

RESOLUCIÓN (Expt. r 655/05 v, TKI)

Pleno

D. Luís Berenguer Fuster, Presidente
D. Antonio del Cacho Frago, Vicepresidente
D. Antonio Castañeda Boniche, Vocal
D. Miguel Comenge Puig, Vocal
D. Javier Huerta Trolèz, Vocal,
D. Fernando Torremocha García-Sáenz, Vocal
D. Emilio Conde Fernández-Oliva, Vocal
D. Miguel Cuerdo Mir, Vocal
Dña. Pilar Sánchez Núñez, Vocal

En Madrid, a 8 de marzo de 2006.

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC), con la composición expresada arriba y siendo Ponente la Vocal Dña. Pilar Sánchez Núñez, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente de recurso r655/05 v, interpuesto contra el oficio del Servicio de Defensa de la Competencia (SDC) de 5 de mayo de 2005, referenciado como OF. 31/04 CLA, por el que se inadmite la denuncia formulada por D. José Raimundo Bikandi Zelaieta contra diferentes Sociedades Públicas y sus departamentos administrativos por considerar que las actuaciones realizadas por estos son contrarias al artículo 1 de la Ley 16/89 de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), y 81 del Tratado de la Unión Europea, ya que habrían favorecido, con iniciativas y orientaciones, una serie de productos en detrimento del proyecto TKI, del que el denunciante es promotor.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El 28 de abril de 2005 tuvo entrada en el SDC escrito del Departamento de Hacienda y Administración Pública del Gobierno Vasco remitiéndole el escrito de 22 de abril de 2005, y la documentación que lo acompaña, que el Sr. D. José Raimundo Bikandi Zelaieta les había presentado y que constituye una denuncia en referencia a la empresa creativo-industrial denominada TKI de la cual es promotor el denunciante. Los hechos que se denuncian se describen en los párrafos siguientes.
2. El Sr. D. José Raimundo Bikandi Zelaieta, promotor de la empresa TKI, dedicada a la producción y venta del diseño artístico y la creación plástica,

presenta el 18 de mayo de 2004, ante la agencia de desarrollo BEAZ, el Plan de negocio de su proyecto TKI para que dicho proyecto sea incluido en los Programas SUSTATU y EKINTZAILE. BEAZ es una sociedad pública creada en 1987 por la Diputación Foral de Bizkaia, cuyo objetivo es el de apoyar y promocionar la creación y desarrollo de nuevas iniciativas, de Pymes innovadoras, de nuevos productos, de empresas existentes y el de asesorar a las personas emprendedoras. Los programas SUSTATU y EKINTZAILE están dirigidos a proyectos de innovación industrial o base tecnológica avanzada.

El 6 de octubre de 2006 BEAZ responde a la solicitud del denunciante remitiéndole la relación de ayudas a las que se podría acoger siempre y cuando se cumplieran los requisitos incluidos en las mismas.

El denunciante se dirige de nuevo a BEAZ el 25 de octubre de 2004, y también al servicio de Promoción Empresarial de la Diputación Foral de Bizkaia, denunciando el hecho de que BEAZ le contesta a su solicitud una vez concluido el plazo para que su proyecto pueda ser incluido en el programa SUSTATU, informándole de la existencia de ayudas a empresas artesanas y también sobre DEMA (programas permanentes sobre la creación de empresas). El 24 de noviembre de 2004 la Diputación Foral de Bizkaia contesta al escrito anterior disculpándose por el hecho de que la tardía contestación de BEAZ haya impedido que se presentase al programa SUSTATU de 2004 e informándole de las siguientes cuestiones: (1) que el mismo programa será de nuevo convocado en los primeros meses de 2005 y podría por tanto presentarse entonces, (2) que su proyecto de empresa se ha presentado al programa EKINTZAILE, gestionado por la SPRI y que fue desestimado por la comisión de evaluación que estuvo formada por SPRI, CEDEMI, BEAZ y el Departamento, al entender que no alcanzaba el grado de innovación requerido, y (3) que los criterios de valoración del programa SUSTATU son mas exigentes con el grado de innovación que los del programa mencionado anteriormente.

