

RESOLUCIÓN (Expte. r 387/99 Ópticas Andalucía)

Pleno

Excmos. Sres.:

Petitbò Juan, Presidente
Huerta Trolèz, Vicepresidente
Hernández Delgado, Vocal
Castañeda Boniche, Vocal
Pascual y Vicente, Vocal
Comenge Puig, Vocal
Martínez Arévalo, Vocal
Franch Menéu, Vocal
Muriel Alonso, Vocal

En Madrid, a 14 marzo de 2000.

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia, con la composición expresada al margen y siendo Ponente el Vocal Sr. Martínez Arévalo, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente r 387/99 (2020/99, y 2036/99 acumulado, del Servicio de Defensa de la Competencia) incoado para resolver el recurso interpuesto por el Consejo Andaluz de Colegios Médicos contra el Acuerdo de la Dirección General de Política Económica y Defensa de la Competencia, de 25 de agosto de 1999, por el que se archivaron las actuaciones iniciadas como consecuencia de su denuncia contra la Delegación Regional de Andalucía del Colegio Nacional de Ópticos y el Servicio Andaluz de Salud de la Junta de Andalucía por presuntas prácticas restrictivas la competencia.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El 2 de junio de 1999, D. Isacio Sigüero Zurdo, Presidente del Consejo Andaluz de Colegios Médicos, formuló denuncia ante el Servicio de Defensa de la Competencia (en adelante, el Servicio), contra la Delegación Regional de Andalucía del Colegio Nacional de Ópticos (en lo sucesivo la Delegación) y el Servicio Andaluz de Salud de la Junta de Andalucía (en lo sucesivo SAS), por presunta infracción de la Ley 16/1989, de 17 de julio (BOE del 18), de Defensa de la Competencia (LDC), consistente en la firma de un Convenio en virtud del cual, y con objeto de facilitar el control de la capacidad visual de los ciudadanos, el SAS acordaba remitir los pacientes que acudieran a sus centros asistenciales a una serie de establecimientos de óptica adheridos al Convenio. Tales establecimientos deberían realizar la revisión sin contraprestación económica alguna. Según el denunciante, dicho acuerdo

suponía una infracción de la LDC y colocaba a los ópticos en una posición de dominio que impedía a otros profesionales competir con ellos, además de invadir las funciones propias de los médicos especialistas en oftalmología y atentar contra el derecho a la salud de los enfermos.

2. Del escrito de denuncia y de la documentación adjunta al mismo se desprende que:

a) el 26 de marzo de 1999 se firmó un Convenio de colaboración entre la Consejería de Salud, el SAS y la Delegación para el desarrollo de actividades en materia de prevención y promoción de la visión, según un programa definido por una Comisión de seguimiento que estaría constituida por un miembro de cada uno de los organismos citados.

b) la Consejería de Salud se comprometía a elaborar y a actualizar la relación de establecimientos de óptica adheridos al convenio y el SAS a distribuir dicha relación a sus centros de asistencia sanitaria, junto con las instrucciones para la remisión de usuarios a los establecimientos de óptica colaboradores. Por su parte, la Delegación, a través de dichos establecimientos, asumía las obligaciones de: evaluar la capacidad visual de los usuarios remitidos por el SAS, de acuerdo con un protocolo de control diseñado al efecto; informar sobre la mejora del rendimiento visual; promocionar la higiene visual y la realización de cualquier otra actividad para la que capacite legalmente el título de óptico.

3. El 25 de agosto de 1999 el Subdirector General de Conductas Restrictivas de la Competencia emitió un Acuerdo en el que se señalaba:

a) *En cuanto a la presunta infracción del art. 1 de la LDC por el mencionado Convenio, el Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) ha declarado reiteradamente (valga por todas su reciente Resolución de 08-06-99) que "para que exista una práctica colusoria restrictiva de la competencia se precisa ante todo el concurso de voluntades de personas distintas y dotadas de libertad económica para decidir". Por otra parte, esas "personas distintas" han de poder catalogarse como "operadores económicos" (Resolución de 03-06-97), independientemente de su carácter público o privado. Pero ni la Consejería de Salud, si el SAS, han actuado como tal al establecer un Convenio de colaboración con la Delegación, sino que su actuación es la de un promotor de los medios estimados como necesarios para llevar a cabo la actividad de prevención objeto del Convenio, por lo que no puede considerarse el acuerdo firmado entre dichas entidades*

como constitutivo de infracción del art. 1 de la LDC, que requiere una pluralidad de operadores.

b) Respecto a la posición de dominio en que coloca el Convenio a los Ópticos, hay que tener presente que la infracción tipificada en el art. 6 de la LDC es el abuso de esa posición dominante y no ésta por sí misma, no entrando la Ley a considerar siquiera la forma en que se ha alcanzado dicha posición. Por otro lado, el TDC ha declarado que la prueba de la posición de dominio corresponde a la acusación (Resoluciones de 03-07-91 y 11-06-97), quien no ha aportado prueba de la misma, y sin posición de dominio no puede darse el abuso, por lo que no cabe apreciar indicios de infracción del art. 6 de la LDC.

