

RESOLUCIÓN DE VIGILANCIA**Expte. VC/1054/19 COFARES/COFARTA****CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA****Presidente**

D. José María Marín Quemada

ConsejerosD^a. María Ortiz Aguilar

D. Josep Maria Guinart i Solà

D^a. Clotilde de la Higuera GonzálezD^a María Pilar Canedo Arrillaga**Secretario**

D. Joaquim Hortalà i Vallvé

En Madrid, a 12 de junio de 2020

La Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, con la composición expresada, ha dictado la siguiente resolución en el expediente VC/1054/19 COFARES/COFARTA, cuyo objeto es la vigilancia de la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) de 21 de noviembre de 2019, recaída en el expediente C/1054/19 COFARES/COFARTA.

I. ANTECEDENTES

1. Con fecha 21 de noviembre de 2019 el Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) resolvió autorizar la concentración consistente en la adquisición por parte de COFARES COMERCIALIZADORA FARMACÉUTICA, S.L.U a CENTRO COOPERATIVO FARMACÉUTICO TALAVERANO, SOCIEDAD COOPERATIVA DE CASTILLA LA MANCHA de su negocio y actividad de distribución farmacéutica, a través de la adquisición del control exclusivo de su filial de nueva creación denominada COFARTA COMERCIALIZADORA FARMACÉUTICA, S.L.U. (C/154/19 COFARES/COFARTA), subordinada al cumplimiento de los compromisos presentados por la notificante.

2. El COMPROMISO PRIMERO presentado por COFARES aludía a la modificación de los Estatutos Sociales (EESS) de COFARES, para solventar los posibles problemas de competencia que se pudieran derivar de la adquisición de COFARTA. El plazo para dar cumplimiento a este compromiso quedaba limitado a los primeros seis meses del año 2020, en los que se habría de celebrar la Asamblea General de COFARES. Ante la ausencia de modificación de los EESS, la mencionada resolución quedaría sin efecto.
3. El COMPROMISO SEGUNDO aludía a la celebración de la Asamblea General. Concretamente, a que la modificación de los EESS se incluiría en el Orden del Día, quedando COFARES obligada a remitir a la Dirección de Competencia informes mensuales sobre los progresos relativos a la preparación de la Asamblea General, los cuales habrán de ser remitidos no más tarde del día 10 de cada mes. Asimismo, COFARES se obligaba a remitir a la Dirección de Competencia el acta de la reunión de la Asamblea General en la que se modifiquen los estatutos sociales en un periodo no mayor a los 10 días siguientes a su celebración.
4. Con fecha 10 de enero de 2020, COFARES remitió informe a la Dirección de Competencia de la CNMC sobre los avances relativos a la convocatoria y preparación de la Asamblea General, informando que la empresa había decidido que tuviera lugar el [CONFIDENCIAL].
5. Mediante el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo se declaró el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. Como consecuencia de ello, fueron anulados los actos preparatorios previos a la Asamblea General, cuyo calendario ya se había comunicado a la Dirección de Competencia y se había puesto en marcha
6. Con fecha 3 de junio de 2020, antes de la expiración del plazo máximo inicial para la celebración de la Asamblea General, ha tenido entrada en el registro de la CNMC un escrito de COFARES, solicitando una prórroga de 1 mes y 4 días del periodo adicional de cumplimiento del COMPROMISO PRIMERO¹, de acuerdo con los términos establecidos en el COMPROMISO OCTAVO y aprobados por el Consejo de la CNMC en su resolución de 21 de noviembre de 2019.
5. Con fecha 5 de junio de 2020, la Dirección de Competencia elevó a la Sala de Competencia su informe parcial de vigilancia.
6. Es interesado: COFARES COMERCIALIZADORA FARMACÉUTICA, S.L.U.
7. La Sala de Competencia del Consejo aprobó este acuerdo en su sesión del día 12 de junio de 2020.

¹ Apartado (146) del Informe y Propuesta de resolución: «Se entenderá, por tanto, que COFARES COOPERATIVA cumple con este compromiso de modificación de los Estatutos Sociales al aprobarse en su Asamblea General las modificaciones estatutarias propuestas dentro de los primeros seis meses del año 2020. [...]»

