar lugar a dificultades prácticas en caso de que el objeto de la operación de paso de control exclusivo a conjunto no sean sociedades, sino activos como marcas o unidades productivas, en los que la satisfacción del requisito de una "*dirección dedicada a las operaciones diarias y de acceso a suficientes recursos financieros, humanos y activos (materiales e inmateriales)*", tal y como exige el párrafo 94 CJN puede resultar algo artificial.

Es posible que con *Austria Asphalt* no haya quedado escrita la última página en la interpretación del concepto de concentración económica. Parafraseando a la Sra. Kokott, quién podría haber imaginado que la fábrica de asfalto del pequeño municipio de Mürzzuschlag sería algún día el escenario del primer procedimiento prejudicial sobre el control europeo de las concentraciones de empresas.

25 Resolución del Consejo de la CNMC de 19 de julio de 2018 e informe propuesta en el expediente C-0963/18, *Santa Lucía / Pelayo / Pelayo Vida*.