

RESOLUCIÓN

Expte. S/0139 09 COLEGIO DE FARMACÉUTICOS CÁCERES Y BADAJOZ

CONSEJO

D. Luís Berenguer Fuster, Presidente
D. Fernando Torremocha García-Sáenz, Vicepresidente
D. Emilio Conde Fernández-Oliva, Consejero
D. Miguel Cuervo Mir, Consejero
D^a. Pilar Sánchez Núñez, Consejero
D. Julio Costas Comesaña, Consejero
D^a. María Jesús González López, Consejera
D^a. Inmaculada Gutiérrez Carrizo, Consejera

En Madrid, a 10 de noviembre de 2009

El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC), con la composición arriba expresada, ha dictado la siguiente resolución en la propuesta de archivo del Expte. S/0139/09 COLEGIO DE FARMACÉUTICOS CÁCERES Y BADAJOZ tramitado a consecuencia de la denuncia presentada por una serie de titulares de una farmacia en la Comunidad de Extremadura contra los Presidentes de los Colegios Oficiales de Farmacéuticos de Cáceres y de Badajoz por supuestas conductas prohibidas por el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC) en relación con un supuesto acuerdo con Telefónica de España, S.A. para implantar el sistema de receta electrónica en las farmacias de Extremadura.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Con fecha 4 de marzo de 2009 tuvo entrada en esta Comisión Nacional de la Competencia (CNC) denuncia presentada por D^a xxx procuradora de los Tribunales en representación de D^a xxx, D. xxx, D^a xxx, D^a xxx, o-xxx, D. xxx y D. xxx, todos ellos titulares de una farmacia en la Comunidad de Extremadura, contra D xxx, Presidente del Colegio Oficial de Farmacéuticos de Cáceres y D. xxx, Presidente del Colegio Oficial de Farmacéuticos de Badajoz, por supuestas conductas prohibidas por el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), consistentes en un supuesto acuerdo con Telefónica de España, S.A. (Telefónica) para implantar el sistema de receta electrónica en las farmacias de Extremadura y dirigirse a los profesionales colegiados imponiéndole obligatoriamente a los mismos el uso de dicho sistema bajo soporte de un único operador de servicio telefónico o Internet, el ADSL de Telefónica.

De acuerdo con la información contenida en la denuncia se pueden identificar en opinión de la Dirección de Investigación (DI) dos conductas a analizar. Por un lado el supuesto acuerdo de los Presidentes de los Colegios de Extremadura con Telefónica para la puesta en marcha

del proyecto de receta electrónica y, por otra, la conducta concreta de los Colegios respecto a la supuesta unilateralidad de la decisión de los Presidentes al no considerar las medidas de consenso que para la celebración del acuerdo hubieran sido necesarias. La DI considera que si bien se trata de conductas relacionadas, teniendo en cuenta el ámbito geográfico al que potencialmente pueden afectar y los precedentes (Resolución de 26 de febrero de 2008, R 719/09 Farmacéuticos Almería/Telefónica), puede llevarse a cabo un análisis de las mismas de manera separada, correspondiendo a la CNC entender de la primera de ellas, esto es, el acuerdo entre los Colegios y Telefónica, a lo que se dedica el presente expediente.

En cuanto a la conducta referida al supuesto comportamiento ilegal de los Colegios a la hora de suscribir el acuerdo con Telefónica, en la medida en que no extiende sus efectos más allá de la Comunidad Autónoma de Extremadura y según el artículo 2.2 de la Ley 1/2002 de 21 de febrero, de Coordinación de las Competencias del Estado en materia de Defensa de la Competencia, la DI designó como órgano competente a la autoridad de competencia de la Comunidad Autónoma de Extremadura, habiéndosele remitido copia de la denuncia y nota sucinta con fecha 14 de abril de 2009.

