

RESOLUCIÓN (Expte. R 719/07, Farmacéuticos Almería / Telefónica)

Consejo:

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

Madrid, a 26 de febrero de 2008

El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (el Consejo), con la composición expresada y siendo ponente el Consejero D. Julio Costas Comesaña, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente R 719/07, *Farmacéuticos Almería/TELEFÓNICA*, abierto en virtud del recurso interpuesto por D. J.J.D.T.L. contra el Acuerdo de 14 de febrero de 2007 del Director General de Defensa de la Competencia de sobreseimiento del expediente sancionador nº 2591/05, que tuvo su origen en la denuncia formulada por el recurrente contra el COLEGIO OFICIAL DE FARMACÉUTICOS DE ALMERÍA (COFA) y TELEFÓNICA, S.A., por presuntas conductas colusorias prohibidas por el artículo 1 de la *Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia* (LDC), consistentes en un acuerdo entre el COFA y TELEFÓNICA para implantar en las oficinas de farmacia de la provincia de Almería la conexión al sistema de receta electrónica (Receta XXI) establecido por el SERVICIO ANDALUZ DE SALUD (SAS), lo que supondría la imposición de TELEFÓNICA como único operador de telefonía para dichas oficinas de farmacia.

ANTECEDENTES

1. El 7 de marzo de 2007 tuvo entrada en el registro del Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) escrito de D. J.J.d.T.L. interponiendo recurso contra el Acuerdo del Director General de Defensa de la Competencia de 14 de febrero de 2007 de sobreseimiento del expediente sancionador nº

2591/05 del Servicio de Defensa de la Competencia (el Servicio), que trae causa de la denuncia formulada por el hoy recurrente contra el COFA y TELEFÓNICA, S.A.

2. En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 48.1 LDC, el 7 de marzo de 2007, el Servicio remitió al TDC el expediente junto con su informe, en el que se considera que el recurso ha sido interpuesto en plazo, y que las alegaciones realizadas en el escrito de recurso no desvirtúan el contenido del Acuerdo de Sobreseimiento impugnado, que debe mantenerse.
3. Por Providencia del Pleno de fecha 22 de marzo de 2007, el TDC admitió a trámite el recurso, nombró ponente, designó a quienes se consideran partes interesadas en el expediente, y puso éste de manifiesto para que, en el plazo que dispone la Ley, los interesados formularan alegaciones y presentasen los documentos y justificaciones que estimasen pertinentes. En este trámite comparecieron las denunciadas COFAS y TELEFÓNICA, mediante escritos de 16 y 18 de abril de 2007, respectivamente, en los que manifiestan su conformidad con el acuerdo de Sobreseimiento objeto de recurso y, en consecuencia, solicitan la desestimación del recurso formulado por D. J.J.d.T.L.
4. El 1 de septiembre de 2007 entró en vigor la *Ley 15/2007 de 3 de julio de Defensa de la Competencia*, que deroga la *Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia* y crea la Comisión Nacional de la Competencia.
5. El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia deliberó y falló este recurso en la sesión de 31 de enero de 2007.
6. Son interesados en este expediente:
 - D. J.J.D.T.L.
 - COLEGIO OFICIAL DE FARMACÉUTICOS DE ALMERÍA (COFAS)
 - TELEFÓNICA, S.A.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Primero.- El 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 Disposición Transitoria Primera de esta Ley, en su número 1, dispone que los procedimientos sancionadores en materia de conductas prohibidas incoados antes de la entrada en vigor de esta Ley se tramitarán y resolverán con arreglo a las disposiciones vigentes en el momento de su inicio.

Segundo.- La cuestión que se ventila en el presente expediente de recurso es si el sobreseimiento realizado por el Servicio, mediante Acuerdo de 14 de febrero de 2007 del Director General de Defensa de la Competencia en el expediente nº 2591/05, ha sido o no procedente.

