

Id Cendoj: 28079130032007100242  
 Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso  
 Sede: Madrid  
 Sección: 3  
 Nº de Recurso: 9763 / 2004  
 Nº de Resolución:  
 Procedimiento: RECURSO CASACIÓN  
 Ponente: EDUARDO ESPIN TEMPLADO  
 Tipo de Resolución: Sentencia

#### Voces:

- x LEGITIMACIÓN (RECURSO DE CASACIÓN CONT.ADMVO.) x
- x SANCIONES EN MATERIA DE LIBRE COMPETENCIA x
- x VOTO PARTICULAR x
- x DEFENSA DE LA COMPETENCIA x
- x CONTROL DE CONCENTRACIONES x

#### Resumen:

La legitimación activa en un procedimiento sancionador debe plasmarse en la obtención de alguna concreta ventaja jurídica en la esfera del recurrente, algo más que la mera declaración de una infracción o imposición de una sanción. Aunque en defensa de la competencia la declaración de las infracciones de potenciales competidores o su sanción pueden estar con frecuencia asociadas a ventajas materiales y competitivas que no existen fuera de este sector del ordenamiento, dichas ventajas deben ser alegadas y probadas. No se aprecia que la existencia de pretensiones sancionadoras no satisfechas justifica un interés, tampoco lo es una futura reclamación de daños y perjuicios que es independiente de la imposición de la sanción. Existe Voto particular.

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiséis de Junio de dos mil siete.

VISTO por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, constituida en su Sección Tercera por los Magistrados indicados al margen, el recurso de casación número 9.763/2.004, interpuesto por la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, representada por el Sr. Abogado del Estado, por GRUPO GODÓ DE COMUNICACIÓN, S.A., representado por la Procuradora D<sup>a</sup> Beatriz Ruano Casanova, y por PROMOTORA DE INFORMACIONES, S.A., representada por el Procurador D. Argimiro Vázquez Guillén, contra la sentencia dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en fecha 14 de septiembre de 2.004 en el recurso contencioso-administrativo número 655/2.001, sobre conductas restrictivas de la competencia prohibidas por el *artículo 1.1 de la Ley de Defensa de la Competencia (expte. 487/00 del Tribunal de Defensa de la Competencia)*.

Son partes recurridas D. Tomás , D. Hugo , D. Bartolomé , D. Luis Alberto , D. Pedro y D. Gabino , representados por la Procuradora D<sup>a</sup> Rosalía Rosique Samper.

## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el proceso contencioso-administrativo antes referido, la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Sexta) de la Audiencia Nacional dictó sentencia de fecha 14 de septiembre de 2.004 , que estimaba en parte el recurso promovido por D. Tomás , D. Hugo , D. Bartolomé , D. Luis Alberto , D. Pedro y D. Gabino contra la resolución del Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia de fecha 18 de abril de 2.001 en relación con el expediente 487/00 (962/93 del Servicio), que en su parte dispositiva decía:

"Primero.- Declarar 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) de 22 de julio de 1992, celebrado entre los Grupos PRISA y GODÓ, 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 1992, 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., Sociedad de Servicios Radiofónicos Unión Radio S.A., Sociedad Española de Radiodifusión S.A., Gerencia de Medios S.A. y Comunicación Radiofónica S.A.; y el Grupo GODÓ, como entidad que controlaba: Serec S.A., Inversiones Godó S.A., Antena 3 de Radio S.A., Talleres de Imprenta S.A. y Promotora de Televisión y Radio S.A."

La parte dispositiva de la sentencia mencionada es la siguiente:

"Que debemos admitir y estimar en parte como estimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto por [...] 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."

SEGUNDO.- Notificada dicha sentencia a las partes, la Administración demandada y las codemandadas presentaron sendos escritos preparando recurso de casación, los cuales fueron tenidos por preparados en providencia de la Sala de instancia de fecha 14 de octubre de 2.004, al tiempo que ordenó remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

TERCERO.- Recibidas las actuaciones tras haberse efectuado los emplazamientos, se dio traslado de las mismas al Sr. Abogado del Estado para que manifestara si sostenía o no el recurso de casación, lo que verificó mediante escrito presentado en el plazo concedido, en el que también lo interponía, formulando dos motivos al amparo del *apartado 1.d) del artículo 88 de la Ley 29/1998, de 13 de julio*, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa:

- 1º, por infracción del *artículo 28.1.a) de la Ley* jurisdiccional y de la jurisprudencia, y
- 2º, por infracción del *artículo 10 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia*.

Terminaba suplicando que se dicte sentencia por la que se case y anule la recurrida, dictando en su lugar otra más conforme a Derecho, por la que se restablezca en la integridad de sus pronunciamientos y efectos jurídicos la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia que la sentencia dejó sin efecto, con lo demás precedente.