2. Con objeto de conocer en lo posible la realidad de los hechos denunciados y determinar si pudiera haber indicios de infracción, de conformidad con el artículo 49.2 de la Ley 15/2007, la DI inició una información reservada (S/0139/09), como consecuencia de la cual la DI constata una serie de hechos que resume en su propuesta de archivo de la siguiente forma:

***3.1. La receta electrónica** consiste en un procedimiento tecnológico que permite desarrollar las funciones profesionales sobre las que se produce la prescripción de medicamentos de manera automatizada. Así, las prescripciones de los médicos se envían telemáticamente y quedan almacenadas en un servidor específico de prescripciones del Servicio Nacional de Salud (SNS), al cual se accede desde el punto de dispensación (farmacia), para la posterior entrega del medicamento al paciente. Para el correcto funcionamiento de este sistema, es necesario conectar de manera eficiente y segura tanto a las farmacias como a los médicos al servidor central del SNS.*

3.2. La Ley 16/2003 de 28 de mayo de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud (SNS) en su artículo 33.2, determina que se tenderá a la dispensación individualizada de medicamentos y a la implantación de la receta médica electrónica, en cuyo desarrollo participarán las organizaciones colegiales médica y farmacéutica.

***3.3. Los medicamentos** constituyen una de las prestaciones del SNS cuya gestión de la prestación está transferida a las Comunidades Autónomas.*

Así la Ley 6/2006 de 9 de noviembre, de Farmacia de la Comunidad de Extremadura establece que "...corresponde a la Junta de Extremadura dentro del ámbito de sus competencias, y en colaboración con otras administraciones y entidades públicas y privadas, garantizar la implementación de los mecanismos necesarios para asegurar que la atención farmacéutica, así como el resto de actividades farmacéuticas, se ofrezca a los ciudadanos extremeños de forma continua e integral, en condiciones de equidad y con la calidad adecuada."

3.4. La receta en papel se encuentra en un proceso de desaparición, ya que según la segunda fase del Programa 'Sanidad en Línea' (2009-2012) que se encuentra dentro del Plan de Calidad para el SNS, el Gobierno de España pretende la implantación de la receta

electrónica en todas las comunidades autónomas, con una emisión del 90% de recetas en formato electrónico para el 2012.

Esto dará a los ciudadanos la posibilidad de retirar, con su receta electrónica y su correspondiente tarjeta, los medicamentos que necesite en una farmacia situada en una Comunidad Autónoma distinta a aquella en la que se le haya prescrito el fármaco.

3.5. Basándose en los resultados del proyecto piloto encargado a los COF de Extremadura (que se detallará en los puntos siguientes) y con el fin de garantizar la calidad y seguridad del Sistema de Receta Médica Electrónica, el Gobierno de Extremadura aprobó el Decreto 93/2009, de 24 de abril de 2009, por el que se regula la implantación de la receta médica electrónica en el ámbito de Extremadura.

Con anterioridad a esa fecha no existía regulación de la receta electrónica en la Comunidad Autónoma de Extremadura.

*Según dicho Decreto, las características que tiene que cumplir el **Sistema de Información Funcional de Receta Electrónica**, entendido como el conjunto de herramientas informáticas aprobadas por la Consejería competente en materia de sanidad para la tramitación telemática de la prestación farmacéutica, son:*

- *El artículo 9 establece el **procedimiento de dispensación** “De conformidad con el artículo 33.2 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del SNS, y con la finalidad de garantizar la seguridad e interoperabilidad del sistema informático, la dispensación se realizará a través de la conexión telemática establecida en el Sistema de Información Funcional de Receta Electrónica. La conexión telemática permitirá a la **Oficina de Farmacia acceder, a través de los Colegios Oficiales de Farmacéuticos de la Comunidad Autónoma de Extremadura, a las prescripciones electrónicas a efectos de realizar la dispensación**”.*
- *Según la disposición adicional segunda, el Sistema de Información Funcional de Receta Electrónica debe garantizar la **compatibilidad del sistema informático** con los programas de gestión de las oficinas de farmacia y con cualesquiera otros sistemas de receta electrónica que se establezcan en el SNS.*
- *Para garantizar la **seguridad en la implantación**, el sistema de receta electrónica se ajustará a los principios y medidas de seguridad previstos en la normativa sobre protección de datos de carácter personal.*