El Servicio, en esencia, fundamenta el sobreseimiento en que todo acuerdo por el que se elige una entre varias opciones disponibles siempre supone una restricción, pero no todas las restricciones suponen una infracción de la prohibición del art. 1 LDC, y en el presente caso no se puede decir que exista tal infracción, pues la aceptación de la oferta de Red Corporativa de TELEFÓNICA por parte de la Presidenta del COFA (posteriormente ratificada por la Asamblea General) suponía un compromiso de colaboración durante tres años en la implantación de la Receta XXI en Almería, pero no establecía una obligación de vinculación comercial entre las partes ni una penalización en el caso de que alguna de ellas decidiera unilateralmente desvincularse del proyecto antes de ese plazo. Una vinculación contractual que sólo surge con el contrato celebrado el 20 de enero de 2007, por un año, renovable anualmente por un plazo máximo de 5 años previo el consentimiento expreso de ambas partes. Por tanto, en atención a estas circunstancias, y puesto que el sistema técnico elegido por el COFAS cumplía las exigencias técnicas y de seguridad impuestas por el SAS, el Servicio considera que el acuerdo no ha tenido por objeto o efecto restringir la competencia y, en particular, no ha cerrado el mercado a otros operadores de telefonía.

El ahora recurrente alega, en esencia, que la aceptación por la Presidenta del COFA el 12 de enero de 2005 de la propuesta de TELEFÓNICA de creación de Red Corporativa de fecha 13 de abril de 2004 constituye un acuerdo en el sentido del art.1 LDC, que frente a lo afirmado por el Servicio no tenía por objeto un proyecto de Red Corporativa (que se habría desarrollado ya entre la

fecha de la oferta y la de aceptación), sino propiamente la implantación efectiva de una Red Corporativa que permitiese conectarse a las farmacias con el sistema Receta XXI del SAS. Afirma, también, que el sistema de conexión elegido por el COFA no venía impuesto por las exigencias técnicas y de seguridad impuestas por el SAS, pues éste se limita a exigir un único operador de entrada desde cada Colegio al SAS, pero con libertad de operador telefónico desde las farmacias a cada Colegio, como lo demostraría el hecho de que el Colegio de Córdoba haya elegido un sistema de conexión respetuoso con la libertad de elección de operador, ya que el farmacéutico puede elegir cualquier operador de acceso seguro a Internet y cambiar cuantas veces quiera y en el momento que desee, y sin restricción o eliminación de la competencia entre operadores de telefonía.

Tercero.- Son hechos de necesario conocimiento para enjuiciar la cuestión planteada por el recurrente, los siguientes:

- La Receta XXI es un nuevo modelo de prescripción y dispensación de los medicamentos y productos sanitarios incluidos en la financiación pública. El sistema consiste en que cuando el médico prescribe un medicamento o producto sanitario a un paciente a través de la historia digital del ciudadano, disponible en las consultas médicas, determinados datos de la prescripción se graban en un “Módulo Central de Dispensación”. En este módulo, para ese paciente, identificado previamente en la base de datos de usuarios, se crea un crédito farmacéutico con el tratamiento completo autorizado por el médico para cada medicamento o producto sanitario. Para la dispensación de los productos prescritos por el médico, el paciente se dirigirá a una oficina de farmacia donde presentará su tarjeta sanitaria como medio de autenticación y como dispositivo que servirá al farmacéutico para acceder vía telemática al “Módulo Central de Dispensación” donde consta la medicación y las características del tipo de financiación que corresponda.
- El 27 de noviembre de 2002 el SAS y el Consejo Andaluz de Colegios Oficiales de Farmacéuticos (CACOF) firmaron un acuerdo para la implantación de la receta electrónica.
- El 27 de octubre de 2003 TELEFÓNICA realizó una oferta al CACOF para la instalación del sistema Receta XXI, que según TELEFÓNICA fue aceptada por el CACOF, si bien no se firmó ningún documento.

- El 12 de diciembre de 2003, el SAS y el CACOF acordaron: las localidades donde se iba a llevar a cabo el pilotaje de la receta XXI; las características que debían cumplir las operadoras contratadas por los Colegios (las direcciones IP de cada puesto en las farmacias deberían ser visibles por el servidor situado en el SAS; la conexión al sistema se haría por red privada y no por Internet; sólo existirían dos posibles puntos de entrada a la Red del SAS: el nodo de acceso único por donde entrarían las conexiones de TELEFÓNICA y el nodo de acceso neutro en Sadesi por donde tendría que entrar cualquier otro operador; el direccionamiento IP de cada puesto sería suministrado por SAS-Sadesi), y el procedimiento de facturación y pago de las dispensaciones efectuadas a través de Receta XXI (folios 159 a 169).

