

Id Cendoj: 28079230062007100180
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 6
Nº de Recurso: 375 / 2005
Nº de Resolución:
Procedimiento: CONTENCIOSO
Ponente: MERCEDES PEDRAZ CALVO
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

ARCHIVO DENUNCIA POR CONDUCTAS PROHIBIDAS

SENTENCIA

Madrid, a veintitres de abril de dos mil siete.

Visto el recurso contencioso administrativo num. 375/05 que ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido AGRUPACION DE AGENTES Y SERVICIOS OFICIALES CITROEN DE CATALUÑA representada por el Procurador Sr. Vázquez Guillén frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de fecha 28 de junio de 2005, relativa a archivo de denuncia por conductas prohibidas y la cuantía del presente recurso indeterminada; siendo codemandado AUTOMOVILES CITROEN ESPAÑA S.A. representada por la Procuradora Sra. Zulueta Luschinger. Ha sido Ponente la Magistrado D^a Mercedes Pedraz Calvo.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO-.La representación procesal indicada interpuso recurso contencioso-administrativo ante esta Sala contra la Resolución de referencia mediante escrito de fecha 13 de julio de 2005 . La Sala dictó Providencia acordando tener por interpuesto el recurso, ordenando la reclamación del expediente administrativo y la publicación de los correspondientes anuncios en el BOE.

SEGUNDO-. En el momento procesal oportuno la representación procesal de la actora formalizó la demanda mediante escrito en el cual, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de rigor, termino suplicando se dicte sentencia por la que se estime el recurso y "a tal efecto declare que el criterio establecido por la empresa denunciada en el contrato-tipo de servicio oficial de la red en España consistente en obligar a la red oficial de servicios oficiales a constituirse en sociedad con capital por acciones o participaciones no se ajusta a derecho y es contrario a las prescripciones del *Reglamento de la Comisión Europea 1400 de 31 de julio (anexo del contrato tipo, cuarto párrafo relativo a los criterios para las empresas y sus directivos)*; decretando la nulidad de la referida cláusula contractual".

TERCERO-. El Abogado del Estado contestó a la demanda para oponerse a la misma, y con base en los fundamentos de hecho y de derecho que consideró oportunos, terminó suplicando la desestimación del recurso.

La codemandada contestó igualmente a la demanda mediante escrito de 15 de marzo de 2006 en el cual recogió los fundamentos de hecho y derecho que estimó de rigor solicitando la desestimación del recurso.

CUARTO-. La Sala dictó auto acordando recibir a prueba el recurso, practicándose la documental a instancias de la actora con el resultado obrante en autos.

Las partes, por su orden, presentaron sus respectivos escritos de conclusiones, para ratificar lo solicitado en los de demanda y contestación a la demanda.

QUINTO-. La Sala dictó Providencia señalando para votación y fallo del recurso la fecha del 17 de abril de 2.007 en que se deliberó y votó habiéndose observado en su tramitación las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- Es objeto de impugnación en este recurso contencioso-administrativo el acuerdo dictado por el Tribunal de Defensa de la Competencia el día 23 de junio de 2005 en el Expediente 616/2004 (2487 del SDC) resolviendo el recurso interpuesto por AGRUPACION DE AGENTES Y SERVICIOS OFICIALES CITROEN DE CATALUÑA (hoy actora) contra acuerdo de la Directora General de Defensa de la Competencia de 10 de junio de 2004 que archivaba las actuaciones seguidas por su denuncia contra AUTOMOVILES CITROEN ESPAÑA S.A. hoy codemandada por alegada comisión de una infracción del *artículo 1 de la Ley 16/1989 de 17 de Julio, de Defensa de la Competencia* consistente en la imposición de una obligación a la red oficial de servicios oficiales a constituirse en sociedad con capital por acciones o participaciones.

