

Id. Cendoj: 28079230062004100457
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 6
Nº de Resolución:
Fecha de Resolución: 14/09/2004
Nº de Recurso: 655/2001
Jurisdicción: Contencioso
Ponente: MERCEDES PEDRAZ CALVO
Procedimiento: CONTENCIOSO
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

Madrid, a catorce de septiembre de dos mil cuatro.

Vistos los autos del recurso contencioso-administrativo num. 655/01 que ante esta Sala de lo

contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido la Procuradora de los Tribunales

D^a Rosalia Rosique Samper en nombre y representación de D. Héctor , D. Carlos Daniel , D. Everardo , D.

Jose Miguel , D. Cosme y D. Tomás , frente a la Administración del Estado defendida y representada por el Sr. Abogado

del Estado, contra la Resolución dictada por el Tribunal de Defensa de la Competencia el día 18-IV-

01 en materia relativa a practicas prohibidas por la Ley de Defensa de la Competencia, siendo

codemandados GRUPO GODO DE COMUNICACIÓN S.A. representado por la Procuradora D^a

Beatriz Ruano Casanova, y PROMOTORA DE INFORMACIÓN S.A. representada por el Procurador

D. Argimiro Vázquez Guillén; con una cuantía indeterminada. Ha sido Ponente la Magistrado D^a

Mercedes Pedraz Calvo.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La recurrente indicada interpuso recurso contencioso-administrativo ante esta Sala contra la Resolución de referencia. 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 parte actora formalizó la demanda mediante escrito en el cual, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de rigor, terminó suplicando se dicte sentencia por la que declare:

"A) La anulación de la resolución impugnada por no ser conforme a derecho y B) señale la infracción del artículo 85.1 del Tratado de Roma por Grupo Prisa y Grupo Godó, así como las diferentes sociedades de ambos grupos, señalados en el hecho primero uno, dos y que fueron responsables de las infracciones señaladas en el fallo de la resolución del TDC 487/00. Y C) imponga a los infractores del artículo 1 de la Ley 16/89 la multa pecuniaria adecuada a la extrema gravedad, de las infracciones cometidas conforme a la baremación derivada del artículo 10 de la ley 16/89 y así como el resto del contenido punitivo del artículo 46, especialmente la orden de cesación de las prácticas y la publicación de las resoluciones sancionadoras. Y D) establezca la sanción adecuada por infracción del artículo 85 a los infractores que resulten autores o responsables".

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, y tras alegar la concurrencia de una causa de inadmisibilidad del recurso, por falta de legitimación activa de los recurrentes, terminó suplicando la desestimación del recurso.

La representación procesal de la codemandada Grupo Godó de Comunicación S.A. presentó escrito de contestación a la demanda para: 1º alegar la falta de legitimación de los recurrentes; 2º solicitar la desestimación del recurso. En igual sentido presentó escrito la representación de la codemandada Promotora de Informaciones S.A..

CUARTO.- La Sala acordó recibir a prueba el recurso practicándose la documental, 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 por votación y fallo del recurso la fecha del 7 de septiembre de 2.004 en que se deliberó y votó habiéndose observado en su tramitación las prescripciones legales.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto de impugnación en el presente recurso contencioso-administrativo el Acuerdo dictado el día 18 de abril de 2001 por el Tribunal de Defensa de la Competencia por el que en el expediente 487/00 Radio Fórmula, resuelve:

"Primero.- Declara la existencia de una conducta restrictiva de la competencia, prohibida por el artículo 1.1 de la Ley 16/1989 de Defensa de la Competencia, consistente en haberse adoptado los siguientes acuerdos: a) 22 de julio de 1992 celebrado entre los Grupos PRISA y GODO en el que se pactaron las condiciones de la

presencia de Inversiones Godó S.A. en Antena 3 de Radio S.A., la creación de nuevas sociedades conjuntas de prensa escrita, el establecimiento de derechos preferentes de un grupo en las nuevas inversiones del otro en medios de comunicación y la creación de un Comité paritario entre ambos grupos; b) de 23 de diciembre de 1.992 por el que Antena 3 de Radio S.A. encomienda a Gerencia de Medios S.A. la gestión en exclusiva de su publicidad en todo el territorio nacional; y c) el convenio de programación suscrito el 1 de enero de 1993 entre Antena 3 de Radio S.A. y Promotora de Televisión S.A. por un lado y la Sociedad Española de Radiodifusión S.A. y Comunicación Radiofónica S.A. por otro, por el que las emisoras de estas cadenas pasaban a integrar la Cadena M-80.