- Puesto que había Colegios Oficiales de Farmacéuticos que no aceptaban la solución acordada por TELEFÓNICA y el CACOF, este operador realizó ofertas similares a los distintos Colegios andaluces, aunque a solicitud de algunos (del de Córdoba, Granada y Jaén) TELEFÓNICA desarrolló una nueva oferta mediante el llamado servicio “Macrolan”, que permite a cada farmacia contratar la conexión de Internet con el operador que quisiera. A juicio de TELEFÓNICA este sistema (adoptado por los citados tres Colegios) no ofrece las mismas garantías de seguridad que el “Netlan” (ofertado al CACOF y al COFA), porque implica el paso por Internet de la información manejada. El COFA, ante la duda de que las soluciones adoptadas por los Colegios de Córdoba, Granada y Jaén cumplieran con los requisitos establecidos por el SAS, optó por la solución o sistema de conexión “Netlan” de TELEFÓNICA, según la cual todas las oficinas de farmacia deberían contratar su ADSL o RDSI con TELEFÓNICA.

- Preguntado el SAS por el Servicio sobre si es necesario disponer de conexión ADSL de un operador determinado, el SAS afirma que los requisitos exigidos para la conexión al sistema Receta XXI son los siguientes: *“Las oficinas de Farmacia pueden disponer de la línea de conexión que deseen (ADSL, RTD, RDSI, et.) y de cualquier operadora. El Colegio Oficial de Farmacéuticos debe disponer de una línea que conecte a las diferentes oficinas de farmacia de su provincia con la red corporativa de la Junta de Andalucía. Esta línea puede ser también contratada con cualquier operadora. En consecuencia no existe obligación de contratar con una operadora determinada”* (folios 22 a 23).

- En el documento del SAS “Informe sobre cumplimiento de los requerimientos de conectividad para el proyecto receta XXI” de 3 de noviembre de 2004 se afirma que el respeto de los requisitos derivados de

la Ley de Protección de Datos de Carácter Personal de 1999, exige que “la conexión al sistema se realizará por red privada. Estas conexiones no se realizarán por vía Internet. En caso de acceso mediante Internet, éste se realizará mediante tecnologías que aseguren la confidencialidad de la información (IPSEC, VPN) que aseguren el establecimiento de redes privadas virtuales en un entorno de redes públicas” (...) estas normas no suponen la exclusión de ningún operador, pero debido a la complejidad que supone la interconexión entre distintos operadores, el Nodo de Acceso Neutro no es posible garantizar por parte del SAS el adecuado soporte para esta interconexión si existe más de un operador por provincia. La propuesta presentada por el Colegio Oficial de Farmacéuticos de Córdoba no cumple las siguientes condiciones:

- La identificación IP de todos y cada uno de los puestos de la oficina de farmacia. El SAS condiciona la aprobación de cualquier solución a la identificación unívoca del acceso por puesto mediante dirección IP. El proceso de autenticación asegura la persona o entidad que tiene el acceso, no la ubicación del mismo, hecho este que es el objetivo de esta medida.
- La propuesta presentada tampoco garantiza la identificación del número llamante caso de utilizar redes conmutadas. En caso de utilizar enlaces conmutados (RDSI, RTB, GSM, GPRS...) por problemas de cobertura para montar enlaces permanentes (FR, ADSL, Punto a Punto...) será preciso que el operador identifique el número llamante para evitar accesos desde ubicaciones distintas a las autorizadas.
- El estudio presentado carece de redundancia en la unión con el Nodo de Acceso Neutro (NAN). Esta redundancia sí se mantiene por parte del SAS desde el NAN hasta nuestra red.” (folios 37 a 38).
- El 12 de enero de 2005, la Presidenta del COFA aceptó la propuesta de TELEFÓNICA de red corporativa de fecha 13 de abril de 2004. En particular, en la carta de la Presidenta se puede leer:

“En referencia a la propuesta Técnico-Económica de su empresa, de referencia 2004-134731-0016/2 y fecha 13/04/2004, elaborada como respuesta a la demanda de comunicaciones del proyecto Receta XXI, he de comunicarle la aceptación por parte de este Colegio de dicha propuesta en los siguientes términos:

1.- Modelo NET LAN dotando a nuestra sede principal en el Colegio de un acceso tipo.

