

## **RESOLUCIÓN** **(Expte. S/0218/10 Genoma España)**

### **Consejo:**

D. Luis Berenguer Fuster, Presidente  
D<sup>a</sup>. Pilar Sánchez Núñez, Vicepresidenta  
D. Julio Costas Comesaña, Consejero  
D<sup>a</sup> María Jesús González López, Consejera  
D<sup>a</sup> Inmaculada Gutiérrez Carrizo, Consejera

En Madrid, a 12 de Julio de 2010

El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (el Consejo), con la composición expresada y siendo Ponente la Consejera D<sup>a</sup> María Jesús González López ha dictado la siguiente Resolución en el expediente, S/0218/10 Genoma España, que trae causa de la denuncia formulada por D. XXX, Agente Oficial de la Propiedad Industrial por supuestas conductas prohibidas por la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC).

### **ANTECEDENTES**

1. Con fecha 18 de mayo de 2010 la Dirección de Investigación de la CNC (en adelante DI), de acuerdo con lo previsto en el artículo 49.3 de la LDC, elevó al Consejo de la CNC propuesta de no incoación del procedimiento sancionador y archivo de las actuaciones llevadas a cabo en el expediente S/0218/10 Genoma España.
2. La DI recoge en su Informe y Propuesta, los Antecedentes de hecho que a continuación se transcriben:
  - (1) *Con fecha 9 de diciembre de 2009 tiene entrada en la Comisión Nacional de la Competencia nota sucinta del Servicio de Defensa de la Competencia de la Comunidad Valenciana en la que se comunica que con fecha 27 de noviembre de 2009 se recibió en el Tribunal de Defensa de la Competencia de la Comunidad Valenciana, denuncia de D. XXX, Agente Oficial de la Propiedad Industrial.*
  - (2) *Se trata de una denuncia relativa a la actuación, a su entender contraria a la Ley de Defensa de la Competencia, de la Fundación Genoma, al restringir el mercado nacional de servicios de propiedad industrial en sus licitaciones, en las que se fijan directamente los precios de servicios, se limita el mercado de servicios al actuar a través de un panel de agencias de propiedad intelectual determinado y se sitúa en una posición de desventaja a unos profesionales frente a otros.*

- (3) *Por otro lado, el denunciante plantea el riesgo de que los programas de Genoma España incluidos en la denominada “Cartera Tecnológica” vulneren el marco comunitario de ayudas estatales de Investigación y Desarrollo, al discriminar al sector privado empresarial de las PYMES españolas y europeas a favor del sector público español, por lo que solicita se remita copia de la denuncia a la Dirección General de la Competencia de la Comisión Europa para la investigación formal relativa a presuntas ayudas ilegales.*

#### **I.1 Denunciante**

- (4) *D. XXX, Agente Oficial de la Propiedad Industrial con número de registro de la Oficina Española de Patentes y Marcas 853/2, y número Col.633 en el Colegio Oficial de Agentes de la Propiedad Industrial.*

#### **I.2 Denunciado**

- (5) *Fundación para el Desarrollo de la Investigación Genómica y Proteómica (Genoma España), inscrita en el Registro de Fundaciones del Ministerio de Educación y Ciencia, por Orden Ministerial de 9 de abril de 2002, con el Número 713. N.I.F. G-83164673, y con domicilio en calle Orense 69, 2ª planta, 28020 Madrid. La Fundación pertenece al sector público estatal conforme a lo previsto en la Ley de Fundaciones y la Ley General Presupuestaria.*
- (6) *La Fundación Genoma gestiona ayudas públicas a proyectos de investigación y financiación, entre otros capítulos, los costes de obtención de patentes. Para canalizar las ayudas que concede, Genoma España selecciona a través de concurso público entidades capacitadas para la prestación eficaz de los servicios en materia de protección industrial subvencionados.*
- (7) *En esta línea, mediante convocatoria de 2009 (BOE Núm. 138, de 8 de junio de 2009) Genoma España seleccionó a once Agencias de la Propiedad Industrial y fijó una cuantía de ayuda en función de los diferentes servicios que éstas prestan a los investigadores en el marco de la Cartera Tecnológica.*