Segundo.- Son responsables de la infracción precedente el Grupo PRISA como entidad que controlaba: Promotora de Informaciones S.A., Paltrivia S.A., Antena 3 de Radio S.A., Sociedad de Servicios Radiofónicos Unión Radio S.A., Sociedad Española de Radiodifusión S.A., Gerencia de Medios S.A., Promotora de Televisión y Radio S.A. y Comunicación Radiofónica S.A.; y el Grupo GODO, como entidad que controlaba: Serec S.A., Paltrivia S.A. Inversiones Godó S.A., Antena 3 de Radio S.A. y Talleres de Imprenta S.A."

SEGUNDO.- El Abogado del Estado y las codemandadas alegan la inadmisibilidad del recurso, con fundamento en la falta de legitimación activa de los denunciados. Sostienen que "el interés de los demandados fue satisfecho con la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia a lo que se refiere el presente recurso en lo que se declaró la existencia de una conducta restrictiva de la competencia y prohibida por el art. 1.1. de la Ley 16/1989, sin que sea apreciable un interés particular y jurídicamente protegido a que se imponga una sanción como consecuencia de dicho expediente a las empresas a las que se refiere la denuncia, ya que otra cosa sería tanto como reconocer la universal legitimación del denunciado, que, según hemos visto, es expresamente rechazada por la jurisprudencia" (Abogado del Estado) y que "los recurrentes no son, como ya hemos señalado, ni competidores de las empresas que celebraron el acuerdo de cooperación declarado prohibido por el TDC en la Resolución recurrida, ni clientes de dichas empresas - agencias publicitarias- que pudieran ver su posición competitiva directamente afectada por los acuerdos de colaboración en cuestión. Muy al contrario, los recurrentes son periodistas, cuya única conexión con los hechos que han dado lugar al presente recurso es que trabajaban en ese momento para A3R" (codemandados).

El Tribunal Constitucional ha señalado en numerosas ocasiones que del art. 24 de la Constitución deriva para los Jueces y Tribunales "... la obligación de interpretar con amplitud las fórmulas que las leyes procesales utilicen en orden a la atribución de legitimación activa para acceder a los procesos judiciales..." (STC 120/2001) y que en relación con la legitimación activa los órganos jurisdiccionales quedan compelidos a interpretar las normas procesales no solo de manera razonable y razonada sino en sentido amplio y no restrictivo, es decir, de conformidad con el principio "pro actione" (STC 7/2001).

En el supuesto enjuiciado se trata de resolver si los denunciados, que no obtuvieron plena satisfacción a sus pretensiones de incriminación (no se declaró cometida una infracción del artículo 85.1 del Tratado C.E. hoy artículo 81TCE) o de sanción (se declaró cometida una infracción del artículo 1.1 de la Ley de Defensa de la Competencia pero no se impuso sanción) tienen legitimación activa para pretender en un proceso contencioso-administrativo que se declare cometida la infracción y que se imponga la sanción tanto por la infracción ya declarada y no

sancionada como por la no declarada, además, como es el caso, de postular la publicidad de la resolución ya dictada y la orden de cesación de las prácticas prohibidas.

El Tribunal Supremo en la sentencia de 5-XI-99 (recurso 9537/1995) ha establecido las bases de la legitimación del denunciante en una situación equivalente a la de autos:

"Partiendo de que la respuesta a la cuestión de la legitimación activa del recurrente-denunciante debe ser casuística, de modo que no resulte aconsejable ni una afirmación ni una denegación indeferenciadas para todos los casos, ha de entenderse que la existencia de la legitimación viene ligada a la de un interés legítimo de la parte, a cuya satisfacción sirva el proceso, lo que de partida sitúa el análisis en la búsqueda y determinación de ese interés, cuya alegación y prueba cuando es cuestionado, es carga que incumbe a la parte que se lo arroga, estimándose que el referente de tal interés no puede ser sólo un determinado acto de un determinado procedimiento administrativo, ya que únicamente tiene, en su caso, una relación instrumental con la satisfacción de dicho interés, sino que éste debe tener una entidad sustantiva y no meramente formal, y que en principio ha de ser el mismo que esté en la base del procedimiento administrativo y del proceso contencioso administrativo de impugnación de las resoluciones dictadas en aquél, ...