2.- Incorporación de los elementos de seguridad propuestos.

3.- Dotación de acceso a Internet a todo el colectivo.

En base a esta aceptación he de solicitarle, por un lado a sus técnicos procedan a contactar con este Colegio para la programación de los trabajos necesarios para la puesta en marcha del proyecto y, por otro lado se establezcan las negociaciones necesarias que nos permitan formalizar el contrato de servicios.”

- El 4 de febrero de 2005, el denunciante se dirigió al COFAS solicitando el contrato con TELEFÓNICA para la implantación de la Receta XXI.
- El 20 de marzo de 2005 un técnico de TELEFÓNICA procedió a instalar en la Farmacia del denunciante la infraestructura necesaria para la dispensación de la receta electrónica. El denunciante envió un Burofax a TELEFÓNICA, el 29 de marzo de 2005, exigiendo la retirada de la instalación, que tuvo lugar el 11 de abril de 2005. Posteriormente, el 15 de mayo de 2005, TELEFÓNICA giró una factura al denunciante a nombre del COFA por la instalación.
- A solicitud del denunciante y de otros farmacéuticos, el 9 de abril de 2005, el COFAS celebró Asamblea General Extraordinaria, en la que se sometió a votación la posibilidad de aceptar el sistema adoptado por el Colegio de Córdoba (sistema Macrolan, que permite a cada farmacia contratar la conexión de Internet con el operador que quiera para la implantación de la receta electrónica) o el establecimiento de la red corporativa del Colegio de Almería (la solución Netlan de TELEFÓNICA, que implica –a los efectos del objeto de la denuncia- que todas las oficinas de farmacia de Almería –que deseen operar con la receta electrónica- deberían contratar su ADSL o RDSI con TELEFÓNICA). El resultado de la votación fue de 72 votos a favor de la red corporativa del Colegio de Almería, una abstención y ningún voto a favor del sistema adoptado por el Colegio de Córdoba (el denunciante y otros se ausentaron antes de la votación). En la misma reunión se informó a los colegiados de que la adhesión al sistema operativo convenido por el COFA y TELEFÓNICA era decisión individual, libre y voluntaria de cada uno de los colegiados.

En el acta de esta Asamblea, en el apartado de ruegos y preguntas, un representante del COFA afirma que el “contrato con TELEFÓNICA... sería durante tres años” (folios 58 a 62).

- Según datos del COFA, en Almería existían al tiempo del suministro de la información al Servicio 273 oficinas de farmacia, de las que 180 habían contratado con TELEFÓNICA la línea ADSL (66%), y 93 no habían adoptado el sistema de TELEFÓNICA ni se habían adherido al sistema de receta electrónica por ser farmacias pequeñas con dificultades para hacer frente a los costes de su informatización. En octubre de 2006, el Servicio solicitó información a determinadas farmacias ubicadas en municipios de más de 6000 habitantes. La mayoría contestaron que no tenían instalado el sistema de receta electrónica porque no se había implantado en los centros de salud de sus municipios. Una de ellas si lo tenía implantado y el operador de telecomunicaciones era TELEFÓNICA y otras dos, pese a no dispensar con el sistema, tenían contratada una línea ADSL con TELEFÓNICA a título personal. No obstante, una de las farmacias consultadas afirmaba que el COFA le ofreció la posibilidad de contratar el servicio con el operador que eligiese. Por último, la farmacia de Carboneras, que no se había adherido al sistema por no estar implantado en su centro de salud, se quejaba de que el COFA no les daba más posibilidad que la de contratar con TELEFÓNICA cuyas tarifas son muy altas.
- El 20 de enero de 2007 el COFA y TELEFÓNICA suscribieron un contrato (declarado confidencial por el Servicio) que tiene por objeto establecer el marco de cooperación necesario entre las partes para la implantación del proyecto de Receta XXI y de la Red Corporativa del COFA dentro del Servicio Netlan proporcionado por TELEFÓNICA, por un año prorrogable por años con el consentimiento expreso de ambas partes, sin que su duración total pueda exceder de 5 años.