El 10 de diciembre de 2004 el Sr. D. José Raimundo Bikandi Zelaieta responde al escrito recibido del Departamento Foral de Bizkaia en el que pone de manifiesto: (1) que el Departamento ha aplicado condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, y que el proyecto TKI es promotor de dichas prestaciones desde 1996 frente a productos de sustitución creados por la administración, (2) que se ha producido un reparto del mercado al marginar el proyecto TKI de los programas de

subvenciones publicas a la vez que se promueven proyectos similares, de forma que el proyecto TKI no puede acceder al mercado en igualdad de condiciones, y (3) pide a la administración que resuelva las situaciones señaladas anteriormente y que cese y repare el daño que sus actuaciones han ocasionado al promotor del proyecto TKI.

El 2 de enero de 2005 BEAZ responde al escrito de 25 de octubre de 2004 remitiéndole al denunciante la documentación sobre la valoración que su proyecto TKI obtuvo para la inclusión del mismo en el programa de subvenciones SUSTATU Y EKINTZAILE que gestiona BEAZ, que muestra que el citado proyecto no supera la fase de prediagnóstico. Ante esta respuesta el denunciante presenta recurso de Alzada ante BEAZ. También presenta recurso de Alzada contra la contestación de la diputación Foral de 25 de noviembre de 2005.

El 19 de enero de 2005 el denunciante presenta escrito ante el Departamento de Hacienda y Administración Pública del Gobierno Vasco por el que pide a la Dirección de Economía y planificación que subsane las omisiones de responsabilidad de otros departamentos gubernamentales respecto a la puesta en marcha del proyecto TKI.

El 22 de abril de 2005 la Dirección de Economía y Planificación remite al SDC nuevo escrito presentado el 8 de abril ante dicha Dirección, junto con un dossier formado por 194 páginas, firmado por el denunciante, pidiéndole dé traslado de lo presentado al Servicio de Defensa de la Competencia.

3. El 5 de mayo de 2005 el SDC da contestación al escrito recibido inadmitiendo la denuncia y fundamentando dicha inadmisión en los siguientes términos:

Primero: Los hechos concretos que el denunciante relata ponen de manifiesto que la Administración Publica está actuando como regulador, y no como operador económico, recordándole al denunciante la doctrina del TDC en cuanto al límite de actuación de las autoridades de competencia, frente a las Administraciones Públicas.

Segundo: No obstante lo anterior, tampoco se podría aplicar el artículo 1 de la LDC, ya que se trata de decisiones adoptadas unilateralmente por las entidades denunciadas. No hay bilateralidad, requisito básico para aplicar art.1 de la LDC y 81 del TUE, y

Tercero: La presunta conducta no afectaría de manera significativa a las condiciones de competencia y por tanto no cabría iniciar ningún procedimiento en aplicación de la LDC y tampoco del art. 81 del TUE.

4. El 25 de mayo de 2005 el denunciante presenta ante el TDC recurso contra la inadmisión de denuncia dictaminada por el SDC en su escrito de 5 de mayo de 2005.
5. El 26 de mayo de 2005 el TDC se dirige al denunciante para comunicarle que su recurso adolece de ciertos defectos, dándole plazo para la subsanación de los mismos.
6. El 2 de junio de 2005 el TDC recibe de nuevo el mencionado recurso subsanado de defectos y en el que se alegan las siguientes razones de impugnación:

Primera: sobre el límite de actuación de las autoridades de competencia dice que la Dirección General de Competencia Europea establece claramente que están *“prohibidas aquellas actuaciones por parte del Estado (Administraciones Públicas) que favorecen a unas firmas en detrimento de otras, sin entrar en la distinción operador-regulador”*.

Segunda: Sobre la no existencia de práctica concertada dice que es una comisión participada por distintas instituciones públicas, alguna de las cuales está promocionando otras sociedades públicas, la que ha tomado la decisión contraria a incluir el proyecto TKI en el programa de subvenciones, y por lo tanto no es una decisión unilateral, sino una practica concertada.