La clave, pues, para la determinación de si existe o no un interés legítimo en el proceso de impugnación de una resolución dictada en expediente abierto a virtud de denuncia de un particular por una hipotética responsabilidad, debe situarse en el dato de si la imposición de una sanción puede producir un efecto positivo en la esfera jurídica del denunciante o puede eliminar una carga o gravamen, en esa esfera, y será así, en cada caso, y en función de lo pretendido, como puede darse la contestación adecuada."

Es decir: como igualmente resulta de la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de diciembre de 2001 que alegan las codemandadas, la respuesta al problema de la legitimación debe ser casuístico.

Esta misma cuestión fue abordada por el Alto Tribunal, en relación con un grupo de recurrentes básicamente idénticos a aquellos que constituyen los actores en este recurso, en la sentencia dictada el día nueve de Junio de dos mil, en los siguientes términos:

"No es necesario precisar ahora cual ha sido la evolución que en el proceso contencioso-administrativo ha experimentado el concepto y las características o notas definidoras del "título legitimador", discurriendo, como fases más significativas, desde la titularidad de un derecho a la de un interés, y desde el interés directo al interés legítimo; ni es necesario tampoco precisar las líneas que orientan el fenómeno, cierto sin duda, de la ampliación progresiva de la legitimación para recurrir en aquel proceso. Basta con recordar que este Tribunal Supremo ha definido el interés legítimo (así, entre otras, en su sentencia de 1 de julio de 1985) como el que tienen aquellas personas que por razón de la situación objetiva en que se encuentran, por una circunstancia de carácter personal, o por ser los destinatarios de una regulación sectorial, son titulares de un interés propio, distinto del de cualquier ciudadano, de que los poderes públicos actúen de acuerdo con el ordenamiento cuando con motivo de la persecución de fines de interés general, inciden en el ámbito de tal interés propio, aun cuando la actuación de que se trate no les ocasione en concreto un

beneficio o un servicio inmediato; o que en la sentencia de 14 de julio de 1988, al aceptar uno de los fundamentos de la apelada, reconoció que para que exista el interés basta con que el éxito de la acción represente para el recurrente un beneficio material o jurídico o, por el contrario, que el mantenimiento de la situación creada o que pudiera crear el acto combatido le origine un perjuicio, incluso aunque tales beneficio o perjuicio se produzcan por vía indirecta o refleja. Siendo oportuno, también, recordar que nuestra jurisprudencia, si bien no reconoce la legitimación fundada en el mero interés por la legalidad, o en motivos extrajurídicos, susceptibles de satisfacer apetencias, deseos o gustos personales, alejados del interés auténticamente legitimador objeto de protección legal (S. 12.4.1991), sí ha ido reconociendo como incluibles en el concepto de interés legitimador beneficios tales como los morales, los de vecindad, los competitivos o profesionales; y, asimismo, además de los personales o individuales, los colectivos y los difusos. Y recordar, en fin, que en relación a estos últimos se acepta como posible la modalidad del ejercicio individual y no sólo colectivo, justificada por el hecho de que el ciudadano que ejercita la defensa de un interés difuso está en ocasiones defendiendo su propio círculo vital afectado, al proyectarse aquel interés sobre su esfera personal.

Este breve recordatorio de ideas sobre la evolución del título legitimador, al que cabe unir el conocido principio de interpretación restrictiva de las causas que impiden el examen del fondo de la pretensión, conduce a rechazar que en los actores no concurra la legitimación procesal exigible, pues su esfera personal se ve afectada, cuando menos de manera indirecta o refleja, a través de actuaciones que entienden limitativas de la libre competencia en el ámbito en que desenvuelven su ejercicio profesional, o vulneradoras de la efectividad de un derecho, el de la información, a cuya protección están singularmente llamados por razón, precisamente, de la profesión elegida"

Igualmente les fue reconocida legitimación activa por esta misma Sala y Sección en la sentencia de 15 de septiembre de 2.000, hoy firme, resolviendo el recurso interpuesto por los hoy actores contra resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de fecha 29 de Julio de 1.997, sobre sobreseimiento parcial del mismo expediente "R-185/96) - Radio Fórmula".

