

**Id. Cendoj:** 28079230062006100329  
**Órgano:** Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso  
**Sede:** Madrid  
**Sección:** 6  
**Nº de Resolución:**  
**Fecha de Resolución:** 19/01/2006  
**Nº de Recurso:** 502/2003  
**Jurisdicción:** Contencioso  
**Ponente:** JOSE MARIA DEL RIEGO VALLEDOR  
**Procedimiento:** CONTENCIOSO  
**Tipo de Resolución:** Sentencia

---

## SENTENCIA

Madrid, a diecinueve de enero de dos mil seis.

Visto el recurso contencioso administrativo que ante esta Sección Sexta de la Sala de lo

Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, y bajo el número 502/2003, se tramita, a

instancia de VEGA GRANDA, S.L., representada por el Procurador D. Nicolás Álvarez Real, contra

la Resolución de Tribunal de Defensa de la Competencia, de fecha 18 de junio de 2003 (expte.

541/02), sobre prácticas contrarias a la Ley de Defensa de la Competencia, en el que la

Administración demandada ha estado representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado, y ha

intervenido como parte codemandada DIA, S.A., representada por la Procuradora Dña. María Jesús

Mateo Herranz siendo la cuantía del mismo indeterminada.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- Se interpone recurso contencioso administrativo por la representación procesal indicada, contra la resolución de referencia, mediante escrito de fecha 29 de julio de 2006, y la Sala, por providencia de fecha 6 de octubre de 2006, acordó tener por interpuesto el recurso y ordenó la reclamación del expediente administrativo.

La entidad Distribuidora Internacional de Alimentación, S.A. (DIA, S.A.), presentó

escrito el 11 de noviembre de 2003, en el que solicitó se admitiera su personación en autos, y la Sala, por providencia de 19 de octubre de 2003, tuvo a dicha sociedad por personada en calidad de parte codemandada.

SEGUNDO.- Reclamado y recibido el expediente administrativo, se confirió traslado del mismo a la parte recurrente, para que en el plazo legal formulase escrito de demanda, haciéndolo en tiempo y forma, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, y suplicando lo que en su escrito de demanda consta literalmente.

Dentro del plazo legal, la Administración demandada formuló, a su vez, escrito de contestación a la demanda, oponiéndose a la pretensión de la actora y alegando lo que, a tal fin, estimó oportuno. Igualmente contestó la demanda la parte codemandada.

TERCERO.- Se recibió el recurso a prueba, con el resultado que obra en autos, y evacuado el trámite de conclusiones, quedaron los autos conclusos y pendientes de votación y fallo, para lo que se acordó señalar el día 17 de enero de 2006.

CUARTO.- En la tramitación de la presente causa se han observado las prescripciones legales, previstas en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y en las demás disposiciones concordantes y supletorias de la misma.

Vistos, siendo Ponente el Ilmo. Sr. D. José M<sup>a</sup> del Riego Valledor.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

PRIMERO.- Se interpone recurso contencioso administrativo contra la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC), de fecha 18 de junio de 2003.

Son antecedentes fácticos a tener en cuenta en la presente sentencia:

1) El 17 de abril de 2000 una sociedad que no es parte de este recurso, franquicia de DIA, S.A., presentó un escrito ante el Servicio de Defensa de la Competencia (SDC), en el que denunciaba a DIA, S.A. por realizar prácticas restrictivas de la competencia consistentes en fijar a los franquiciados los precios de venta al público de sus productos, a través de las terminales de puntos de venta conectadas con su sistema informático, y que compite deslealmente con ellos, al ser los precios de las tiendas DIA, S.A. inferiores a los que les fija a los franquiciados, e incluso les cobra por su productos.

A esta denuncia se adhirieron dos empresas franquiciadas más, una de ellas VEGA GRANDA, S.L., actual parte demandante en este recurso.

2) El SDC formalizó su Pliego de Concreción de Hechos el 2 de abril de 2002, en el que imputaba a DIA, S.A. dos infracciones del artículo 1.1.a) de la Ley de Defensa de la Competencia : a) la fijación de los precios de venta al público a los franquiciados y b) la fijación a los franquiciados de precios superiores a los que DIA, S.A. tiene en sus tiendas propias, si bien posteriormente, en Resolución de 10 de junio de 2002 el SDC acordó el sobreseimiento parcial respecto de la segunda imputación.

3) El TDC dictó la Resolución antes citada, de 18 de junio de 2003, que declaró que no resultó acreditada la infracción del artículo 1.1.a) de la Ley de Defensa de la Competencia que era objeto del expediente.

Esta Resolución del TDC constituye el objeto del presente recurso contencioso administrativo.