#### **I.3 Contenido de la denuncia**

- (8) *En primer lugar el denunciante considera que la intervención pública desarrollada por la Fundación Genoma a través de la convocatoria y posterior resolución de la selección de servicios en materia de protección industrial, supone una práctica que implica una actuación discriminatoria y restricciones a la competencia al conceder a las once agencias de la propiedad industrial seleccionadas la exclusividad para prestar servicios de registro de patentes con honorarios subvencionados íntegramente con ayudas públicas, frente a las agencias no seleccionadas.*
- (9) *Esta situación se puede ver reforzada, a pesar de que la fijación de los honorarios por la profesión de agente de la propiedad industrial es libre, al determinar el pliego de forma directa los honorarios (cuantía máxima) por la prestación de servicios y al hacerlo, además, estableciendo dichos honorarios máximos por encima del coste orientativo fijado por el Colegio Oficial de Agentes de la Propiedad Industrial (COAPI) para 2009.*
- (10) *En base a ello el denunciante solicita: se adopte una medida provisional de cese y prohibición de oferta de agencias seleccionadas conforme a la “Resolución de la convocatoria para la solicitud de ofertas para la sección de servicios en materia de protección industrial” publicada en el BOE con fecha 8 de junio de 2009; se adopte una*

*medida de intimación de cese y prohibición de oferta de agencias seleccionadas; y se declare y sancione a Genoma España como responsable de una infracción a la normativa de defensa de la competencia.*

- (11) *En segundo lugar, el denunciante considera que la Cartera Tecnológica de la Fundación Genoma comporta un riesgo de vulneración y extralimitación de los objetivos del Marco comunitario sobre ayudas estatales de investigación y desarrollo, puesto que supone una discriminación de las PYMES españolas y europeas a favor del sector público español.*
- (12) *Por ello, el denunciante solicita se remita su denuncia para la investigación formal relativa a presuntas ayudas estatales ilegales a la Comisión Europea (Dirección General de Competencia) en relación a los tres programas de la Cartera Tecnológica de Genoma España.*

**3.** Al objeto de determinar si en los hechos denunciados concurrían las circunstancias para proceder a la incoación de un expediente sancionador, de conformidad con el artículo 49.2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, la DI inició una información reservada, antes de resolver la iniciación o no de expediente sancionador. En el marco de dichas actuaciones el 5 de marzo de 2010, la DI realizó un requerimiento de información a la Fundación Genoma España, que fue cumplimentado por ésta, el 18 de marzo del mismo mes.

**4.** Como resultado de la información recabada la DI recoge en su informe los siguientes hechos

#### **I. HECHOS**

- (13) *La Fundación Genoma tiene como fines, en el ámbito de las áreas estratégicas del Plan Nacional de I+D+I, y especialmente de la genómica y la proteómica: a) promover actividades de fomento y coordinación de la investigación que se desarrolla en España. b) lograr un mayor aprovechamiento y uso compartido tanto de los recursos como de los resultados de la investigación. c) actuar como observatorio de la investigación realizada en dichas áreas, así como realizar labores de prospectiva. d) estimular la participación de la sociedad civil, movilizándolo sus recursos en beneficio de los agentes generadores de conocimiento españoles.*
- (14) *El desarrollo de dichos fines fundacionales se realizará, entre otros, a través del seguimiento y apoyo a la transferencia tecnológica: servicios de identificación, protección, valorización (incluido el desarrollo tecnológico) y comercialización de los resultados de la investigación, ya sea financiada por la propia Fundación o por terceras entidades públicas o privadas, para asegurar su aplicación a nuevos métodos o productos que sirvan al fin fundacional.*
- (15) *En el supuesto concreto actual, Genoma España articula la financiación de los proyectos no mediante el abono directo de las ayudas dinerarias a los investigadores, sino a través del pago por cuenta de ellos de los gastos por los servicios que se presten objeto de ayuda.*
- (16) *Con el fin de conseguir la prestación de servicios de la mayor calidad posible, Genoma España lleva a cabo la selección de aquellos agentes de la propiedad industrial que cubran los requisitos cualitativos que considera adecuados para esta función, estableciendo asimismo unos honorarios máximos.*

- (17) *Los hechos denunciados hacen referencia a la selección, por parte de Genoma España, de un panel de Agentes de la Propiedad Intelectual a través de los cuales deben tramitarse las solicitudes de patentes para tener acceso a las ayudas de la Cartera Tecnológica de dicha fundación.*
- (18) *Así, Genoma España publica, mediante BOE número 138 de 8 de junio de 2009 (BOE-B-2009-19444), convocatoria para la solicitud de ofertas para la selección de servicios en materia de protección industrial, en concreto para la redacción, solicitud y mantenimiento de patentes en el área de biotecnología.*
- (19) *En dicha convocatoria se describen el objetivo del proceso y el contenido de las ayudas, así como los requisitos a cumplir por las ofertas y los criterios de selección a considerar en la resolución correspondiente. Dichos criterios, en base a los cuales evaluar las propuestas, son: experiencia previa, método de trabajo, equipo humano y presupuesto.*
- (20) *A 9 de julio de 2009, fecha de finalización del plazo de presentación de ofertas del concurso público, Genoma España había recibido 13 proposiciones.*
- (21) *El 23 de julio de 2009, el comité de evaluación analizó las propuestas presentadas y consideró que 11 de ellas cumplían las condiciones establecidas, seleccionándolas como proveedores de servicios de protección de los resultados de investigación financiados por Genoma España, por un plazo de dos años.*
- (22) *Dos de las propuestas, entre ellas la del denunciante, fueron descartadas por no cumplir los requisitos necesarios en cuanto a experiencia, metodología de trabajo, y equipo adecuados en el área de la biotecnología.*
- (23) *En referencia al denunciante, su solicitud alcanzó en la resolución del consejo de evaluación una valoración total de 10 puntos (sobre un total de 16 puntos, valorando cada criterio de 1 a 4), habiéndose establecido la puntuación de corte para formar parte de la selección de agencias en 12 puntos.*
- (24) *En su ficha de evaluación se considera que, a pesar de presentar unos precios muy buenos, su metodología es poco concreta y su experiencia en el sector biotecnológico escasa. Asimismo, se indica que no tiene personal específico en biotecnología, operando a través de asesores exteriores. Se subraya también su limitada admisión de trabajo (20 solicitudes de patentes anuales).*