Si bien es cierto que las pretensiones ejercitadas en este concreto recurso difieren en parte de las planteadas en los recursos que terminaron con las sentencias citadas, no lo es menos que: 1º al igual que en el supuesto del litigio finalizado por la sentencia de la Audiencia Nacional de 15-IX-00 se pretende la declaración de práctica prohibida, si bien en este litigio por infracción del Art. 81.1 (ex Art. 85) TCE; 2º tal y como se razona por el TDC la no imposición de la sanción, la firmeza del Acuerdo impugnado podría afectar a una hipotética futura reclamación de daños y perjuicios (se dice que "los efectos de los acuerdos imputados" no han quedado suficientemente acreditados en su cuantía en el expediente y que en todo caso se limitaron a un periodo corto de tiempo, además de terminar con una concentración autorizada por el Consejo de Ministros, Acuerdo anulado por el Tribunal Supremo en la sentencia citada). Es decir, entiende esta Sala que en las circunstancias descritas, los recurrentes ostentan un interés que excede de la mera defensa de la legalidad, con afectación posible de sus intereses económicos y profesionales por la anulación del acto administrativo impugnado.

En consecuencia, debe considerarse legitimados a los actores en este litigio y desestimarse la causa de inadmisibilidad alegada por el Abogado del Estado y las codemandadas.

TERCERO.- Se declaran probados los hechos declarados como tales en la resolución impugnada, que no han sido objeto de debate en el recurso.

CUARTO.- La primera cuestión que procede examinar, a juicio de esta Sala, pese a no ser este el orden en que plantea sus motivos de recurso la parte actora, es la relativa a la infracción del artículo 10 de la L.D.C. al no imponer sanción alguna a las empresas que, según declara, son autoras de una infracción del artículo 1.1. de la ley 16/89.

Para la adecuada resolución de esta cuestión es preciso recordar que el propio acto administrativo impugnado parte de la diferencia entre los pactos de carácter concertativo (a los que es de aplicación el artículo 1 L.D.C.) y aquellos otros de carácter concentrativo (de aplicación el artículo 14 L.D.C.) y reconoce que en su dictamen preceptivo a la operación de concentración (expte 13/93 Unión Radio) dejó planteado que el momento oportuno para pronunciarse sobre el carácter concertativo de los acuerdos declarados probados era precisamente aquel en que se dictase resolución en el expediente sancionador.

Para declarar el carácter concertativo reproduce la apreciación del S.D.C. de que los acuerdos e "intercambios de acciones que desembocaron en la toma de una participación minoritaria del Grupo PRISA en A3R no fueron una toma de control independiente, ya que dicho control no se podría llevar a cabo eficazmente sin la colaboración del Grupo GODO accionista mayoritario de A3R a través de Inversiones Godó S.A.. Por el contrario, estos hechos supondrían un acuerdo entre dos competidores para actuar conjuntamente en el mercado de la radio comercial, lo cual tendría el objeto de falsear la competencia y sería por tanto encuadrable en el Art. 1.1. LDC". El análisis del acto impugnado continúa recordando que "no cabe ignorar que dichos acuerdos se celebraron entre los dos principales competidores en el mercado de la radio comercial y supusieron la entrega de la gestión y el control total de la variable estratégica del mismo, que es la publicidad, precisamente a quien era el primer competidor de A3R y de forma exclusiva" y termina exponiendo la compatibilidad entre la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de junio de 2000 y la declaración de comisión de una infracción: señala que los acuerdos consistieron en una conducta colusoria realizada con carácter previo a que se iniciara aquella operación, que los acuerdos no eran preparatorios de la concentración ni se limitaron a garantizar la permanencia e independencia de A3R "sino que tuvieron el objeto y el efecto de restringir la competencia".

A juicio de esta Sala, después de estas argumentaciones la no imposición de la sanción se fundamenta en que no han quedado suficientemente acreditados los efectos de los acuerdos "en su cuantía" y que culminaron en la operación de concentración aprobada por el Consejo de Ministros.

La parte actora solicita se acuerde la imposición de una sanción, concretamente, de "multa pecuniaria adecuada a la extrema gravedad de las infracciones cometidas conforme a la baremación derivada de la aplicación del artículo 10 de la ley 16/89 y así como el resto del contenido punitivo del artículo 46 especialmente la orden de cesación de las prácticas y la publicación de las resoluciones sancionadoras.

Para dar respuesta a la pretensión relativa a la sanción pecuniaria, es preciso examinar varios aspectos de la misma: 1º si procede la imposición de una sanción de multa; 2º si esta Sala, en su caso, puede acordarla; 3º cuantía de la sanción a imponer.

La primera cuestión a resolver es pues, si procede la imposición de una sanción de multa prevista en el artículo 10 L.D.C. y este Tribunal considera que es procedente la imposición de una sanción: todos los razonamientos que realiza la resolución impugnada conducen a esa conclusión, la comisión de una infracción grave de la Ley de Defensa de la Competencia ha de llevar aparejada la sanción en forma de multa salvo que concurran circunstancias que justifiquen la no imposición de la misma.

