

RESOLUCIÓN (Expte. 541/02, DIASA)

Pleno

Excmos. Sres.:

Solana González, Presidente
Huerta Trolèz, Vicepresidente
Castañeda Boniche, Vocal
Pascual y Vicente, Vocal
Comenge Puig, Vocal
Martínez Arévalo, Vocal
Franch Menéu, Vocal
Muriel Alonso, Vocal
del Cacho Frago, Vocal

En Madrid, a 18 de junio de 2003

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (en adelante, el Tribunal), con la composición arriba expresada y siendo Ponente la Vocal D^{ña} M^a Jesús Muriel Alonso, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente 541/02 (2150/00 del Servicio de Defensa de la Competencia, en adelante, el Servicio) iniciado por denuncia de D. Álvaro Miralles Conesa, en representación de Calviá Supermarket Diskount S.L. contra la entidad Distribuidora Internacional de Alimentación S.A. (DIASA), a la que se adhirieron D^a Dolores Vega Granda, representante de Vega Granda 4 S.L. y D^a Ana Magdalena Tamarit López, representante de Ananpeoo S.L., por presuntas prácticas contrarias al artículo 1 y 7 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, consistentes en fijar a los franquiciados los precios de venta al público (PVP) de los productos que les suministran, a través de las terminales de punto de venta (TPV) conectadas a su sistema informático y ser aquél superior al establecido en sus propios establecimientos, compitiendo por ello, deslealmente con ellos.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Con fecha 17 de abril de 2000 tuvo entrada en el Servicio de Defensa de la Competencia un escrito de D. Álvaro Miralles Conesa, en representación de Calviá Supermarket S.L., que era una franquicia de DIASA situada en Palma de Mallorca, contra dicha entidad al considerar que la misma realiza una serie de prácticas restrictivas de la competencia, consistentes en fijar a los franquiciados los precios de venta al público (PVP) de sus productos, a

través de las terminales de punto de venta (TPV) conectadas a su sistema informático y que compite deslealmente con ellos, al ser los precios de las tiendas Día inferiores a los que les fija a ellos e, incluso, a los que les cobra por el suministro de sus productos.

Posteriormente, durante la tramitación del expediente se adhirieron a dicha denuncia D^a Dolores Vega Granda, representante de Vega Granda 4 S.L., franquiciada de DIASA en Oviedo, y D^a Ana Magdalena Tamarit López, representante de Ananpeoo S.L., franquiciada de DIASA en Esplugues de Llobregat.

2. El Servicio, después de realizar una información reservada, con fecha 13 de diciembre de 2000, ordenó la incoación del expediente correspondiente, formulando, mediante Providencia de 2 de abril de 2002, el Pliego de Concreción de Hechos. En dicho Pliego, las imputaciones que efectúa a DIASA consisten en las siguientes:

1) *Una primera, consistente en la fijación de PVP a los franquiciados. Así, el Servicio señala que, con independencia de que DIASA señale que los precios comunicados a sus franquiciados sean recomendados y, por tanto, que éstos tienen libertad para modificarlos, los hechos demuestran que los precios recomendados actúan como fijos dada la incapacidad técnica de los franquiciados para proceder a la modificación de los mismos. Considera que dichos hechos constituyen una conducta prohibida por el art. 1.1.a) de la LDC por suponer una fijación a los franquiciados del PVP de los productos y no estar amparada por las exenciones que establece la normativa de competencia en materia de franquicias, sino que está expresamente excluida de tales exenciones por el art. 5.e) del reglamento (CE) n^o 4087/88 de 30 de noviembre, relativo a la aplicación del art. 81.3) del Tratado de la Comunidad Europea a categorías de acuerdos de franquicia.*

2) *Una segunda, consistente en fijar a los franquiciados precios superiores a los que DIASA tiene en sus tiendas propias. Así el Servicio dice que la venta por DIASA en tiendas propias, próximas a sus franquiciados, de productos a un PVP inferior no sólo al que fija a éstas a través de su sistema telemático, sino al precio por el que les suministra esos productos, podría constituir una conducta prohibida por el art. 1.1.d) de la LDC al aplicar condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que sitúan al franquiciado en desventaja frente a las tiendas propias de la cadena DIASA, sin que se haya justificado esta diferencia de trato.*