3.6. Con fecha 24 de octubre de 2002 fue suscrito un **Concierto entre la Consejería competente en materia de sanidad, el **Servicio Extremeño de Salud (SES)**, y los **Colegios Oficiales de Farmacéuticos de Extremadura (COFE)** con el objetivo de fijar las condiciones para la ejecución de la prestación farmacéutica a través de las oficinas de farmacia. Este concierto ha sido objeto de prórroga por acuerdo de las partes y se encuentra vigente en el momento actual.**

3.7. En virtud de la anterior, el SES contactó en 2006 con los COFE para que propusieran a las farmacias adscritas una serie de pruebas piloto sobre el sistema de receta electrónica.

3.8. Por su parte los Colegios Oficiales de Cáceres y Badajoz optaron por una **Intranet de titularidad colegial capaz de garantizar una velocidad de transmisión constante de los datos de salud y la seguridad de los mismos previstos en la normativa vigente, datos que la**

Agencia Española de Protección de Datos ha catalogado como datos de Seguridad Alta. Dicha intranet colegial implica necesariamente disponer de líneas de comunicaciones electrónicas que conecten a las diferentes oficinas de farmacia de cada provincia con la red telemática corporativa.

3.9. El SES tiene como proveedor de servicios de comunicaciones a Telefónica, quien ha diseñado su red corporativa permitiendo la conexión entre los distintos centros de salud de la Comunidad Autónoma y entre otras prestaciones emitir las recetas médicas que posteriormente se almacenan en el servidor central y al cual posteriormente acceden los COFE.

3.10. Los COFE firmaron un acuerdo de colaboración con Telefónica el 13 de julio de 2007, “Proyecto Receta Electrónica Integrada de Extremadura”, que regulaba el desarrollo del proyecto de receta electrónica en dicha Comunidad Autónoma. El acuerdo fue rubricado en Mérida por el director general de Pymes, Negocios y Profesionales de Telefónica España, xxxo, y por los presidentes de los colegios de Badajoz y Cáceres,xxx y xxx, respectivamente.

El Acuerdo de Colaboración entró en vigor desde el momento de su firma hasta la conclusión del proyecto piloto, inicialmente estimada para el 30 de septiembre de 2007, y era prorrogable a partir de esa fecha en años sucesivos con el consentimiento expreso de ambas partes, aunque su duración no podrá exceder de 5 años.

En un principio, estaba previsto que a la conclusión de la prueba piloto, se determinarían las condiciones y plazos de migración del entorno de prueba al entorno real, según lo acordado entre el SES y los COFE.

Sin embargo, debido a la ralentización en el desarrollo del proyecto piloto, el acuerdo de colaboración se encuentra actualmente prorrogado desde el 30 de septiembre de 2007 por un período inicial de 2 años, estando por lo tanto vigente hasta el 30 de septiembre de 2009.

3.11. La Comunidad de Extremadura cuenta actualmente con 700 farmacias, todas las cuales forman parte de los Colegios Oficiales de Badajoz y Cáceres. Hay que recordar que por normativa la receta electrónica debe de ofrecerse a todos los ciudadanos extremeños, lo que implica que existe un gran número de farmacias rurales, en zonas de difícil cobertura telemática, a las que necesita llegar el operador contratado.

3.12. La arquitectura de la red que está desarrollando Telefónica en el marco del anterior proyecto implica que las farmacias estén unidas por una red privada virtual en entorno IP a un servidor colegial emisor-receptor de las dispensaciones. Esta solución tecnológica evita que los datos viajen por Internet y garantiza que la política de claves de acceso y encriptación esté en manos del operador que gestiona esta red.

Asimismo, la interconexión entre los servidores de prescripciones del SES y los servidores de dispensaciones de los COFE se hace a través de una línea exclusiva y de altísima capacidad contratada con Telefónica.