4. El día 10 de septiembre de 1999 tuvieron entrada en este Tribunal sendos escritos del Consejo Andaluz de Colegios Médicos y del Consejo General de Médicos mediante los cuales se interponía recurso contra el Acuerdo del Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia de 25 de agosto de 1999.
5. El día 13 de septiembre de 1999 el Tribunal se dirigió al Servicio solicitando la remisión del Informe del Servicio sobre el recurso y de las actuaciones realizadas, de acuerdo con el art. 48.1 de la LDC; ese documento tuvo entrada en el Tribunal con fecha 16 de septiembre de 1999.
6. El Tribunal, mediante Providencia de 27 de septiembre de 1999, designó vocal ponente a D. Luis Martínez Arévalo y abrió plazo de quince días para la formulación de alegaciones.
7. En sus alegaciones ante el Tribunal el Consejo Andaluz de Colegios Médicos y el Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos (en adelante, los Colegios), señalaron, en esencia, que:
 - A. El Servicio Andaluz de Sanidad es operador económico ya que:
 - 1) Es organismo autónomo.
 - 2) Realiza actividad prestacional.
 - 3) Tiene recursos propios.
 - B. El Acuerdo es un caso de competencia desleal ya que:
 - 4) Los ópticos realizan una actividad médica.
 - 5) A los médicos se les prohíbe vender medicinas y a los farmacéuticos prescribirlas.
 - 6) El acuerdo autoriza a los ópticos prescribir y luego vender.

- C. El Acuerdo crea una posición de dominio, que excluye a otro tipo de profesional.
8. En sus alegaciones ante el Tribunal el SAS señaló, en esencia, que:
- A. Respecto a la infracción del art. 1:
- 1) La Junta y el SAS actuaron como poder público (ya que tienen encomendadas legalmente la organización y la tutela de la salud y las medidas para fomentar la salud).
- B. Respecto a prácticas desleales:
- 2) Los servicios de los óptico-optometristas son gratuitos.
 - no es cierto que sean un medio para conseguir clientes.
 - incluso si así fuera, no sería práctica contraria a la competencia.
 - nada garantiza a un óptico concreto que el paciente al que detecta anomalías de visión vaya a comprar el material corrector en esa misma óptica.
 - 3) El acuerdo no es discriminatorio por estar abierto a todos los profesionales, incluidas secciones de óptica en farmacias.
 - 4) Si los ópticos no realizaran esta labor, la tendrían que llevar a cabo los médicos, de forma también gratuita ya que se trata de usuarios de la Seguridad Social.
 - 5) Los óptico-optometristas tienen reconocida por la legislación vigente la facultad de hacer esas pruebas.
- C. Respecto al abuso de posición dominio:
- 6) No existe posición de dominio por ser el convenio voluntario.
 - 7) No existe abuso por el carácter gratuito de la prestación y por ser prestada por quienes se encuentran facultados para ello.
9. El Tribunal deliberó sobre este expediente en el Pleno del día 29 de febrero de 2000.
10. Son interesados:
- Consejo Andaluz de Colegios Médicos.
 - Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos.
 - Delegación Regional de Andalucía del Colegio Nacional de Ópticos.
 - Servicio Andaluz de Salud de la Junta de Andalucía.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. El demandante considera que el acuerdo suscrito por el SAS y la Consejería de Salud, por un lado, y, con la Delegación, por otro, constituye una conducta contraria al art. 1 LDC. Para ello, y aludiendo a la reiterada doctrina del Tribunal, mantiene que el SAS (aunque no la Junta de Andalucía) debe ser considerado operador económico, argumento que se basa fundamentalmente en el hecho de que dicho organismo: 1) es un organismo autónomo; 2) posee recursos propios; 3) realiza una actividad prestacional. Por el contrario, la Junta y el SAS afirman que actuaron como poderes públicos, en virtud de las atribuciones que les encomienda la Constitución y el Estatuto de Autonomía.

El Tribunal considera que, en lo referente a este punto, las alegaciones del SAS se encuentran bien fundadas. Los citados textos legales encomiendan a los poderes públicos las competencias sobre sanidad e higiene (art. 148 de la Constitución); la campaña que da origen al expediente, por la que se trata de fomentar el análisis de la capacidad visual de los ciudadanos y la adopción de medidas correctoras en el caso de observarse deficiencias, puede considerarse un claro ejemplo de medicina preventiva, concepto que forma parte de la higiene pública. En consecuencia, la Junta de Andalucía y el SAS, al poner en práctica la campaña, uno de cuyos pilares viene constituido por el Acuerdo objeto de litigio, estarían actuando en concepto de poderes públicos y gozarían de la cobertura legal a la que hace referencia el art. 2 de la LDC. Por ello, deben rechazarse las imputaciones de práctica contraria al art. 1 LDC que dieron, entre otras, objeto al expediente.