Tercera: Sobre que la presunta realización de conductas prohibidas por parte de los denunciados, que en todo caso no afecta de manera significativa a las condiciones de competencia en el Mercado, se alega que *“quizás no falsee las condiciones de competencia en todo el Mercado, pero si en una parte que supone un grave quebranto del proyecto TKI y de los derechos individuales de D. José Raimundo Bikandi Zelaieta, así como a la vulneración de la constitución Española en sus artículos 333 referente al derecho a la propiedad privada, así como el articulo 38 referente a la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado.”*

7. El 6 de junio el TDC se dirige al SDC comunicándole la interposición del recurso y solicitándole el informe sobre el citado recurso así como las actuaciones seguidas en el asunto. Se le requiere también la fecha de notificación del oficio recurrido, ya que al no constar en el expediente no puede apreciarse, en su caso, la extemporaneidad.
8. El SDC, mediante escrito de 7 junio de 2005 informa de que no cabe extemporaneidad, puesto que no fue remitido con pie de recurso, y de que las alegaciones expuestas por el recurrente en su escrito de recurso no desvirtúan las razones que llevaron al SDC a la conclusión de que a los hechos denunciados no les es de aplicación la LDC. A mayor abundamiento, el SDC precisa las siguientes cuestiones sobre las alegaciones presentadas por el recurrente ante el TDC el 2 de junio de 2005.

Primero: La actuación de la Administración en el presente caso se centra en determinar una calificación del proyecto presentado y dictaminar sobre su inclusión o no en un programa de subvenciones, y por consiguiente, no ejerce ningún tipo de actividad económica, estando, por lo tanto fuera del marco de aplicación de la LDC. Sobre la alusión que se hace al artículo de ayudas públicas hay que señalar que estas no están prohibidas ni por la LDC ni por el ordenamiento jurídico comunitario, y solo la Comisión Europea es competente para evaluarlas y determinar su compatibilidad o no con el Tratado de la UE.

Segundo: La existencia o no de una comisión no cambia el hecho de que la negativa a incluir el proyecto TKI en el programa de subvención solicitado por el recurrente es una decisión unilateral del Departamento de Innovación y Promoción Económica de la Diputación Foral de Bizkaia, y por tanto no es de aplicación el artículo 1 de la LDC.

Tercero: El recurrente admite que no hay afectación significativa de las condiciones de competencia sino perjuicio personal, en cuyo caso los órganos de competencia no son los competentes para entender del hecho que se denuncia por no ser éste de interés público.

9. El 16 de junio de 2005 el TDC designa, mediante providencia, Ponente el Vocal D. Julio Pascual y Vicente y se le concede al recurrente un plazo de

15 días para que formule las alegaciones y presente los documentos y justificaciones que estime permitientes, sin que se hayan presentado alegaciones ni documentos durante el plazo señalado para ello.

10. El 20 de octubre de 2005 el TDC dicta providencia por cambio de Ponente, nombrando Ponente a Dña. Pilar Sánchez Núñez, designada Vocal por Real Decreto 1169/2005, de 30 de septiembre, en sustitución del Ponente anterior D. Julio Pascual y Vicente, quien ha cesado en este Tribunal en virtud del Real Decreto 1167/2005, de 30 de septiembre de 2005.
11. El Tribunal deliberó y falló este recurso el día 1 de febrero de 2006.
12. Es interesado D. José Raimundo Bikandi Zelaieta.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. El objeto de este recurso está en impugnar una decisión de archivo de actuaciones realizada por el SDC al inadmitir la denuncia presentada por el recurrente. La cuestión a dilucidar en esta resolución es si dicho archivo es conforme a Derecho y procede confirmarlo, desestimando el recurso, o si, por el contrario, tal archivo fue improcedente y procede entonces estimar el recurso e instar al Servicio la continuación del procedimiento.
2. El denunciante basa su denuncia en que determinadas Sociedades Públicas y sus departamentos administrativos han infringido el artículo 1 de la LDC y el art. 81 del Tratado de la UE, al no incluir el proyecto TKI, del cual es promotor, en un programa de subvenciones para apoyo a empresas con contenido de innovación tecnológica. El SDC considera que no es de aplicación el art.1 de la LDC por dos razones. La primera porque la Administración Pública está actuando en su función reguladora, y no como operador económico, y la segunda porque dicho artículo exige bien la existencia de un acuerdo de voluntades entre una pluralidad de operadores económicos, bien la existencia de una decisión colectiva en el seno de una asociación profesional. En opinión del SDC la decisión tomada por parte de la Administración Pública es una decisión tomada unilateralmente.
3. El denunciante interpreta que existe una práctica concertada entre varios operadores –requisito de bilateralidad-puesto que es una comisión formada por varias instituciones y sociedades estatales la que hace una valoración de