**5.** Tras el análisis llevado a cabo la DI concluye que en los hechos denunciados no existen indicios de que *la actuación del denunciado haya sido llevada a cabo en concierto con las agencias adjudicatarias*, sino que se realiza mediante convocatoria pública y abierta a todos los agentes de la propiedad industrial, que está previsto se repita periódicamente, permitiendo la entrada de nuevos operadores. Y destaca que el proceso de selección de las agencias llevado a cabo, y en el que el denunciante no fue seleccionado por no cumplir los criterios exigidos en la base del concurso, se ha desarrollado respetando los principios de igualdad, concurrencia y objetividad, sin limitación alguna para presentarse o para ser seleccionado, más allá de la legítima exigencia de acreditar un nivel determinado de calidad acorde con el servicio a prestar. Respecto a la fijación de honorarios máximos en la convocatoria, descarta la DI su asimilación con una fijación de precios de las contempladas en el artículo 1.1.a) de la LDC y considera que se trata de topar el precio a pagar para limitar el

coste total de la actividad subvencionable. En resumen para la DI el objetivo último de las condiciones impuestas por la Fundación Genoma en la selección, es satisfacer *los criterios de eficacia, buen hacer y conveniencia para el interés público en sus actividades*.

Y por lo que se refiere a la denuncia de posible vulneración del Marco comunitario sobre ayudas estatales de investigación y desarrollo, la DI se remite a la competencia de la Comisión Europea, de acuerdo con lo previsto en el Reglamento (CE) nº 659/1999 del Consejo, de 22 de marzo de 1999, relativo a las modalidades de aplicación del Artículo 93 del Tratado CE (actual artículo 108 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea),

En consecuencia con su valoración, la DI, en su Informe y Propuesta de Resolución, elevado al Consejo con fecha 18 de mayo de 2010, propone la no incoación del procedimiento sancionador, así como el archivo de las actuaciones por considerar que en los hechos denunciados no hay indicios de infracción de la Ley 15/2007.

El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia deliberó y falló esta Resolución en su reunión de 30 de junio de 2010.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** El artículo 49.3 de la Ley de Defensa de la Competencia (LDC) dispone que el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, a propuesta de la DI, podrá no incoar los procedimientos derivados de la presunta realización de las conductas prohibidas por los artículos 1, 2 y 3 de esta Ley y archivar las actuaciones que se hayan llevado a cabo cuando no aprecie indicios de infracción de la LDC en los hechos investigados.

Además el artículo 25.5 del Reglamento de Defensa de la Competencia (RDC), aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero (BOE 27.02.2008), dispone que el acuerdo de no iniciación del procedimiento del Consejo de la CNC, a propuesta de la DI, deberá comunicarse al denunciante, indicando los motivos por los que no procede la iniciación del procedimiento de acuerdo con lo previsto en el artículo 49 de la LDC.

En este expediente la DI propone al Consejo la no incoación del procedimiento sancionador, así como el archivo de las actuaciones seguidas como consecuencia de la denuncia presentada formulada por D. XXX, Agente Oficial de la Propiedad Industrial por considerar que no hay indicios de infracción de la Ley de Defensa de la Competencia.

**SEGUNDO.-** De acuerdo con el denunciante Genoma España habría incurrido en supuestos de prácticas colusorias originados por la contratación administrativa en concierto con las agencias adjudicatarias. Así, su actuación estaría prohibida conforme al Artículo 1 de la Ley 15/2007, al fijar de forma directa los precios de

servicio, limitar el mercado de servicios y situar a unos competidores en situación desventajosa frente a otros.