Cuarto.- El Servicio sobresee el expediente porque descarta que el acuerdo o acuerdos entre el COFA y TELEFÓNICA objeto de la denuncia constituyan una infracción de la prohibición de acuerdos colusorios. Con este objeto, y aunque se afirma que no es necesario delimitar el mercado relevante para aplicar el art. 1 LDC, pero puesto que TELEFÓNICA en sus alegaciones lo define como el “*mercado nacional de conectividad de Banda Ancha*” (en el que las 273 farmacias representarían un porcentaje inferior al 0,0067%), el Servicio afirma que el mercado relevante sería el de la “*conectividad de banda ancha de las farmacias de Almería para acceder al sistema Receta XXI*” puesto que según el acuerdo entre TELEFÓNICA y el COFA y los

requisitos exigidos por el SAS, no era válida la conexión a través de cualquier operador de banda ancha. En el mercado definido por TELEFÓNICA, la demanda la constituyen todos los ciudadanos interesados en la conexión al sistema de banda ancha que pueden elegir el operador que deseen para la prestación del servicio pero, en el caso que nos ocupa, la demanda la constituyen las farmacias de Almería para conectarse al sistema Receta XXI. Dichas farmacias al haber adoptado, a través del acuerdo TELEFÓNICA/COFA, la solución Netlan, no pueden elegir cualquier operador sino que se ven obligadas a contratar todas con un único operador su conexión a la banda ancha. En ese mercado se ha comprobado que al menos el 67% de las farmacias han contratado su línea ADSL con TELEFÓNICA y las que no lo han hecho tampoco han contratado con otro operador sino que, simplemente, todavía no han instalado el sistema Receta XXI. Por tanto, a través del acuerdo COFA/TELEFÓNICA, esta última entidad ostentaría el monopolio de los servicios de Internet de las farmacias de Almería durante el periodo de duración del acuerdo.

En relación con la aceptación por la Presidenta del COFA de la Oferta de Red Corporativa realizada por TELEFÓNICA, el Servicio considera que “suponía un compromiso para colaborar, durante tres años, en la implantación de la receta electrónica en Almería, pero no establecía una obligación de vinculación comercial entre las partes ni una penalización en el caso de que alguna de las partes decidiera desvincularse del proyecto en cuestión antes de finalizar los tres años. Esa vinculación sólo surge en el contrato de 20 de enero de 2007”. En todo caso, el Servicio entiende que de existir el acuerdo que afirma el denunciante, éste fue acordado por la Asamblea del Colegio, y de conformidad con sus estatutos, los acuerdos de la Asamblea son *“inmediatamente ejecutivos, sin perjuicio de los recursos que en contra de ellos procedan, serán obligatorios y vincularán a todos los colegiados sin ninguna excepción.”* Por tanto, pese a que esta Junta General tuvo lugar con posterioridad a la decisión del COFA de aceptar la propuesta Netlan de TELEFÓNICA, el acuerdo adoptado en la misma, según la información de que dispone el Servicio, no fue recurrido y, por consiguiente, era inmediatamente ejecutivo y vinculaba a todos los colegiados.

Por otra parte, el Servicio sostiene que si bien es cierto que la elección de un sistema de conexión entre varios posibles técnicamente supone una restricción porque necesariamente excluye al resto de los disponibles en el mercado, ello no implica obligatoriamente una infracción de la LDC pues, de acuerdo con el enunciado del artículo 1 LDC, para que el acuerdo sea restrictivo de la competencia debe tener por objeto, producir o poder producir el efecto de impedir, restringir, o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional. Y no cabe sino concluir que el acuerdo

COFA/TELEFÓNICA, en la medida en que tiene una duración de un año, no puede considerarse que se trate de un acuerdo que tenga por efecto la exclusión de otros operadores del mercado. Pero tampoco se puede decir que el citado acuerdo tuviera por objeto restringir la competencia, sino que fue una elección que se llevó a cabo para cumplir unos requerimientos técnicos establecidos por el SAS y que este organismo planteó al CACOF en las primeras reuniones de implantación de la receta electrónica.