3. Posteriormente, el Servicio dispuso, mediante Acuerdo de 10 de junio de 2002, el sobreseimiento parcial del expediente respecto de esta segunda

imputación, al considerar que no estaba acreditado que los PVP fijados por DIASA a sus establecimientos fueran inferiores a los de los franquiciados, y que las diferencias de precios existentes entre diversos establecimientos, respondía a la diferente categoría en la que se calificaban por DIASA los diferentes establecimientos, fueran propios o no; estimando, por tanto, que no existía discriminación alguna por parte de DIASA. Contra dicho Acuerdo se interpuso recurso ante este Tribunal que fue declarado extemporáneo por Resolución de 1-10-02.

4. Declaradas conclusas las actuaciones, con fecha 12 de junio de 2002 se procedió a redactar el Informe previsto en el Art. 37.3 de la Ley 16/1989 En dicho Informe se efectúa la siguiente Propuesta:

- *que por el Tribunal:*

Primero: Se declare acreditada la realización de conductas prohibidas por el artículo 1.1.a) de la LDC, por la entidad DIASA, consistentes en fijar, a través de su sistema telemático, el PVP de los artículos que venden sus tiendas franquiciadas.

Segundo: Se intime a Distribuidora Internacional de Alimentación S.A. (DIASA), responsable de dichas prácticas para que cese en las mismas y se abstenga de en el futuro de realizarlas de nuevo.

Tercero: Se ordene la publicación a su costa, de la parte dispositiva de la resolución que en su momento se adopte en el Boletín Oficial del Estado y en uno de los diarios de tirada nacional de mayor circulación.

5. El 17 de junio de 2002 tuvo entrada el expediente en este Tribunal, dictándose el 27 de junio 2002, de conformidad con lo establecido en el artículo 39 de la LDC, Providencia admitiéndolo a trámite, designando Ponente y acordando ponerlo de manifiesto a los interesados, concediéndoles plazo para que pudieran solicitar la celebración de vista y proponer las pruebas que estimaran necesarias.
6. Por Auto de 26 de marzo de 2003, el Tribunal resolvió sobre la admisión de las pruebas propuestas, no considerando necesario celebrar vista, resolviendo, de acuerdo con el art. 40.3 de la LDC, conceder plazo para la valoración de la prueba y asimismo, concluido dicho plazo, por Providencia de 28 de abril de 2003, se acuerda poner de manifiesto el expediente a los interesados para formular conclusiones.
7. El Pleno del Tribunal deliberó y fallo sobre este expediente en su sesión de 11 de junio de 2003.

8. Son interesados:

- Distribuidora Internacional de Alimentación S.A (DIASA)
- Calviá Supermarket Diskount S.L.
- Vega Granda 4 S.L.
- Ananpeoo S.L.

HECHOS PROBADOS

El Tribunal considera probados los siguientes hechos.:

1. La entidad Distribuidora Nacional de Alimentación S.A. (DIASA), que pertenece al grupo Carrefour, es una cadena de establecimientos de distribución de productos, preferentemente alimentarios, y cuenta en España con unos 2.200 establecimientos, de los que 1.500 son tiendas propias y 700 franquiciadas (lo que implica que un 30% de la cadena DIA son franquicias).
2. En el mercado de distribución minorista de productos de consumo diario en formatos de libre servicio, el grupo Carrefour/Promodés oscila en torno al 25%, tanto en términos de volumen de facturación como en superficie (m²). De este 25%, DIASA representa el 37%, por lo que ésta, en el mercado antes definido, tiene una cuota estimada en torno al 9% del mercado.
3. En los contratos que DIASA celebra con sus franquiciados, que suelen tener una duración inicial de dos años, prorrogables anualmente, entre otras, se establece la siguiente cláusula:

“6.5- Los productos DIA que sean suministrados por DIASA al franquiciado, le serán vendidos a éste aplicándole un descuento, tal y como figura en el Anexo?? Al presente contrato, el cual será regularmente modificado por DIASA en función de su política financiero-comercial, sobre el precio de venta de los productos DIA, que figure como recomendado en el albarán de entrega del mes natural de que se trate”.