El artículo 131 LRJPAC establece: "1. Las sanciones administrativas, sean o no de naturaleza pecuniaria, en ningún caso podrán implicar, directa o subsidiariamente, privación de libertad. 2. El establecimiento de sanciones pecuniarias deberá prever que la comisión de las infracciones tipificadas no resulte más beneficioso para el infractor que el cumplimiento de las normas infringidas. 3. En la determinación normativa del régimen sancionador, así como en la imposición de sanciones por las Administraciones Públicas, se deberá guardar la debida adecuación entre la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada, considerándose especialmente los siguientes criterios para la graduación de la sanción a aplicar: a) la existencia de intencionalidad o reiteración. b) la naturaleza de los perjuicios causados. c) la reincidencia, por comisión en el término de un año de más de una infracción de la misma naturaleza, cuando así haya sido declarado por resolución firme".

Este principio supone que la actuación sancionadora de la Administración deberá ser proporcionada a los fines que pretende alcanzar. Para apreciarla debe compararse por un lado el contenido y la finalidad de la resolución que adopta la Administración y de otra la entidad del sacrificio de los derechos de los administrados a quienes se impone la sanción, o expresado de otro modo, la gravedad del hecho ilícito y la gravedad de la sanción.

En este supuesto, la gravedad del hecho ilícito es recogida por el propio Acuerdo, que no alude en ningún momento a una posible falta de intencionalidad de los autores de las prácticas prohibidas, ni resulta excusada la concertación por la posible futura concentración que, no puede olvidarse, se notificó el día 1 de diciembre de 1.993, siendo así que el T.D.C. sitúa como fecha de finalización de la concertación el 3 de noviembre de 1.993.

La segunda cuestión, que ha sido debatida reiteradamente en el marco de procesos contencioso- administrativos contra resoluciones sancionadoras, ha sido resuelta positivamente por esta Sala, en sentencias confirmadas por el Alto Tribunal. Así, el Tribunal Supremo en la sentencia de fecha 6 de octubre de 2003 señaló que "Pues bien, partiendo de ahí ha de señalarse, una vez más, (como más reciente puede verse la sentencia de 7 de Julio pasado), que el principio de proporcionalidad, en su vertiente aplicativa ha servido en la jurisprudencia como un importante mecanismo de control por parte de los Tribunales del ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración, cuando la norma establece para una infracción varias sanciones posibles o señala un margen cuantitativo para la fijación de la sanción pecuniaria; y, así, se viene insistiendo en que el mencionado principio de proporcionalidad o de la individualización de la sanción para adaptarla a la gravedad del hecho, hacen de la determinación de la sanción una actividad reglada y, desde luego, resulta posible en sede jurisdiccional no sólo la confirmación o eliminación de la sanción impuesta sino su modificación o reducción."

Al tiempo, esta Sala estima que la Administración, en este caso el T.D.C. cuenta con mayores elementos de juicio a la hora de determinar la cuantía de la misma, siempre dentro de los parámetros que la propia ley 16/89 establece en su artículo 10 : la modalidad y alcance de la restricción de la competencia, la dimensión del mercado afectado, la cuota de mercado de la empresa correspondiente, el efecto de la restricción de la competencia sobre los competidores efectivos o potenciales, sobre otras partes en el proceso económico sobre los consumidores y usuarios, la duración de la restricción de la competencia y la reiteración de las conductas prohibidas. Estas circunstancias, concurrirán o no en este caso, y como señaló el Tribunal Supremo en la sentencia de 17 de marzo de 2003 , no requieren su análisis pormenorizados si es clara su no concurrencia, pero en todo caso, la cuantía de la multa a imponer debe sujetarse a las previsiones legales en relación con los datos que al respecto obren el expediente, apreciados y razonados, para agravar o para atenuar o para compensarse las unas con las otras (como también señalaba el Alto Tribunal en la sentencia citada).

La resolución que ha de dictar el T.D.C. fijando la cuantía de la multa, multa que según se ha razonado considera esta Sala debe imponerse, debe ser publicada, y el Acuerdo, como consecuencia de los pronunciamientos de esta sentencia es una resolución sancionadora (que antes era una resolución declarativa de la comisión de una infracción). Esta resolución sancionadora debe por imperativo legal publicarse en los términos impuestos por el artículo 46 de la ley 16/89 .