Quinto.- El denunciante discrepa del Servicio en la calificación jurídica dada a la carta de 12 de enero de 2005 de la Presidenta del COFA aceptando la propuesta de TELEFÓNICA, y entiende que tiene la naturaleza jurídica de aceptación de la oferta realizada por TELEFÓNICA, y por tanto desde esa fecha existe vinculación contractual entre las partes, y tanto es así que desde esa fecha TELEFÓNICA empezó a prestar servicios a cambio de una retribución, como prueba la factura que presentó al Servicio. Una relación contractual que se “perpetúa” con el contrato firmado el 20 de enero de 2007, por un año, prorrogable por años, hasta un máximo de cinco años.

En relación con esta cuestión, TELEFÓNICA manifiesta en sus alegaciones ante el TDC que, por medio de esta carta de la Presidenta, el COFA aceptó la propuesta técnico-económica u oferta que le había presentado para la creación de una red corporativa entre todas las farmacias de Almería y el COFA, y dentro de ésta canales seguros de comunicación con el SAS para acceder a la base de datos que permite la operatividad de la receta electrónica. Asimismo, afirma TELEFÓNICA que esta misma oferta fue posteriormente sometida a votación en la Asamblea General del COFA de 9 de abril de 2005, siendo aprobada por todos los socios que votaron, registrándose una abstención y ningún voto en contra (mejor dicho, ningún voto a favor del sistema alternativo adoptado por el Colegio de Córdoba). A juicio de TELEFÓNICA esa relación comercial tenía por objeto “iniciar la implantación del proyecto Receta XXI con vistas a la posible formalización de un contrato”, que finalmente se formalizó el 20 de enero de 2007, por un año prorrogable anualmente con el consentimiento expreso de ambas partes. Añade TELEFÓNICA que el plazo de tres años fue demandado por el CACOF, pero que tal plazo respondía a una racionalidad económica y técnica: costes de entrada que las farmacias tenían que soportar y tiempo necesario para desplegar la red a todas las farmacias de Andalucía (unas 3.500). No obstante, TELEFÓNICA señala que su Oferta al COFA aceptada por la Presidenta por medio de la referida carta de enero de 2005, no establecía plazo alguno, ni penalización por ruptura unilateral antes de los tres años. Por todo lo anterior, TELEFÓNICA considera que, en la medida en que ambas partes podían resolver esa relación contractual, no se puede

apreciar “cierre de mercado alguno derivada de esta relación” en razón a su duración.

Frente a las anteriores consideraciones del Servicio, el denunciante estima que el acuerdo entre el COFA y TELEFÓNICA es restrictivo de la competencia, y no ya tanto porque las partes contractuales se pudieran desvincular unilateralmente del mismo en cualquier momento, como por el hecho de que el sistema Netlan de TELEFÓNICA adoptado por el COFA impone este operador a todas las farmacias de Almería como proveedor de servicios de ADSL, eliminando la competencia proveniente de otros proveedores de servicios de ADSL en Almería. Unos efectos restrictivos que no desaparecerán hasta que el COFA siga vinculado al sistema Netlan de TELEFÓNICA, que es el que impide técnicamente que otros operadores puedan dar servicio ADSL desde las farmacias hasta el Colegio a los efectos de operar con la Receta XXI. Y añade que estos efectos se pueden predicar igualmente respecto del contrato de 20 de enero de 2007. Por el contrario, TELEFÓNICA sostiene que tanto el acuerdo de 12 de enero de 2005 como el de 20 de enero de 2007 no son restrictivos, pues en absoluto se puede afirmar que eliminan la competencia entre ella y sus competidores, porque la posibilidad de desvincularse en el primer contrato y la necesidad de consentimiento expreso en el segundo de los contratos, permite a cualquier competidor de TELEFÓNICA arrebatarse el cliente haciéndole una mejor oferta.