SEGUNDO.- La parte actora alega en su demanda: a) nulidad de pleno derecho al no oír al Instructor el TDC conforme ordena el artículo 43 de la Ley de Defensa de la Competencia, y b) nulidad de pleno derecho, al ser el acto administrativo contrario a las normas sobre valoración de la prueba e incorrecta aplicación del principio de presunción de inocencia.

El Abogado del Estado contesta que sólo es preceptivo oír al Instructor en los casos en los que el TDC considera que la infracción ha sido mal calificada o se aprecian infracciones distintas de las analizadas durante la instrucción y remitiéndose a la fundamentación de la Resolución impugnada en cuanto al fondo del asunto. En iguales términos, la codemandada sostiene que no existió vicio procedimental alguno en el expediente administrativo y que el TDC ha aplicado correctamente el principio de presunción de inocencia a los hechos examinados.

TERCERO.- La primera cuestión a decidir en el presente recurso es la relativa a si constituye motivo de nulidad, como pretende la parte actora, la falta de audiencia del Instructor del expediente por el TDC.

El artículo 43 de la ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), establece que el TDC, con carácter preceptivo, debe oír al Instructor cuando, "...al dictar resolución, estime que la cuestión sometida a su conocimiento pudiera no haber sido apreciada debidamente por el Servicio, al ser susceptible de otra calificación..."

Ciertamente, los casos de aplicación del artículo 43 LDC, como se desprende inequívocamente de su texto, son aquellos en los que el TDC considera que los hechos son susceptibles de calificación distinta a la efectuada por el SDC. Este precepto supone la traslación matizada al ámbito administrativo sancionador de defensa de la competencia del planteamiento de la tesis establecido por el artículo 733 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. El planteamiento de la tesis, en el ámbito procesal penal, es una consecuencia de los principios acusatorio y de contradicción y defensa, que exigen la vinculación del Tribunal sentenciador al debate procesal, impidiéndole apreciar hechos o circunstancias que no hayan sido objeto de acusación, y respecto de los que no hubo -por tanto- oportunidad de defenderse para el acusado, salvo que el propio Tribunal los ponga de manifiesto, introduciéndolos en el debate por el cauce que, al efecto, previene el artículo 733 de la LECr. Y es obvio que no se alteran los límites del debate entre acusación y defensa, en los casos en que el Tribunal sentenciador, bien no considere acreditada la participación del acusado en los hechos, bien no considere probada la existencia misma de la infracción, bien aprecie cualquier otra circunstancia que no suponga una alteración de la calificación por otra distinta y/o más grave, respecto de la que el acusado no haya podido defenderse.

No existe ninguna alteración o modificación de la calificación de los hechos en el presente caso, en el que el SDC imputó una infracción del artículo 1.1.a) LDC, consistente en la fijación de precios, y el TDC; sin atribuir a los hechos otra calificación distinta, sencillamente -y como luego veremos- consideró que no quedaban suficientemente acreditados los elementos constitutivos de la infracción imputada, por lo que actuó en el ámbito de sus competencias resolutorias, sin ninguna

infracción del artículo 43 LDC.

CUARTO.- En cuanto al fondo del asunto, ya hemos visto que el TDC, en la Resolución de la que discrepa la demandante, no tuvo por acreditada la fijación de precios por parte de DIA, S.A. a sus empresas franquiciadas. La demanda, en contra del criterio del TDC, considera que en la fase de instrucción ante el SDC quedó acreditada la fijación de precios por DIA, S.A. a sus franquiciados. Así pues, habida cuenta que en este recurso no se ha incorporado nuevo material probatorio por el demandante, el fondo del asunto queda limitado a la revisión de la valoración efectuada por el TDC de lo actuado en el expediente administrativo.

Los hechos que el TDC declaró probados son los siguientes:

PRIMERO.- La entidad Distribuidora Internacional de Alimentación, SA (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).

SEGUUNDO.- 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 (m<sup>2</sup>). 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.

TERCERO.- 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 XII 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 núm. ... de la localidad de Chinchón (Madrid), celebrado en el año 1992 (obrante al folio 1.080 y siguientes del expediente) y cuya cláusula 6.5 contiene los siguientes extremos: «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 DIA que figure en la factura...».

CUARTO.- 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.

QUINTO.- 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.

SEXTO.- 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.

SEPTIMO.- 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».