El TDC resolvió desestimar el recurso

SEGUNDO.- Los motivos de impugnación alegados por la recurrente pueden resumirse como sigue: 1º vulneración del derecho a la libertad de empresa reconocido en el *artículo 38 de la Constitución* ; 2º errónea calificación del requisito societario como criterio de carácter cualitativo: la inexistente conexidad de dicho requisito con la regulación del nuevo Reglamento comunitario; 3º la necesaria aplicación uniforme del *Reglamento 1400/2002 de 31 de julio* , en todo el territorio de la Unión Europea.

El Abogado del Estado alega que la codemandada posee una cuota de mercado (en el mercado español) del 11 por 100, estando por tanto dentro del umbral que el *artículo 3.1 del Reglamento 1400/2002* establece para el sistema de distribución selectiva cuantitativa lo que a su vez permite al fabricante elegir libremente a los miembros de su red, con independencia de que cumplan o no los criterios cualitativos. Extrae la consecuencia de que aunque el requisito litigioso no cumpliera los requisitos que para los criterios cualitativos se exigen, el *Reglamento permite que por debajo del 30* por ciento de cuota puedan rechazar los talleres que estime oportuno.

La codemanda alega por su parte la conformidad a derecho de la resolución impugnada, porque a su juicio, en primer lugar, el requisito de asumir una forma societaria con división del capital social en acciones o participaciones con obligación de presentación de cuentas se aplica de manera igual a situaciones idénticas en el mercado de referencia que es el español; razona como a su juicio el TDC ha respondido sobre el fondo de la cuestión jurídica planteada por la recurrente, y sobre la aplicación del *Reglamento 1400/2000* sostiene que la noción de "mercado geográfico" utilizada por el TDC es correcta. Concluyendo que no ha existido infracción de la LDC.

TERCERO-. El exámen de los motivos de impugnación alegados requiere en primer lugar recordar cual es el tenor literal de la cláusula que se encuentra en el origen de la denuncia: en el anexo del contrato tipo, cuarto párrafo relativo a los criterios de selección del Servicio oficial Citroen para las empresas y sus directivos, aparece "Constituir una sociedad por acciones o participaciones que se encuentre en la obligación legal de publicar anualmente cuentas certificadas, que deberá transmitir anualmente al Concedente".

El *Reglamento 1400/2002 de la Comisión de 11 de julio de 2002* relativo a la aplicación del *apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE* a determinadas categorías de acuerdos verticales y practicas concertadas en el sector de los vehículos de motor, fue publicado en el Diario Oficial de 1 de agosto de 2002, y en su *artículo 12 se establece que entrará en vigor el día 1 de octubre de 2002* y expirará el día 31 de mayo de 2010.

La denunciante hoy actora señaló que como consecuencia del mismo, Citroen España procedió a la inmediata adaptación de los contratos de su red, cancelando los de todos los concesionarios oficiales que se encontraban en vigor, lo que motivó que estos a su vez cancelaran los contratos que mantenían con los agentes-servicios oficiales de su respectiva área geográfica.

En el mes de octubre de 2002 y posteriormente en enero de 2003, Citroen se dirige a los agentes-servicios oficiales para comunicarles que había decidido adoptar un sistema de distribución selectivo cualitativo para la reparación y el mantenimiento de sus productos, adoptando un modelo de contrato de servicio oficial, que incluye la referida cláusula.

El Reglamento se adoptó por la Comisión europea con la reconocida intención de intensificar la competencia en este sector, y especialmente entre los concesionarios, promover y facilitar los intercambios transfronterizos, así como la transparencia y la competencia en los precios.