Para el denunciante el acuerdo es restrictivo y no existe razón objetiva que lo justifique, pues no es cierto que el SAS requiera (por razones de confidencialidad de los datos y seguridad informática) un solo operador por provincia. En realidad la exigencia de SAS es que cada Colegio se conecte a él a través de un único operador telefónico, pero nada dispone sobre cómo se conectan los farmacéuticos con el operador del Colegio, y prueba de que ello es así es que el Colegio de Córdoba contrató con TELEFÓNICA pero mediante el sistema Macrolan, que permite que cada farmacéutico elija cualquier proveedor que cumpla los requisitos de seguridad exigidos por el SAS. TELEFÓNICA, por el contrario, afirma que las limitaciones técnicas que contiene el sistema Netlan contratado por el COFA derivan (como afirma el Servicio) de las exigencias de confidencialidad y seguridad que el SAS quería garantizar. En todo caso, insiste que esta justificación no es necesaria porque el sistema Netlan no tiene por objeto o efecto restringir la competencia entre los operadores de telecomunicaciones, con lo que es irrelevante que puedan existir sistemas técnicamente alternativos como el Macrolan, que considera no responde de la misma manera a las exigencias de seguridad y confidencialidad impuestas por el SAS ni a las exigencias de fiabilidad que se

exigen a un proyecto de la envergadura del sistema de receta electrónica XXI del SAS.

El denunciante hoy recurrente tampoco considera que la aprobación del acuerdo controvertido por la Asamblea General del COFA (en la que se dijo que el sistema de TELEFÓNICA no era vinculante) elimine su carácter restrictivo. TELEFÓNICA, por el contrario, alega que la aprobación del sistema Netlan por el COFA tuvo lugar por los cauces de representatividad establecidos en sus Estatutos, por mayoría absoluta de los votos emitidos en la Asamblea General de 9 de abril de 2005 y sin ningún voto en contra frente a la alternativa del sistema Macrolan, pero además considera que el COFA “no tenía por qué adoptar el sistema que ofreciese más posibilidades de competencia más aún cuando el sistema elegido no restringe la competencia”.

Sexto.- En sus alegaciones ante el TDC, el COFA ha alegado que el denunciante carece de legitimación para recurrir el acuerdo del Servicio por carecer de interés legítimo. Ha consentido el acuerdo del COFA de 9 de abril de 2005 y porque finalmente el 11 de octubre de 2006 ha solicitado conectarse al sistema Receta XXI a través de TELEFÓNICA. Afirma también que, el Colegio no ha impuesto a los colegiados ningún operador concreto, sino que cada colegiado puede optar por cualquier operador que fuese compatible con el SAS, y así se dijo en la Asamblea de 9 de abril de 2005, y que el sistema Netlan de TELEFÓNICA elegido cumple la exigencia del SAS de que existiese un solo operador por provincia.

Séptimo.- El Consejo considera que el Acuerdo de Sobreseimiento impugnado es conforme a Derecho y, por tanto, procede su confirmación. Pero discrepa de determinadas valoraciones realizadas por el Servicio.

En particular, el Consejo entiende que la carta de la Presidenta del COFA de 12 de enero de 2005, en la medida en que acepta la oferta previamente formulada por TELEFÓNICA, manifiesta o exterioriza el consentimiento del Colegio en obligarse frente a la oferente en los términos que resultan de la oferta y la aceptación (arts. 1254 y 1262 Código civil y 54 de Código de Comercio). El COFA y TELEFÓNICA señalan que el objeto era la colaboración para desarrollar un proyecto piloto de implantación de la receta electrónica en Almería. El hecho de que la receta médica electrónica no se haya regulado hasta el Decreto 181/2007, de 19 de junio (Boletín Oficial de la Junta de Andalucía de núm. 123, de 22.06.2007) induce al Consejo a considerar que ése era en efecto el objeto de ese acuerdo. Pero sea cual

fuere el objetivo o la naturaleza de la relación controvertida, lo cierto es que existiendo consentimiento de las partes para obligarse sobre una determinada prestación existe acuerdo en el sentido del art. 1 LDC, que además no sólo ha vinculado a las partes concertadas sino también a terceros: los farmacéuticos. Porque, en efecto, el 20 de marzo de 2005, un técnico de TELEFÓNICA procedió a instalar en la Farmacia del denunciante la infraestructura necesaria para la dispensación de la receta electrónica. El denunciante envió un Burofax a TELEFÓNICA, el 29 de marzo de 2005, exigiendo la retirada de la instalación, que tuvo lugar el 11 de abril de 2005. Posteriormente, el 15 de mayo de 2005, TELEFÓNICA giró una factura al denunciante a nombre del COFA por la instalación. Asimismo, el denunciante aportó al expediente una factura de TERRA de fecha 18 de agosto de 2005, en la que figuraba una cuota mensual de ADSL plus por un valor de 40,54€ y otra factura de TELEFÓNICA, de fecha 19 de septiembre de 2005 por una RDSI con una cuota de 48,64€.