Esta cláusula no se contiene en el contrato celebrado con el titular del establecimiento ubicado en la C) Tahona n.º 13 de la localidad de Chinchón (Madrid), celebrado en el año 1992 (obrante al folio 1080 y siguientes del expediente) y cuya cláusula 6.5 contiene los siguientes extremos: A Los productos Día que sean suministrados por DIASA al franquiciado, independientemente del sistema logístico de suministro, en méritos del presente contrato le serán vendidos a éste aplicándose un descuento, tal y como figura en el anexo XII al presente contrato, el cual será regularmente

modificado por DIASA en función de su política financiero comercial, sobre el precio de venta al público de los productos DÍA que figure en la factura...”.

4. DIASA asigna a cada establecimiento, con independencia de que sea propio o franquiciado, una categoría, (de la uno a la veinte). Esta categoría se fija en función de diversos factores: localización geográfica, apertura de establecimientos de empresas competidoras, estacionalidad de la clientela, estudios de mercado.
5. Casi todos los establecimientos franquiciados -unos 648 de los aproximadamente 700 que tiene DIASA- tienen un Terminal de Punto de Venta (TPV), compuesto de escáner lector de código de barras, caja registradora y terminal telemática emisora y receptora de mensaje. Del resto de los establecimientos franquiciados, unos, cuentan con TPV similar a los anteriores o con aplicaciones informáticas compatibles con el sistema informático de Día, pero sin conexión telemática con ella y, otros, disponen sólo de caja registradora o de TPV con lector de escáner sin conexión telemática.
6. DIASA envía cada quince días a sus establecimientos, franquiciados y propios, un listado idéntico de precios de venta al público (PVP). Los establecimientos franquiciados que tienen el TPV con conexión telemática con DIASA, para aplicar el PVP del listado remitido por ésta, sólo tienen que instalarlo en su TPV para que el escáner lea el código de barras. Para cambiarlo tienen que acceder al mecanismo lector del PVP en el TPV, lo que se efectúa desde la cuarta posición de las cuatro que tiene el TPV. Para entrar en esa cuarta posición se necesita una llave que, según las manifestaciones realizadas por los ocupantes de los establecimientos donde el Servicio de Defensa de la Competencia realizó una investigación domiciliaria, queda en poder de DIASA no pudiendo, por ello, modificar los precios remitidos por DIASA, a no ser que lo efectuaran manualmente. Sin embargo, según los resultados de la encuesta realizada por DIASA entre los franquiciados, la mayoría de los encuestados, unos (648), responden que la llave para el acceso a la cuarta posición la tienen ellos, pudiendo modificar fácilmente el PVP remitido por DIASA, si bien, ordinariamente, prefieren no modificarlo.
7. Finalmente, hay que indicar que en los albaranes entregados por DIASA a los franquiciados por los productos que les suministra, figura la expresión PVP, sin referencia alguna a que sean “recomendados”.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: El hilo conductor de este expediente estriba en analizar si los hechos declarados probados son o no constitutivos de una práctica restrictiva de la competencia con infracción del art. 1.1.a) de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, consistente en la fijación de precios por la imputada a sus establecimientos franquiciados. A tal efecto, importa destacar que la imputación que el Servicio efectúa, consiste en declarar que los precios recomendados por DIASA a sus franquiciados, actúan como fijos dada la incapacidad técnica o grave dificultad que éstos tienen para poder proceder a la modificación de los mismos, y estimando que dicha práctica no se encuentra amparada por las exenciones que establece la normativa de competencia en materia de franquicias, solicita que se declare acreditada la existencia de una conducta prohibida por el art. 1.1.a) de la LDC, consistente en que DIASA fija, a través de su sistema telemático, el PVP de los artículos que venden sus tiendas franquiciadas

Ante dicha imputación, DIASA, además de negarla, señalando que no fija el PVP a sus franquiciados, articula su defensa sobre la base de los siguientes motivos: en primer término, señala la existencia de una serie de defectos de carácter procedimental como la caducidad del expediente, la infracción por el denunciante del deber de secreto que le impone la LDC, y la nulidad de las investigaciones domiciliarias realizadas por el Servicio.