Como recogió la propia Unión Europea en la presentación del Reglamento, fue concebido para intensificar la competencia entre distribuidores, facilitando las compras transfronterizas de vehículos nuevos, y para proporcionar beneficios concretos a los consumidores europeos tanto en lo relativo a las ventas como a los servicios postventa de vehículos de motor. El Reglamento es aplicable a los acuerdos verticales celebrados en el sector de los vehículos de motor en todas las fases comerciales, desde el suministro de un vehículo nuevo o de recambios, incluidos los servicios de reparación y mantenimiento

En relación con la alegada infracción del derecho constitucional a la libertad de empresa, la recurrente sostiene que se debe analizar si la exigencia de adoptar la forma societaria ha vulnerado tal derecho de los denunciantes y si el Reglamento comunitario ofrece la cobertura a tal imposición de la denunciada.

El *artículo 38 de la Constitución* reconoce "la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado" y obliga a los poderes públicos a proteger su ejercicio "de acuerdo con las exigencias de la economía general y en su caso de la planificación".

La doctrina constitucional formulada por el Tribunal Constitucional ha aclarado que no cabe hablar de un contenido esencial constitucionalmente garantizado en cada actividad económica, sino que la libertad de empresa ha de entenderse como el derecho a:

"iniciar y sostener en libertad la actividad empresarial, cuyo ejercicio está disciplinado por normas de muy distinto orden. La regulación de las distintas profesiones, oficios o actividades empresariales en concreto, no es por tanto una regulación del ejercicio de los derechos constitucionalmente garantizados en los *artículos 35.1 o 38*. No significa ello, en modo alguno, que las regulaciones limitativas queden entregadas al arbitrio de los reglamentos, pues el principio general de libertad que la *Constitución (artículo 1.1)* consagra autoriza a los ciudadanos a llevar a cabo todas aquellas actividades que la Ley no prohíba, o cuyo ejercicio no subordine a requisitos o condiciones determinadas y el principio de legalidad (*artículos 9.3 y 103.1*) impide que la Administración dicte normas sin la suficiente habilitación legal. En unos casos, bastarán para ello las cláusulas generales; en otros, en cambio, las normas reguladoras o limitativas deberán tener, en cuanto tales, rango legal, pero ello no por exigencia de los *artículos 35.1 y 38 de la Constitución*, sino en razón de otros artículos de la Constitución, que configuran reservas específicas de Ley." (STC 83/1984, de 24 de julio).

En este ámbito la evaluación constitucional se ha de llevar a cabo, según la doctrina, comprobando en primer lugar si la medida restringe efectivamente la libertad de empresa, en segundo lugar si la medida impuesta persigue un fin legítimo para realizar a continuación el juicio de proporcionalidad, es decir, valorando si la medida impuesta es proporcional al fin perseguido.

En el sector de la distribución del automóvil, y en este caso, los servicios post-venta vinculados a los vehículos nuevos Citroen en el marco de un sistema de distribución selectiva cualitativa, esta Sala considera que la limitación que impone la cláusula litigiosa, no puede considerarse que afecte de manera decisiva a la actividad empresarial de los recurrentes y, con ello, a su libertad de empresa.

De acuerdo con la Ley de Sociedades Anónimas, están obligadas a someter a auditoría las cuentas anuales y el informe de gestión todas las sociedades que no pudieran presentar balance abreviado. El *artículo 27 del Código de Comercio* impone a los empresarios la obligación de presentar para su legalización, en el Registro Mercantil, del lugar en que tuvieran su domicilio, los libros que imperativamente deban llevar. Por su parte, el *artículo 41 de dicho Código* remite a las normas que las regulan lo relativo a la publicidad de las cuentas anuales de las sociedades anónimas, de responsabilidad limitada y comandita por acciones. Dichas normas a su vez establecen (*artículos 218 de la Ley de Sociedades Anónimas, 84 de la de Sociedades de Responsabilidad Limitada y 15. 2 del Código de Comercio*) que presentarán para su depósito o inscripción las cuentas anuales ante el Registrador Mercantil.

La C.E. aprobó ya en 1.968 la primera Directiva del Consejo (de 9-III-68) "tendente a coordinar, para

hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades definidas en el segundo párrafo del artículo 58 del Tratado, para proteger los intereses de socios y terceros".