II. ACTUACIONES LLEVADAS A CABO POR LA DIRECCIÓN DE COMPETENCIA EN EL EXPEDIENTE DE VIGILANCIA.

En su informe de 5 de junio de 2020 la DC describe los siguientes hechos y actuaciones desarrolladas durante el procedimiento de vigilancia:

- El COMPROMISO OCTAVO aprobado por la resolución del Consejo de la CNMC de 21 de noviembre de 2020, antes citada, prevé que COFARES solicite al Consejo de la CNMC la ampliación de plazos relacionados con el cumplimiento de los compromisos. En concreto, el citado COMPROMISO OCTAVO de la resolución (apartado 170) establece:

"En todo momento antes de la modificación de los Estatutos Sociales de COFARES COOPERATIVA, de acuerdo con lo previsto en estos compromisos, COFARES COOPERATIVA podrá solicitar al Consejo de la CNMC, de forma motivada y si concurren circunstancias excepcionales, la revisión de las obligaciones previstas o la ampliación de los plazos para su cumplimiento."

- Durante los tres primeros meses de 2020, COFARES llevó a cabo actuaciones tendentes a cumplir los compromisos establecidos en la resolución de referencia, sobre los cuales ha ido informado puntualmente a la DC en sus informes mensuales.
- COFARES, en su escrito remitido con fecha 3 de junio de 2020, comunica la imposibilidad de haber realizado los trámites necesarios para continuar avanzando en la preparación para que la Asamblea General se desarrollara en la fecha inicialmente fijada, como consecuencia de la declaración del estado de alarma.

El Real Decreto-Ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al Covid-19 ("RDL 11/2020"), publicado en el BOE con fecha 1 de abril, introdujo la posibilidad de que *"durante el periodo de alarma, las juntas o asambleas de asociados o de socios podrán celebrarse por video o por conferencia telefónica múltiple siempre que todas las personas que tuvieran derecho de asistencia o quienes los representen dispongan de los medios necesarios, el secretario del órgano reconozca su identidad, y así lo exprese en el acta, que remitirá de inmediato a las direcciones de correo electrónico."* Sin embargo, la publicación del RDL 11/2020 es posterior a la decisión del Consejo Rector de revocar la convocatoria original de la Asamblea General y a la fecha en la que debían producirse el sorteo y constitución de la Junta Electoral. Por tanto, esta posibilidad no existía en el momento de la revocación de la primera convocatoria.

Asimismo, una vez entrado en vigor el RDL 11/2020, COFARES no se encontraba en condiciones de asegurar que todos los socios con derecho de asistencia a las Juntas Preparatorias y/o a la Asamblea dispusieran de los referidos medios necesarios para ello.

- Por último, la solicitud de ampliación de plazos remitida por COFARES, con fecha de 3 de junio de 2020, señala que la ampliación del plazo inicial aprobado al 29 de julio de 2020, esto es, 1 mes y 4 días adicionales, podría facilitar la culminación de los compromisos reflejados en la resolución C/1054/19 en un plazo razonable, con seguridad jurídica y con tiempo suficiente para evitar impugnaciones o la posible nulidad del proceso de acuerdo con lo establecido en los estatutos sociales de COFARES.
- A la fecha de presentación del presente escrito, COFARES, tras haber entrado la Comunidad de Madrid en Fase I, ya ha planificado un nuevo calendario y ha puesto en marcha nuevamente los actos preparatorios previos a la Asamblea General, la cual tendrá lugar con un retraso de 29 días sobre el plazo máximo establecido en el compromiso segundo (o un mes y cuatro días sobre el plazo inicialmente fijado por COFARES).

III. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - HABILITACIÓN COMPETENCIAL

La Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), en su artículo 41, dispone que la CNMC vigilará la ejecución y el cumplimiento de las obligaciones impuestas en aplicación de la misma, tanto en materia de conductas restrictivas como de medidas cautelares y de control de concentraciones.