Así, y por lo que se refiere a la caducidad del expediente, señala que según la Disposición Final Tercera de la Ley 52/1999, de 28 de diciembre, que modificó la LDC, la instrucción de los expedientes sancionadores no puede superar el plazo de 12 meses, estimando que dicha modificación es aplicable a todos los expedientes incoados a partir de la fecha en la que entró en vigor dicha Ley, es decir, de los incoados a partir del 29 de marzo de 2000, por lo que el presente expediente, que fue iniciado el 13 de diciembre de 2000 y no remitido al Tribunal hasta 13 de junio de 2002, está afectado de caducidad toda vez que ha superado el plazo de 12 meses indicado.

De otro lado, señala que el artículo 52 de la LDC impone a todos los que tomen parte en la tramitación del expediente el deber de secreto sobre los hechos que hayan tenido conocimiento a través de los expedientes; deber que no ha sido respetado en el presente caso toda vez que se han efectuado diversas publicaciones respecto de

este expediente en el diario Expansión, infringiéndose así dicho deber.

Finalmente, solicita la nulidad de las investigaciones domiciliarias realizadas por el Servicio, estimando que se han llevado a cabo en locales de terceros, ajenos al expediente, como son los establecimientos de los franquiciados; señala también que la forma en que se llevaron a cabo dichas visitas supuso una violación desproporcionada de la facultad que la LDC reconoce al Servicio, realizándose, además, sin la presencia de la imputada, lo que le ha ocasionado indefensión ya que tampoco fue informada de su práctica ni de las consecuencias que se derivarían de las declaraciones en ella efectuadas. Estima que por ello no se puede aplicar la presunción de veracidad a dichas investigaciones y tampoco a las declaraciones en ellas realizadas pues no han sido tomadas con las debidas garantías para la expedientada. En definitiva, considera que deben ser declaradas las irregularidades de las visitas de inspección, siendo, por ello imposible utilizar las pruebas así obtenidas pues, en otro caso, se vulneraría la presunción de inocencia que se consagra en el artículo 24 de nuestra Constitución

En cuanto al fondo, la entidad expedientada, DIASA, además de negar que fije los PVP a sus franquiciados, señala que, aunque se admitiera que los fije, tampoco se dan los requisitos del art. 1 de la LDC, toda vez que no se producen efectos contrarios a la competencia, pues el propio Servicio admite que, dado que la esencia del negocio de DIA es proporcionar precios más bajos que sus competidores, siendo percibida por los consumidores como una empresa de distribución de precios bajos, la práctica realizada por DIA no persigue la elevación artificial de los precios, sino su mantenimiento en niveles bajos, por lo que no se producen efectos anticompetitivos, careciendo, por tanto, de objeto la imputación. Afirma que el Servicio lo viene a reconocer cuando señala que “*formalmente*” existe la infracción de la LDC, pero que no ha producido efecto negativo alguno.

Segundo: Pues bien, en este contexto, la adecuada resolución de este expediente impone en primer término el análisis de las cuestiones procedimentales planteadas, toda vez que su admisibilidad impediría el enjuiciamiento de las cuestiones de fondo que, necesariamente, han de posponerse para un momento posterior.

Por lo que se refiere a la caducidad del expediente, este Tribunal estima que dicha alegación debe ser desestimada. En efecto, ha de

ponerse de manifiesto que, si bien es cierto que el expediente se inició después de la reforma de la LDC efectuada por Ley 52/1999, de 28 de diciembre, que estableció el plazo de 12 meses para la fase de instrucción ante el Servicio, ha de tenerse en cuenta, sin embargo, que la Disposición Final Tercera de dicha Ley, estableció expresamente "que la norma 10 del art. 56 entraría en vigor el 1 de enero del año 2001"; por tanto, como tiene declarado reiteradamente este Tribunal, es claro, estando al tenor literal de dicha Disposición, que los expedientes iniciados antes de dicha fecha, como ocurre en el caso que examinamos (pues este expediente se inició el 13 de diciembre de 2000), continuaba siendo de aplicación el anterior plazo de caducidad de 18 meses establecido en el citado artículo 56 de la LDC y, en consecuencia, al haber sido remitido el expediente por el Servicio el día 13 de junio, ha de concluirse que la instrucción ante el Servicio se produjo dentro del plazo de 18 meses legalmente establecido .