QUINTO.- El artículo 5, letra e) del Reglamento 4987/88 de la Comisión, de 30 de noviembre, indica que exención de la prohibición de acuerdos descritos en el actual artículo 81 del Tratado de la Unión Europea a empresas franquiciadas no será aplicable cuando se impongan, directa o indirectamente, restricciones al franquiciado en la fijación de los precios de venta de los productos objetos de la franquicia, sin perjuicio de la posibilidad del franquiciador de recomendar dichos precios. En similares términos, el artículo 4, letra a) del Reglamento (CE) 2790/1999 de la Comisión, de 22 de diciembre, establece que la exención (de la prohibición realizar determinados contratos del artículo 81 del Tratado de la Unión Europea) no será aplicable a los acuerdos que directa o indirectamente tengan por objeto renovar la facultad del comprador de determinar el precio de venta, sin perjuicio de que el proveedor pueda imponer precios de venta máximos o recomendar un precio de venta, siempre y cuando éstos no equivalgan a un precio de venta fijo o mínimo.

La cuestión a decidir es, entonces, si los precios de venta al público que DIASA remite a sus franquiciados son precios fijos o, por el contrario, si se trata de precios recomendados o máximos y las empresas franquiciadas pueden modificarlos.

El sistema operativo entre DIASA y sus empresas franquiciadas, tal y como resuelta del expediente y es descrito por los hechos probados de la Resolución del TDC, consiste en que casi todas las tiendas franquiciadas "...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..."

En el expediente existe material probatorio contradictorio, todo el cual ha sido examinado por la Resolución impugnada. Sin embargo, existen dos clases de documentos en los que debemos fijar nuestra atención, porque sobre ellos se apoya en gran medida la conclusión del TDC de falta de acreditación de la infracción imputada a DIA, S.A.: a) de un lado, una encuesta realizada por el SDC a 20 franquiciados, en la que les preguntaba entre otros extremos si fijaban los franquiciados libremente los precios de venta al público o si interviene DIASA en tal fijación de precios y forma -en su caso- de dicha intervención. Las respuestas de los franquiciados, que obran en el expediente (folios 442 a 470), indican que periódicamente -cada 15 días- reciben un listado de precios, pero se trata de precios recomendados o máximos y que es posible modificar el precio desde el punto de venta. Y b) de otro lado, las respuestas dadas por 662 empresas franquiciadas a las preguntas - estas efectuadas por DIASA- sobre si habían recibido una llave que permitía modificar en su TPV (terminal de punto de venta) los precios recomendados por DIASA. En dichas respuestas (folios 1185 a 1844) prácticamente el 100% de los franquiciados reconocieron que habían recibido la llave número 4 que permite modificar en el TPV los precios recomendados por DIASA.

A la vista de estas contestaciones dadas por los franquiciados a la encuesta del SDC y a las preguntas de DIASA, la Sala comparte la valoración probatoria efectuada por el TDC. Las respuestas de los franquiciados, en ambas consultas, son inequívocas sobre el carácter que tienen las listas de precios que cada 15 días les remite DIASA, de precios recomendados o máximos, así como de la posibilidad que tienen de modificar dichos precios en sus terminales de venta, por lo que tales respuestas impiden que se declare probado precisamente lo contrario, como pretende la parte actora. Por todo ello, compartimos las conclusiones del TDC sobre la falta de acreditación en el expediente de la conducta infractora imputada.

SEXTO.- También se refiere la parte actora en su demanda a la existencia de una infracción consistente en fijar DIA, S.A. precios de venta en sus propios establecimientos inferiores a los de los franquiciados. Sin embargo, sobre este punto debe tenerse en cuenta que el SDC, que en su Pliego de Concreción de Hechos de 2 de abril de 2002 había incluido una imputación por tales hechos, sin embargo, en Acuerdo de 10 de junio de 2002 dispuso el sobreseimiento parcial del procedimiento respecto de esta imputación, considerando que las diferencias de precios existentes entre diversos establecimientos respondía a la diferente categoría en que eran clasificados, fueran o no fueran propios, sin que existiera discriminación alguna. Tal Resolución fue consentida y no impugnada por la demandante, de manera que quedó firme. No puede, por tanto, la recurrente volver a plantear ahora, en sede jurisdiccional, una cuestión que consintió y adquirió firmeza en vía administrativa.

SÉPTIMO.- 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 Contencioso Administrativa.

## **FALLAMOS**

En atención a lo expuesto, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, ha decidido:

DESESTIMAR el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación

procesal de VEGA GRANDA, S.L., contra la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia, de fecha 18 de junio de 2003, que declaramos ajustada a derecho en los extremos examinados.

Sin expresa imposición de costas.

Notifíquese esta sentencia a las partes con la indicación a que se refiere el artículo 248.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Así, por esta nuestra sentencia, testimonio de la cual será remitido en su momento a la oficina de origen, a los efectos legales, junto con el expediente administrativo, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.