El funcionamiento de esta red es el siguiente: cuando un paciente llega a un consultorio, es atendido por un médico que genera una prescripción que viaja por la Intranet del SES, quedando alojada en su servidor como prescripción dispensable. El paciente, para obtener el medicamento prescrito, debe acudir a cualquier farmacia de Extremadura, que identificará al paciente por su tarjeta sanitaria y solicitará su prescripción al servidor de los

COFE, el cual obtiene automáticamente la prescripción del servidor del SES a través de la línea de alta capacidad, y la envía a la farmacia por la Intranet colegial para su dispensación. La farmacia confirma su dispensación al servidor de los COFE y este procede a comunicar al SES la dispensación y a su contabilización en el disco mensual de facturación.

3.13. Según los denunciantes, los COFE empezaron a remitir a partir de septiembre de 2008 a sus profesionales colegiados una serie de comunicados informándoles acerca de las directrices que los mismos debían seguir para el desarrollo de dicho proyecto.

En uno de estos comunicados se impondría obligatoriamente a los mismos el uso del sistema de receta electrónica, bajo soporte de un único operador de acceso a Internet, Telefónica.

En particular, un comunicado de fecha 3 de octubre de 2008 de los COFE (folio 22), señala:

- *“Como se ha venido informando en sucesivas circulares y las recientes reuniones de zona, va a iniciarse el despliegue de implantación de Receta Electrónica en Extremadura, según la secuencia del calendario que se remitió el pasado mes de julio”*
- *“A efectos prácticos conviene recordar:*
 - *La provisión de servicio de telecomunicaciones (Línea ADSL) ha de ser obligatoriamente de Telefónica*
 - *La línea ADSL solo podrá ser securizada para participar en el proyecto si pertenece a la red colegial.””*

3. La DI considera que para determinar las implicaciones sobre la competencia del acuerdo entre Telefónica y los Colegios de Farmacéuticos mencionados es necesario tener en cuenta dos mercados relevantes diferentes. En primer lugar, el mercado de los servicios de diseño, creación y mantenimiento de redes privadas virtuales. Este mercado ya fue considerado en el precedente más cercano (Resolución de 26 de febrero de 2008, R 719/09 Farmacéuticos Almería/Telefónica). Esta definición, por otro lado, está en línea con lo concluido por la CMT en su Resolución de 23 de julio de 2009, donde considera que la constitución de redes privadas virtuales, que permiten conectar diferentes sedes de una empresa o institución a partir de la utilización de líneas alquiladas conforma un mercado de producto minorista diferenciado. Este mercado implica la prestación de un servicio integral que incluye todo lo necesario para ofrecer al cliente la creación y mantenimiento de una intranet corporativa y tendría un alcance geográfico superior al regional.

En segundo lugar, el acuerdo afecta de forma indirecta a los mercados minoristas de comunicaciones electrónicas, al suponer que las farmacias contratarán los servicios de acceso a Internet de Telefónica para acceder al sistema de dispensación de la receta electrónica. Esto tiene una potencial incidencia concretamente en el mercado de servicios de acceso de banda ancha desde una ubicación fija, que ha sido delimitado en diversos precedentes nacionales y comunitarios.

En lo que respecta al mercado de servicios de redes privadas virtuales, que es el directamente afectado por el acuerdo, la DI manifiesta que si bien la elección de un operador entre varios supone una restricción, porque necesariamente excluye al cliente del resto de los disponibles en el mercado mientras el contrato esté vigente, ello no implica obligatoriamente una infracción de la normativa de competencia. La DI, a la vista de la duración del acuerdo y del

resto de sus condiciones, concluye que el mismo no tiene por objeto o efecto impedir, restringir o falsear la competencia en el mercado de servicios de redes privadas virtuales en España. Tampoco los COFE han impuesto de manera obligatoria a las farmacias la adhesión a la red colegial en esta prueba piloto, si bien a largo plazo será requisito imprescindible de acuerdo con la normativa.

En lo que respecta al mercado de servicios minoristas de acceso de banda ancha desde un punto fijo, la DI concluye que no hay infracción del art. 1 porque el acuerdo entre Telefónica y los COFE tendría una escasa incidencia sobre la competencia. El número de farmacias que se ven afectadas por el acuerdo, aproximadamente 700, es una cifra muy reducida en comparación con los más de 9 millones de clientes de servicios de acceso de banda ancha desde un punto fijo que existen en España, y los más de 145.000 clientes que existen en Extremadura. Añade la DI que dicho acuerdo pudiera además tener justificación de eficiencias desde un punto de vista económico.