El imponer la adopción de una forma societaria que esté sometida a la obligación de publicar las cuentas no limita la actividad empresarial y aumenta la transparencia de dicha actividad respecto a los terceros, siendo la carga impuesta a tales efectos para el concesionario proporcionada al beneficio que se puede obtener de la misma en el conjunto de la actividad empresarial.

Debe en consecuencia desestimarse este motivo de impugnación.

CUARTO-. En segundo lugar, y respecto a la concreta aplicación del *Reglamento 1400/2002*, es preciso considerar los datos económicos recogidos en su informe por el SDC y que no han sido impugnados ni debatidos por la recurrente: según estos en España había 981 servicios oficiales el 10 de octubre de 2003, con 5 altas y 183 bajas, es decir, 178 servicios oficiales menos, respecto de la situación anterior. De ellos solo 4 se dieron de baja únicamente por incumplir el criterio de constituir sociedad, y 101 por este criterio y otros de los contenidos en el contrato-tipo. Desglosado respecto de Cataluña, dos de los cuatro que incumplían solo el criterio de constituir sociedad eran de ese territorio, y 25 de los que incumplían ese criterio y otros.

Igualmente resulta de la información reservada recogida en el informe del SDC y no impugnada por la recurrente que el análisis de la cuota de mercado de las diez marcas de automóviles más vendidas en España en las fechas relevantes (año 2003) permite comprobar que Citroen tiene una cuota del 11,16 %. El artículo 3 pfo 1 del *Reglamento* establece que la exención se aplicará a condición de que la cuota de mercado del proveedor en el mercado de referencia no supere el 30% (en la exposición de motivos se define como el "umbral por debajo del cual quepa presumir que las ventajas otorgadas por los acuerdos verticales compensan sus efectos restrictivos") lo que significa, como recuerda el Abogado del Estado, que por debajo de ese umbral, el fabricante puede elegir libremente los miembros de su red, y la imposición de un requisito como el analizado no es relevante a los efectos estudiados.

Finalmente, respecto a la "aplicación uniforme del *Reglamento CE 1400/2002 de 31 de julio* en todo el territorio de la Unión Europea" la actora sustenta dicha alegación en que no se aplicará de forma uniforme porque en un Estado se restringirá la libertad de empresa y en otros no. Con independencia de que el requisito impuesto ha de valorarse en relación con el concreto mercado geográfico afectado, como se ha razonado más arriba se considera que la cláusula no es restrictiva de la libertad de empresa, ni se aprecia que el hecho de que los distribuidores españoles deban adoptar formas societarias limite sus posibilidades de venta del producto objeto de su actividad económica en otros Estados Miembros.

Debe en consecuencia desestimarse el recurso y confirmarse el acto administrativo impugnado por su conformidad a derecho.

QUINTO-. No se aprecian méritos que determinen un especial pronunciamiento sobre costas, conforme a los criterios contenidos en el artículo 139.1 de la *Ley Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa*.

VISTOS los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación, por el poder que nos otorga la Constitución:

FALLAMOS

Que debemos DESESTIMAR y DESESTIMAMOS el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de AGRUPACION DE AGENTES Y SERVICIOS OFICIALES CITROEN DE CATALUÑA contra el Acuerdo dictado el día 28 de junio de 2005 por el Tribunal de Defensa de la Competencia descrito en el fundamento jurídico primero de esta sentencia, el cual confirmamos por ser conforme a derecho. Sin efectuar condena al pago de las costas.

Notifíquese a las partes esta sentencia, dando cumplimiento a lo dispuesto en el art. 248 pfo. 4 de la *Ley Orgánica del Poder Judicial*.

ASI por esta nuestra sentencia lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Leída y publicada fue la anterior Sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente de la misma, en el día de la fecha, estando celebrando Audiencia Pública la sección Sexta de la Sala de Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional.