La previsión anterior respecto a las operaciones de concentración incluye la vigilancia del cumplimiento de los compromisos propuestos por los notificantes y recogidos en la resolución del Consejo que pone fin al procedimiento de acuerdo con lo previsto en los artículos 57 y 58 de la LDC.

El artículo 71 del Reglamento de Defensa de la Competencia, aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, precisa en su apartado 3 que "*el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia [actualmente CNMC] resolverá las cuestiones que puedan suscitarse durante la vigilancia*", previa propuesta de la Dirección de Competencia.

En consecuencia, de conformidad con lo previsto en los artículos 21.2 de la Ley 3/2013 de 4 de junio, de creación de la CNMC, y 14.1.a) del Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado por el Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, la competencia para dictar este acuerdo corresponde a la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC.

SEGUNDO. - VALORACIÓN DE LA SALA DE COMPETENCIA

En su Informe final de vigilancia de 5 de junio de 2020, la DC considera que la solicitud de ampliación del plazo para la celebración de la Asamblea General de COFARES ha tenido lugar 22 días antes de la expiración del plazo cuya ampliación se solicita.

Además, de la documentación aportada por COFARES desde la notificación de la resolución C/1054/19 COFARES/COFARTA se ha podido certificar que los plazos y los compromisos no afectados por el estado de alarma no han manifestado ninguna incidencia.

La excepcionalidad de la situación provocada por la declaración del estado de alarma el pasado 14 de marzo de 2020 y las restricciones de movilidad derivadas de la misma son manifiestas.

La justificación aportada por COFARES sobre la imposibilidad de llevar a cabo la tramitación y actos preparatorios previos a la Asamblea General por medios telemáticos y el alto riesgo de impugnación de los acuerdos adoptados si se hubiera optado por dicha vía telemática, resulta verosímil y suficiente, dada la actual situación y la composición y forma de organización de la propia COFARES.

El proceso de preparación de la Asamblea General se encuentra en una situación avanzada, habiendo comenzado los actos preparatorios previos a la Asamblea General el principal proceso todavía pendiente de realizar, y el periodo de ampliación para el cumplimiento del plazo establecido en el compromiso, 29 días (o 1 mes y 4 días considerando la primera fecha fijada para la Asamblea General), resulta razonable y proporcionado a las circunstancias actuales.

La ampliación del plazo solicitado por COFARES no invalidaría la eficacia de los compromisos en la medida que se mantienen las mismas condiciones que las aprobadas por el Consejo hasta que se produzca el efectivo cumplimiento de todos los compromisos para evitar los problemas de competencia derivados de la operación de concentración.

Por todo ello, la Sala de Competencia considera que procede en virtud de todo lo anterior y de conformidad con lo establecido en el COMPROMISO OCTAVO aprobado por la resolución del Consejo de la CNMC de 21 de noviembre de 2019, conceder la ampliación de 29 días sobre el término fijado en los compromisos (o 1 mes y 4 días de la fecha inicial prevista para la celebración de la Asamblea General de COFARES), condicionándola a que, durante este periodo adicional, COFARES continúe con la preparación de los actos debidos previos a la Asamblea General. Asimismo, COFARES deberá mantener las obligaciones derivadas del resto de compromisos aprobados en la resolución dictada en el expediente C/1054/19 COFARES/COFARTA.

Vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, el Consejo en Sala de Competencia

RESUELVE

ÚNICO. – Conceder la ampliación de 29 días sobre el término fijado en los compromisos (o 1 mes y 4 días de la fecha inicial prevista para la celebración de la Asamblea General de COFARES) solicitada por COFARES COMERCIALIZADORA FARMACÉUTICA, S.L.U., de conformidad con lo establecido en el COMPROMISO OCTAVO aprobado por la resolución del Consejo de la CNMC de 21 de noviembre de 2019, en el expediente C/1054/19 COFARES/COFARTA.

Comuníquese este acuerdo a la Dirección de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y notifíquese al interesado, haciéndole saber que la misma pone fin a la vía administrativa y que se puede interponer contra ella recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a su notificación.