En cuanto a los defectos procedimentales relativos a la nulidad del expediente al haberse violado por el denunciante el deber de secreto que impone el art.52 de la LDC y ser ilícitas las investigaciones domiciliarias acordadas por el Servicio, ha de indicarse la inexistencia de los mismos, compartiendo este Tribunal las razones que expone el Servicio en la contestación a dichas alegaciones.

En efecto, es cierto que el deber de secreto que impone el art. 52 de la LDC obliga a todos los interesados en el expediente, pero ello no significa que se tenga que reconocer un deber absoluto a guardar silencio, pues ello excedería de lo que es necesario para proteger el derecho de defensa de las empresas, no pudiéndose ver una violación de dicho deber en el hecho de que se publique en un periódico la noticia de la apertura del expediente, entendiéndose que tal deber lo que impone es la obligación de no divulgar las informaciones recogidas en el expediente, situación que en modo alguno señala la expedientada que se produjera en el presente caso.

En cuanto a las investigaciones domiciliarias practicadas, tampoco se advierte irregularidad alguna en la práctica de las mismas, observándose por el Servicio las prescripciones de los arts. 33 y 34 de la LDC. En efecto, es verdad que, como tiene declarado el Tribunal Constitucional (STC 23 febrero de 1995) *la actuación inspectora de la Administración debe estar rodeada de las mismas garantías que se exigen en la investigación policial, pues ambas, consistentes en una investigación que puede desembocar en la averiguación de un delito o infracción administrativa, son*

equivalentes constitucionalmente pero, en el presente caso, no se aprecia anormalidad o exceso, extralimitación o arbitrariedad en el ejercicio de dicha potestad por parte del Servicio. Es de indicar que las visitas de inspección efectuadas simplemente con una orden del Servicio se basan en la colaboración voluntaria de las empresas, de manera que siempre que, como en el presente caso, la empresa haya colaborado efectivamente en una visita de inspección realizada con un mandato, no se puede invocar una excesiva injerencia del Servicio, cuando no existe ningún elemento que permita afirmar que éste ha ido más allá de la cooperación ofrecida por la empresa. Al contrario, el hecho de que los titulares de los establecimientos inspeccionados no hayan formulado queja alguna, lleva más bien a la conclusión de que no se formuló ninguna objeción a su realización.

De otro lado, ha de indicarse que, si bien es cierto que el Servicio está obligado a respetar el derecho de defensa, no lo es menos que una empresa no puede eludir la ejecución de una medida de investigación basándose en que la misma no se lleva a cabo en sus locales, pues es claro que en casos como el presente, donde se están examinando las relaciones de una empresa con sus franquiciados, el Servicio, a quien incumbe la prueba de la existencia de la infracción, tiene el derecho de investigar a dichos establecimientos franquiciados pues, si se aceptara la interpretación de la expedientada, se estaría prácticamente reduciendo la facultad de inspección para obtener las informaciones necesarias, teniendo, por el contrario, todas las empresas una obligación de colaboración activa que implica que pongan a disposición del Servicio todos los elementos de información relativos al objeto de la investigación, sin que por ello se vulnere el derecho a no autoinculparse, a no ser que hubiera habido coacción sobre la empresa para obtener la información utilizada contra ella. En el presente caso, no se deduce que ni la entidad expedientada, ni sus franquiciados investigados, hayan sido en momento alguno coaccionados.

Por otra parte, consta en el expediente que el resultado de las investigaciones realizadas se puso, de modo inmediato, en conocimiento de la expedientada, quien pudo efectuar las alegaciones que estimó convenientes.

Por tanto, es claro que la imputada ha tenido conocimiento suficiente, pudiendo hacer valer todas las alegaciones que ha estimado necesarias y ejercitar con plenitud su derecho de defensa, lo que elimina cualquier atisbo de indefensión para considerar vulnerado el artículo 24 de la CE y ello de acuerdo con reiterada doctrina del

Tribunal Constitucional, (entre otras, Sent 29/1989, de 6 de febrero) y jurisprudencia del Tribunal Supremo que se refleja, entre otras, en SS 21 abril 1997, 2 junio 1997, etc.

En definitiva, no se puede advertir irregularidad ni infracción alguna en la investigación de los hechos y en la tramitación del expediente, debiéndose desestimar las alegaciones realizadas al respecto por la hoy expedientada.