El Consejo tampoco comparte la delimitación del mercado realizada por el Servicio, definido como el mercado de la “*conectividad de banda ancha de las farmacias de Almería para acceder al sistema Receta XXI*”, debido a que, según el acuerdo entre TELEFÓNICA y el COFA y los requisitos exigidos por el SAS, no era válida la conexión a través de cualquier operador de banda ancha. No parece que los requisitos de seguridad exigidos por el SAS permita fundamentar un mercado tan estrecho, en el que las condiciones de competencia sean significativamente distintas a las que existen en un mercado más amplio como pudiera ser el mercado nacional de provisión de redes privadas virtuales o redes de comunicación corporativa. Pero, aun situados en el mercado delimitado por el Servicio, el Consejo considera que ni el acuerdo de 12 de enero de 2005 ni el acuerdo de 20 de enero de 2007, aun cuando eliminan la libertad del farmacéutico para elegir un proveedor de servicios de banda ancha distinto al seleccionado por el Colegio, tienen por objeto o efecto restringir la competencia en el mercado, atendiendo al contenido y duración de los mismos, y al contexto en el que tienen lugar (implantación del sistema de receta electrónica del SAS).

El Consejo conviene con el Servicio que toda elección entre las distintas ofertas de redes privadas virtuales que cumplan los requisitos técnicos impuestos por el SAS conlleva una restricción, porque tal elección necesariamente excluye a las demás ofertas, pero sería absurdo afirmar que todo acuerdo resulta prohibido por el art. 1 LDC, como sucede en este expediente. En relación con el contrato de 12 de enero de 2005, TELEFÓNICA señala que su oferta al COFA aceptada por la Presidenta (mediante carta de tal fecha) no establecía plazo alguno. Ahora bien, la propia operadora de telefonía reconoce que el plazo de tres años le fue demandado

por el CACOF y no es menos cierto que el Acta de la Asamblea del COFA de 9 de abril de 2005 (que ratifica la previa aceptación de la Presidenta por el sistema Netlan de TELEFÓNICA, contiene la afirmación de que el contrato con TELEFÓNICA sería por tres años. Todavía más, TELEFÓNICA argumenta que tal plazo de duración respondía a una racionalidad económica y técnica: los costes de entrada que las farmacias tenían que soportar y al tiempo necesario para desplegar la red a todas las farmacias de Andalucía (unas 3.500). El Consejo comparte que esta duración inicial de tres años podría estar justificada, siendo relevante a estos efectos el hecho de que el acuerdo no contempla cláusulas de penalización por ruptura unilateral antes de los tres años. El nuevo contrato de 20 de enero de 2007 tiene una vigencia anual, con posibilidad de prórrogas por igual periodo, pero éstas no son automáticas sino que exigen la previa aceptación expresa de las partes y están sometidas a una duración máxima de 5 años. Por consiguiente, el Consejo coincide con el Servicio en que, en estas circunstancias, no se puede afirmar que tales acuerdos tengan aptitud para cerrar ni el mercado relevante definido por el Servicio ni, mucho menos, un mercado más amplio como pudiera ser el mercado nacional de redes privadas virtuales, en la medida en que no se aprecian especiales (o particulares) costes de cambio entre proveedores de redes privadas virtuales, y que el COFA, sin penalización y en cualquier momento durante la vigencia del primer acuerdo o, actualmente, cada año, puede solicitar o aceptar de los restantes oferentes de redes privadas virtuales ofertas más atractivas que la acordada con su actual proveedor.

Por todo lo anterior, vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia,

HA RESUELTO

ÚNICO.- Desestimar el recurso interpuesto por D. J.J.D.T.L. contra el Acuerdo de 14 de febrero de 2007 del Director General de Defensa de la Competencia de sobreseimiento del expediente sancionador nº 2591/05, que tuvo su origen en la denuncia formulada por el recurrente contra el COLEGIO OFICIAL DE FARMACÉUTICOS DE ALMERÍA (COFA) y TELEFÓNICA, S.A. por presuntas conductas colusorias prohibidas por el artículo 1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Investigación, y notifíquese a los interesados, 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.