En vista de ello, la Dirección de Investigación considera que no hay indicios de infracción del artículo 1 de la Ley 15/2007 y, de acuerdo, con lo previsto en el artículo 49.3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, propone el archivo de las actuaciones.

4. El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia deliberó y falló esta Resolución en sus reuniones del día 21 y 28 de octubre de 2009.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO. El día 1 de septiembre de 2007 entró en vigor la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, por la que se crea la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) y declara extinguidos el Organismo Autónomo Tribunal de Defensa de la Competencia y el Servicio de Defensa de la Competencia.

La conducta denunciada se inicia supuestamente antes de la entrada en vigor de Ley 15/2007, puesto que el acuerdo entre los COFE y Telefónica data del 13 de julio de 2007. Por ello, la Ley aplicable en cuanto a la calificación jurídica o tipificación de la conducta debe ser la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, vigente hasta el 31 de agosto de 2007. Sin embargo, la denuncia se ha interpuesto en marzo de 2009, estando ya en vigor la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, motivo por el cual el expediente se ha tramitado conforme a lo dispuesto por esta última Ley. En todo caso, tiene razón la DI cuando subraya que la entrada en vigor de la Ley 15/2007 no ha supuesto una modificación de la tipificación jurídica de la posible infracción del artículo 1 derivada del acuerdo entre Telefónica y los COFE.

SEGUNDO. El presente expediente tiene como finalidad valorar si el acuerdo de colaboración firmado por Telefónica y los COFE el 13 de julio de 2007, denominado “Proyecto Receta Electrónica Integrada de Extremadura” puede constituir una infracción del artículo 1 de la LDC. Pese a que la denuncia se dirige contra los Presidentes de los Colegios de Farmacéuticos de Cáceres y Badajoz por su actuación, el “Proyecto Receta Electrónica Integrada de Extremadura” constituye un acuerdo vertical que ha requerido de la concordancia de voluntades de las dos partes (Colegios y Telefónica), respecto de las cuales como demandantes y oferentes de los servicios que se acuerdan habría que analizar la conducta. En este sentido, el Consejo coincide

con la DI en que la cuestión de si la actuación de los Colegios con respecto a sus colegiados ha sido o no conforme a derecho no es materia de este expediente.

El Consejo el Consejo de la CNC considera que la propuesta de la Dirección de Investigación analiza correctamente los hechos y deriva de su análisis una conclusión correcta. Coincide en que los mercados hipotéticamente afectados serían el de los servicios de diseño, creación y mantenimiento de redes privadas virtuales y el de servicios de acceso de banda ancha desde una ubicación fija. A la vista de la duración y resto de las características del acuerdo de colaboración, del escaso peso que suponen los dos Colegios y sus colegiados sobre el total de la demanda y de la estructura de oferta de los mercados relevantes, no se aprecian indicios de que el Acuerdo analizado tenga por objeto ni efecto la restricción de la competencia en dichos mercados.

Por todo lo anterior, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia,

RESUELVE

ÚNICO: No incoar procedimiento sancionador y archivar las actuaciones seguidas como consecuencia de la denuncia presentada por D^a , Procuradora de los Tribunales en representación de D^a,xxx D.xxxx , D^a xxxx D^a xxx, D. xxx, D. xxx y D. xxx , todos ellos titulares de una farmacia en la Comunidad de Extremadura, contra D xxx, Presidente del Colegio Oficial de Farmacéuticos de Cáceres y D. xxx, Presidente del Colegio Oficial de Farmacéuticos de Badajoz, por supuestas conductas prohibidas por el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC).

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Investigación y notifíquese al denunciante y a los denunciados, haciéndoles saber que la misma pone fin a la vía administrativa, y que pueden interponer recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses contados desde su notificación.