su proyecto, que finalmente es rechazado. El Tribunal comparte la interpretación del SDC de que la decisión es unilateral, ya que es la Diputación Foral de Bizkaia, y no la comisión evaluadora de proyectos, la que toma la decisión última. No se cumple por lo tanto el requisito de bilateralidad tantas veces argumentado por este Tribunal y ratificado por la Audiencia Nacional (p.e. Sentencia de 22 de septiembre de 2003 sobre la resolución del TDC de 22 de marzo de 2000 en el expediente r397/99). Del mismo modo comparte la interpretación del SDC sobre el papel de regulador, que no de operador económico, que la Administración Pública está desarrollando en el acto denunciado, y sobre los límites de la actuación de las autoridades de competencia frente a la actuación de las Administraciones Públicas, también se ha pronunciado el Tribunal en reiteradas ocasiones (p.e. Expte. R499/01, Resolución de 27 de noviembre de 2002).

4. Sobre la alusión que el recurrente hace en su recurso al artículo de ayudas públicas, hay que señalar que esta posible clasificación del acto denunciado no es objeto de la denuncia presentada y evaluada por el SDC, y que, en último caso, tal y como señala el SDC éstas ni están prohibidas por la LDC ni por el Tratado de la UE, y solo serían evaluables por la Comisión Europea. Los órganos nacionales encargados de la competencia no tienen la posibilidad de abrir expedientes sobre ayudas públicas. La Ley de Defensa de la Competencia, en su artículo 19.3, exclusivamente permite al TDC que emita, de oficio o a instancia del Ministro de Economía y Hacienda, un informe sobre los criterios de la concesión de las ayudas públicas en cuanto a sus efectos sobre la competencia. Pero no es ésta la cuestión que se plantea por el recurrente.
5. En relación con la cuestión planteada por el recurrente sobre la afectación de sus derechos individuales, el Tribunal coincide de nuevo con el SDC en recordar que no son las instituciones de competencia las competentes para entender y resolver sobre la afectación de los derechos individuales del denunciante, ya que actúan bajo el ámbito del interés público. En definitiva, las autoridades de la competencia exclusivamente deben adoptar sus decisiones si existe afectación a la competencia, en cuyo caso se vulnera el interés público. En caso contrario, deben abstenerse de intervenir porque, de hacerlo, estarían actuando para fines distintos de los que justifican su existencia.
6. Por último este Tribunal ha admitido a trámite el recurso y ha llevado a cabo las diligencias pertinentes al caso, y por lo tanto no cabe alegar indefensión alguna.

7. Por lo anteriormente expuesto el Tribunal considera que no se encuentra acreditada la existencia de prácticas contrarias a los artículos 1 de la LDC ó 81 del Tratado de la UE, por lo que procede desestimar el recurso contra el Acuerdo de archivo del Servicio.

Por todo ello, el Tribunal

RESUELVE

Único: Desestimar el recurso interpuesto por D. José Raimundo Bikandi Zelaieta contra el Acuerdo de la Dirección General de Defensa de la Competencia, de 5 de mayo de 2005, por el que se archivaron las actuaciones iniciadas como consecuencia de su denuncia.

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.