Tercero: Por lo que se refiere ya al fondo del asunto, ha de examinarse si por parte de DIASA ha existido o no la práctica restrictiva de la competencia, consistente en la fijación de precios a sus franquiciados. Práctica que, como antes se ha expresado, es negada por la imputada, señalando que no fija el PVP a sus franquiciados, sino que los precios que les remite son precios recomendados y que, además, no se trata de precios fijos o mínimos, sino de precios orientativos o máximos, práctica permitida por el art. 4 .a) del R nº 2790/1999, de 22 de diciembre de la Comisión Europea sobre restricciones verticales.

Ha de comenzarse indicando que la fijación vertical de precios a distribuidores que revenden a los consumidores finales constituye una de las más graves infracciones de la normativa de defensa de la libre competencia, encontrándose prohibida tanto por la normativa comunitaria como por nuestra Ley.

En efecto, cuando se trata de contratos de franquicia, en ningún caso el franquiciador puede imponer y fijar al franquiciado el precio de venta al público de los productos objeto de la franquicia y, ello, cualquiera que sea la normativa que se aplique: el Reglamento Comunitario 4087/1988, de 30 de agosto, relativo a la aplicación del artículo 81.3 del Tratado de la Comunidad Europea a categorías de acuerdos de franquicia o el Reglamento Comunitario 2790/1999, sobre restricciones verticales que entró en vigor el 1 de enero del año 2000, surtiendo efectos a partir del 1 de junio de dicho año.

Así, conforme al R.4087/88, en su art. 5.e) se establece claramente que la exención prevista en el art. 1 del mismo no se aplicará “cuando se impongan, directa o indirectamente, restricciones al franquiciado en la fijación de los precios de venta de los productos o servicios objeto de la franquicia, sin perjuicio de la posibilidad del franquiciador de recomendar dichos precios”, y al amparo del R. 2790/1999 tampoco se permite que el proveedor fije al distribuidor un precio de reventa fijo, admitiéndose sólo que el proveedor distribuya

al comprador una lista con precios recomendados o precios máximos, siempre que no conduzcan al mantenimiento de precios de reventa (art. 4.a) del citado reglamento y apartado 47 de la Comunicación de la Comisión de 13 de octubre de 2000, relativa a las restricciones verticales).

Cuarto: Expuesto lo anterior, queda por determinar si resulta o no acreditado en el expediente que los PVP remitidos por DIASA a sus franquiciados y que éstos aplican son o no simplemente recomendados, es decir, si los franquiciados los aplican porque tienen necesariamente que hacerlo -porque no puedan técnicamente modificarlos, o sea muy difícil hacerlo, como señala el Servicio, al ser fijados por la imputada a través de su sistema telemático-; o si, por el contrario, los franquiciados tienen libertad para cambiarlos, de manera que, aunque ordinariamente se apliquen por los franquiciados, se trata en realidad de precios recomendados.

Sin duda, la adecuada resolución de dicha cuestión requiere determinar la eficacia y valor que debe concederse al material aportado para la fijación del hecho infractor, teniendo en cuenta que el derecho a la presunción de inocencia proyecta sus exigencias y garantías al Derecho administrativo sancionador de manera que, como es sabido, corresponde a la Administración que ejercita la potestad sancionadora la carga de acreditar los hechos integrantes de la infracción que se imputa, habida cuenta de que, si bien es cierto que el juicio de reproche a la actividad infractora puede tener que formularse a partir de una prueba indiciaria, es preciso que ésta cumpla las condiciones señaladas por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo y Constitucional, a saber: los indicios han de estar plenamente probados, no puede tratarse de meras sospechas, y se debe explicitar el razonamiento en virtud del cual, partiendo de los indicios probados, se llega a la conclusión de que el imputado realizó la conducta tipificada

Pues bien, son datos que del examen del expediente se desprenden, como se ha expuesto en los Hechos Probados de esta Resolución, que casi todas las tiendas franquiciadas que tiene la expedientada cuentan con TPV con conexión telemática con DIASA, enviando DIASA, cada 15 días, a dichos establecimientos el listado de PVP por correo electrónico. Estos establecimientos para aplicar el PVP del listado remitido por DIASA sólo tienen que instalarlo en su TPV para que el escáner lea el código de barras. Para cambiarlo tienen que acceder al mecanismo lector del PVP en el TPV, lo que se hace en la cuarta posición de las cuatro que tiene el mismo. Para entrar en esa

cuarta posición se necesita una llave. El Servicio considera que resulta acreditado que esta cuarta llave no la tenían los franquiciados y que, en todo caso, dadas las dificultades técnicas e inconvenientes que supone al franquiciado modificarlos, ha de entenderse que las listas de PVP remitidas por DIASA se refieren a precios fijos y no sólo recomendados.