Finalmente, esta Sala coincide con la apreciación de las codemandadas: no es procedente ordenar la cesación de unas conductas que, según reconoce expresamente el propio Acuerdo impugnado, cesaron en el mes de noviembre de 1.993 y no se ha acreditado que "los infractores siguen persistiendo en sus prácticas" como alega la recurrente en su escrito de demanda.

QUINTO.- La parte recurrente sostiene que se ha producido una infracción del artículo 81 (ex 85) del Tratado C.E . y ello porque, a su entender se debe entender afectado el comercio intracomunitario. La noción de afectación del comercio intracomunitario es una noción de derecho comunitario, que constituye el criterio de delimitación del campo de aplicación material de los artículos 81 y 82 del Tratado , y permite concretar las situaciones regidas por el derecho de la competencia nacional (sentencia Consten y Grundig/ Comisión de 13 de julio de 1.966, asuntos 56/64 y 58/64).

En la Comunicación de la Comisión sobre Directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio contenido en los artículos 81 y 82 del Tratado (B.O.U.E. de 27-IV-04) se recuerda que "el derecho comunitario de competencia no es aplicable a los acuerdos y prácticas que no pueden afectar de forma apreciable al comercio entre Estados miembros" (12) y "En palabras del Tribunal de Justicia, el acuerdo o la práctica debe afectar al comercio entre Estados miembros de manera "significativa" (13). En todo caso, la noción de "pueda afectar" exige que se hayan probado: a) un grado suficiente de probabilidad con arreglo a un grupo de factores objetivos de derecho o de hecho; b) una influencia en las corrientes comerciales entre Estados miembros; c) una influencia directa o indirecta real o potencial en las corrientes comerciales.

De la lectura de los escritos de la parte actora no resulta ni razonada ni probada la concurrencia de estos elementos, en ausencia de los cuales, no puede considerarse que las prácticas denunciadas afectaran o pudieran afectar al comercio

intracomunitario, debiendo confirmarse en este extremo el acto administrativo impugnado.

En relación con la alegada desviación de poder por el acto administrativo, esta Sala considera que, vistos los razonamientos precedentes no cabe estimarla. En todo caso, recordar que el Tribunal Supremo define la desviación de poder como el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los establecidos por el ordenamiento jurídico, que ha matizado la jurisprudencia, declarando: A) Es necesario un acto aparentemente ajustado a la legalidad, pero que en el fondo persigue un fin distinto al interés público querido por el legislador.- B)-Se presume que la Administración ejerce sus potestades conforme a derecho.- C) No puede exigirse, por razón de su propia naturaleza, una prueba plena sobre su existencia, ni tampoco fundarse en meras presunciones o conjeturas, siendo necesario acreditar la concurrencia de hechos o elementos suficientes para formar en el Tribunal la convicción de que la Administración acomodó su actuación a la legalidad pero con finalidad distinta de la pretendida por la norma aplicable.

Igualmente, que dado que por la propia índole de la desviación de poder, ordinariamente no es posible una prueba directa y plena de su existencia, siendo lo normal al respecto la prueba presunciones (Arts. 1249 y 1253 C.C), a partir de hechos demostrados, en todo caso la carga de dicha prueba incumbe a la parte que impugna el acto, no habiéndose practicado prueba alguna en tal sentido acreditativa de lo pretendido.

De cuanto queda expuesto resulta la estimación parcial del recurso, a fin de que por el T.D.C. se imponga una sanción a los autores de la infracción, según lo razonado en el fundamento jurídico cuarto, y ordenando la publicación de la resolución sancionadora.

SEXTO.- No se aprecian razones que, de conformidad con lo dispuesto en el art. 131. Pfo. 1 de la Ley Jurisdiccional , justifiquen la condena al pago de las costas a ninguna de las partes.

Vistos los preceptos legales citados, y los demás de pertinente aplicación,

FALLAMOS

Que debemos admitir y estimar en parte como estimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto por D. Héctor , D. Carlos Daniel , D. Everardo , D. Jose Miguel , D. Cosme y D. Tomás , contra el Acuerdo dictado por el Tribunal de Defensa de la Competencia el día 18 de abril de 2001 descrito en el fundamento jurídico primero de esta sentencia, el cual anulamos en el extremo relativo a la imposición de una sanción a los autores de la infracción del artículo 1 de la ley 16/89 , ordenando al Tribunal de Defensa de la Competencia que fije la cuantía de la misma y ordene la publicación de la resolución sancionadora. 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.