2. Los Colegios consideran que existe también una vulneración del art. 7 de la LDC al haber incurrido los ópticos denunciados en prácticas de competencia desleal. Los Colegios centran sus argumentos en el carácter gratuito de los servicios que, en virtud del Acuerdo, han de prestar los ópticos-optometristas a ellos adheridos; los Colegios encuentran anómala esa prestación gratuita de servicios y consideran que la verdadera contrapartida radica en que los ópticos-optometristas capturan al paciente en el que detectan anomalías visuales y se benefician de los ingresos procedentes de la venta del material corrector de dichas anomalías. En este sentido, los Colegios estiman que existe una diferencia entre la normativa aplicable a las profesiones médica y farmacéutica, que mantiene una clara separación entre la prescripción y la venta de medicamentos, y la establecida por el Acuerdo, que incita a los ópticos-optometristas a realizar ambas funciones.

Sobre este aspecto crucial deben hacerse varias puntualizaciones. En primer lugar, el Acuerdo establece una clara separación entre la revisión de la vista y

la prescripción de medidas correctoras. Las estipulaciones de la cláusula cuarta del Acuerdo señalan que el óptico deberá rellenar un formulario tipificado en el que se consignan las deficiencias observadas y que el paciente deberá dirigirse con ese documento al Centro Sanitario del que originariamente procedía, para que éste prescriba las medidas correctoras. Se prohíbe de forma explícita realizar recomendaciones respecto a qué establecimiento óptico debe suministrar los correspondientes instrumentos de corrección. El Acuerdo trata, por tanto, de establecer un filtro entre el diagnóstico de deficiencias visuales y la venta de material corrector, con lo que se rompe cualquier intento de vincular ambos actos.

Es evidente que el óptico que realiza la medición de la agudeza visual de un paciente actúa con la expectativa de que, caso de observarse deficiencias, ese paciente adquirirá el correspondiente material corrector en su propio establecimiento. Tal expectativa constituye, sin duda, el aliciente económico para entrar en el Acuerdo y su verdadera contrapartida. No obstante, debe subrayarse el carácter de mera expectativa, que no difiere substancialmente de la que mantiene cualquier comerciante que ofrece un obsequio a potenciales clientes, o las propias ópticas cuando, al margen del Acuerdo analizado, realizan mediciones de agudeza visual sin coste, o con un coste meramente simbólico, para otros pacientes. Esa expectativa difusa es, por su naturaleza, distinta del vínculo automático que el Acuerdo, correctamente, trata de evitar y puede considerarse perfectamente legítima. En consecuencia, dicho Acuerdo no liga las actividades de diagnóstico y venta de la forma que pretenden los Colegios, ni _utilizando los conceptos del art. 8 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal_ pone al paciente *en el compromiso de contratar la obligación prestación principal*. El Acuerdo tampoco constituye una ruptura de los criterios de separación aplicados en el caso de las actividades médica y farmacéutica, por lo que la acusación de práctica desleal no queda sustanciada en lo relativo a este aspecto.

3. Tampoco pueden considerarse fundamentadas la otras prácticas de competencia desleal que denuncian los Colegios. Los Colegios señalan que los ópticos-optometristas realizan actividades que se encuentran reservadas a la profesión médica; no obstante, es un hecho público que se manifiesta incluso en la misma redacción oficial del título que el diploma que reconoce la cualidad de óptico-optometrista otorga la facultad para realizar mediciones de agudeza visual. El Acuerdo prevé que dichos ópticos realicen unas actividades que claramente pueden definirse como medición de la agudeza visual, por lo que la acusación de los Colegios no se sostiene. El Acuerdo prevé el mismo trato para las farmacias que dispongan de una sección de óptica, por lo que la acusación de trato discriminatorio que formulan los Colegios tampoco se sostiene.

4. Finalmente, respecto a la acusación de práctica contraria al art. 6 LDC que formula el denunciante, el Tribunal considera que los hechos objeto de la denuncia difícilmente encajan en el tipo de situaciones previstas por dicho artículo. El Acuerdo objeto de controversia ha sido suscrito voluntariamente por dos partes, la Consejería y el SAS, por una, y la Delegación, por otra, sin que medien acusaciones de haber sido impuesto por una de ellas. Los Colegios no especifican cuál pueda ser la parte dominante, ni el mercado en que ostenta dicho dominio, ni finalmente la actividad que pudiera ser abusiva y contraria a la Ley. Por ello, el cargo relativo a la violación del art. 6 LDC debe rechazarse.
5. Como consecuencia de los razonamientos anteriores el Tribunal estima que las imputaciones del demandante deben rechazarse y que el Acuerdo del Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia de archivar el expediente resulta correcto.

Por todo ello, el Tribunal

RESUELVE

Único: Desestimar el recurso interpuesto por el Consejo Andaluz de Colegios Médicos contra el Acuerdo del Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia de 25 de agosto de 1999, que dispone el archivo de la denuncia presentada por el Presidente del Consejo Andaluz de Colegios Médicos contra la Delegación Regional de Andalucía del Colegio Nacional de Ópticos y el Servicio Andaluz de Salud de la Junta de Andalucía, por presunta infracción de la Ley 16/1989, de 17 de julio (BOE del 18), de Defensa de la Competencia.

Comuníquese esta Resolución al Servicio de Defensa de la Competencia y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que contra ella no cabe recurso alguno en vía administrativa, pudiendo interponer recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses contados desde la notificación de esta Resolución.