Para ello, examina el material probatorio que ha tenido en cuenta y que le ha permitido llegar a dicha convicción. Y así menciona el resultado de las investigaciones domiciliarias practicadas en cuatro establecimientos de franquiciados, sitios en la Comunidad de Madrid, cuyos ocupantes y titulares coincidieron en sus manifestaciones en cuanto a que era DIASA quien fija los PVP de los productos transmitiéndolos telemáticamente desde su central al TPV, sin que ellos puedan modificarlos. Igualmente menciona los albaranes entregados por DIASA cuando suministra los productos a los franquiciados, en los que constan los PVP, sin decirse que son recomendados, así como el contrato de franquicia celebrado en 1992 con el establecimiento ubicado en Chinchón y que fue objeto de la investigación, en el que no se dice que los PVP sean recomendados, también el hecho de que en las cláusulas de los contratos de franquicia aportados por DIASA, los descuentos a los franquiciados se establecen sobre el PVP establecido por DIASA, y, finalmente, las facturas de caja aportadas por algunos de los denunciantes.

Sin embargo, este Tribunal, en el uso de la valoración de la prueba que le corresponde, entiende que la convicción alcanzada por el Servicio no puede ser asumida. En efecto, ha de tenerse en cuenta que, frente a lo manifestado en las investigaciones domiciliarias realizadas por el Servicio, las contestaciones de los franquiciados a la encuesta realizada por éste entre 20 de ellos, y cuya libertad para contestarla no se acredita que fuese limitada por DIASA, afirman la posibilidad de poder modificar los PVP remitidos por DIASA, utilizando para ello un mecanismo que, como se desprende del acta notarial aportada por la expedientada, no resulta técnicamente imposible ni difícil de realizar. De otro lado, constan también en el expediente las manifestaciones de los titulares o encargados de 648 establecimientos franquiciados que, contestando a la encuesta practicada por DIASA, vienen a manifestar la posibilidad de variar los PVP remitidos por ésta.

Por otra parte, la eficacia probatoria de las cinco investigaciones domiciliarias realizadas ha de entenderse limitada, no sólo por las contradicciones existentes entre lo allí manifestado y lo declarado

posteriormente (pues el propietario del establecimiento sito en Hoyo de Manzares remitió una carta posterior a la inspección, afirmando que puede modificar los precios), sino también porque la extrapolación del resultado de dichas investigaciones al conjunto de la red de franquicia de DIA, (integrada por más de 700 tiendas franquiciadas) ha de ser, sin duda, limitada, no pudiéndose estimar que sean representativas de lo que realmente acontece, cuando su resultado no es del todo corroborado por otras pruebas, como ocurre con los contratos de franquicia aportados al expediente, refiriéndose, en todos ellos, a “precios recomendados”.

Así las cosas, este Tribunal, a diferencia del Servicio, entiende que no existe prueba de cargo suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia que rige sin excepciones en el Ordenamiento sancionador y que comporta que la sanción esté basada en actos o medios probatorios de cargo o incriminadores de la conducta reprochada, correspondiendo la carga de la prueba a quien acusa, sin que nadie esté obligado a probar su propia inocencia, de manera que, cualquier insuficiencia en el resultado de las pruebas practicadas, debe traducirse en un pronunciamiento absolutorio.

En definitiva, de las consideraciones anteriores se deduce que en el presente caso no existe ningún elemento que permita afirmar con la fuerza probatoria necesaria la imputación que el Servicio formula contra DIASA.

VISTOS los preceptos citados y los demás de general aplicación, el Tribunal

RESUELVE

Único: Declarar que no ha resultado acreditada la infracción del art. 1.1.a) de la Ley de Defensa de la Competencia que era objeto de este expediente.

Comuníquese esta Resolución al Servicio de Defensa de la Competencia y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que contra ella no cabe recurso 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.