El artículo 1 de la LDC prohíbe *todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional y, en particular, los que consistan en: a) La fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio. b) La limitación o el control de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones. [...] La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros.[...]*”

**Tercero.-** El Consejo coincide con la valoración realizada por la DI que de forma resumida se recoge en el punto 5 de los Antecedentes de Hecho, y considera que ni en hechos denunciados, ni en información reservada llevada a cabo por la DI, se aprecian circunstancias que justifiquen la incoación de un expediente sancionador.

El objeto de la denuncia se refiere al hecho de que para obtener la financiación pública que concede la Fundación a la protección y comercialización de la investigación, la tramitación de las solicitudes de patentes por parte de los investigadores que concurren a dichas ayudas, debe hacerse a través de unos determinados Agentes de la Propiedad Industrial (APIs), seleccionados por la Fundación y a los que se les imponen precios máximos para los distintos servicios. Para el denunciante ese comportamiento del denunciado, que es un Organismo Público, afecta a la competencia en el mercado de prestación de servicios de los APIs, discriminando a los APIs no elegidos y fijando los precios de los servicios.

Como se recoge en los HECHOS del informe de la DI que constan en el punto 4 anterior de los Antecedentes, la Fundación Genoma no establece acuerdos bilaterales con unos APIs determinados en detrimento de otros, ni fija los precios de los servicios, sino que convoca un concurso público para que todo aquel agente que esté interesado en realizar el servicio, en las condiciones cualitativas (experiencia previa, métodos de trabajo, equipo humano, etc.) y por unos honorarios dentro del límite fijado en los pliegos del concurso, pueda concurrir y formar parte del panel de APIs, a través de los cuales los investigadores perceptores de las ayudas tramiten sus expedientes a la oficina de patentes y marcas sin coste alguno, puesto que la Fundación realiza el pago de los honorarios directamente al agente elegido por el investigador.

Por tanto no existe discriminación alguna puesto que se ha convocado un concurso público que se ha desarrollado respetando los principios de igualdad, concurrencia y objetividad y al que se han podido presentar todos los agentes interesados en el citado panel, siempre que acrediten el cumplimiento de las condiciones de calidad exigidas en la prestación del servicio, condiciones que como dice la DI, son legítimas

y proporcionadas. De hecho el denunciante participó en dicho concurso, si bien fue excluido del mismo por no cumplir las condiciones fijadas en las bases.

Tampoco existe afectación de los precios puesto que lo que fija la Fundación Genoma España en su convocatoria es el techo máximo que está dispuesto a pagar por cada servicio, siendo los honorarios de los agentes libres dentro de dicho límite.

En conclusión en las actuaciones de la Fundación Genoma denunciadas, el Consejo no aprecia indicios de falseamiento de la competencia.

Sin perjuicio de lo anterior este Consejo quiere poner de manifiesto que para actuar ante la Oficina Española de Patentes y Marcas (OEPM), no es imprescindible hacerlo a través de un agente de la propiedad Industrial ni de ningún intermediario específico. La OEPM tiene el carácter de Administración Pública que se rige por lo dispuesto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común cuyo artículo 32, párrafo 2 establece que *“cualquier persona con capacidad de obrar podrá actuar en representación de otra ante las Administraciones Públicas”*. A este precepto se remite el artículo 155.1.a) de la Ley 11/1986, de 20 de marzo, de patentes, en cuyo número 2 se señala que la actuación ante la OEPM mediante agente de la propiedad industrial sólo es preceptiva para los no residentes en un Estado miembro de la Unión Europea. Siendo ello así, la actuación de la Fundación Genoma podría estar incentivando el papel de los APIs como intermediarios en detrimento de otras posibles alternativas, lo cual no parece la mejor opción para favorecer la competencia en estos servicios, si bien no es objeto del presente expediente ni a priori cae en el ámbito de la prohibición que el artículo 1 de la LDC establece y al que el denunciante se refiere.

En consecuencia, vista la propuesta de la Dirección de Investigación que se recoge en los Antecedentes y teniendo en cuenta los fundamentos anteriores, el Consejo de la CNC al no apreciar indicios de infracción de la LDC en los hechos analizados, considera que de acuerdo con el Artículo 49.3 de la misma Ley, no procede incoar expediente sancionador y acuerda archivar las actuaciones llevadas a cabo hasta este momento.

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

## **RESUELVE**

**PRIMERO:** No incoar procedimiento sancionador y archivar las actuaciones seguidas por la Dirección de Investigación en relación con la conducta de la Fundación para el Desarrollo de la Investigación Genómica y Proteómica (Genoma España), por no apreciar en la misma indicios de infracción de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.



Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Investigación, y notifíquese al denunciante y a la denunciada haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso alguno en vía administrativa, pudiendo interponerse recurso contencioso administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses contados desde su notificación.