La representación procesal de Grupo Godó de Comunicación, S.A. compareció en forma en fecha 3 de diciembre de 2.004, mediante escrito interponiendo recurso de casación, que articula en los siguientes motivos:

- 1º, formulado en base al *apartado 1.d) del artículo 88 de la Ley de la Jurisdicción*, por infracción del *artículo 19* de la misma;

- 2º, igualmente basado en el *apartado 1.d) del mencionado artículo 88 de la Ley 29/1998*, por infracción de los *artículos 10 y 46 de la Ley de Defensa de la Competencia*, y

- 3º, amparado en el *apartado 1.c) del artículo 88 de la reiterada Ley procesal*, por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia, en concreto, del *artículo 71.2 de la misma Ley* jurisdiccional.

Terminaba suplicando que se case la sentencia recurrida, dictando otra en la que se resuelva conforme a lo argumentado en dicho escrito.

Por su parte, la representación procesal de Promotora de Informaciones, S.A. compareció en fecha 7 de diciembre de 2.004, formulando su escrito de interposición de su recurso de casación en base a los mismos motivos y en los mismos términos que Grupo Godó de Comunicación, S.A.

Los recursos de casación fueron admitidos por providencia de la Sala de fecha 17 de mayo de 2.006 .

CUARTO.- Personados D. Tomás , D. Hugo , D. Bartolomé , D. Luis Alberto , D. Pedro y D. Gabino , la representación procesal de los mismos ha formulado escrito de oposición a los recursos de casación, suplicando que se dicte sentencia por la que se declare no haber lugar a los mismos y que confirme la recurrida, e imponga las costas a los recurrente.

QUINTO.- Por providencia de fecha 27 de febrero de 2.007 se ha señalado para la deliberación y fallo del presente recurso el día 12 de junio de 2.007, en que han tenido lugar dichos actos.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo Espín Templado, Magistrado de la Sala.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Objeto y planteamiento de los recursos de casación.

El Abogado del Estado, Promotora de Informaciones, S.A. (PRISA) y el Grupo Godó de Comunicación, S.A. interponen sendos recursos de casación contra la Sentencia dictada en fecha 14 de septiembre de 2.004 por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Sexta) de la Audiencia Nacional en materia relativa a prácticas prohibidas por la Ley de Defensa de la Competencia. Esta Sentencia estimó en parte el recurso interpuesto por don Tomás y demás personas relacionadas en los antecedentes contra el acuerdo del Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia de 18 de abril de 2.001 en lo relativo a la no imposición de sanción a los autores de la infracción del *artículo 1 de la referida Ley* , ordenando al Tribunal de Defensa de la Competencia que fije la cuantía de la misma y disponga la publicación de la resolución sancionadora.

Los recursos de casación se fundan en los siguientes motivos. El Abogado del Estado articula el suyo mediante dos motivos, acogidos al *apartado 1.d) del artículo 88 de la Ley de la Jurisdicción*. El primero de ellos se basa en la alegación de infracción del *artículo 28.1.a) de la Ley jurisdiccional de 1.956* , por entender que los actores en la instancia carecían de legitimación activa. El segundo motivo de su recurso lo basa el representante de la Administración en la infracción del *artículo 10 de la Ley de Defensa de la Competencia (Ley 16/1989, de 17 de julio)* , porque al ordenar la imposición de la sanción se prescinde de la facultad dispositiva que el precepto otorga al Tribunal de Defensa de la Competencia en cuanto a la imposición de sanciones en función de las circunstancias concurrentes en cada caso.

Los recursos presentados por los grupos Prisa y Godó están formulados en términos idénticos, por lo que pueden resumirse de forma conjunta. Se articulan tres motivos, de los que los dos primeros se amparan en el *apartado 1.d) del artículo 88 de la Ley de la Jurisdicción* y el *tercero* de ellos lo hace en el *apartado 1.c)* del mismo precepto. En el primer motivo alegan la infracción del *artículo 19 de la Ley de la Jurisdicción* , al considerar que los recurrentes en la instancia carecían de legitimación para impugnar la decisión del Tribunal de Defensa de la Competencia. En el segundo motivo se aduce la infracción de los *artículos 10 y 46 de la Ley de Defensa de la Competencia* , al desconocerse la discrecionalidad con que dichos preceptos configuran la facultad del Tribunal de Defensa de la Competencia para imponer multas. El tercer motivo, acogido como se ha indicado al *apartado 1.c) del artículo 88 de la Ley jurisdiccional*, se basa en que la Sentencia habría infringido el *artículo 71.2* del mismo texto legal, que prohíbe a los órganos jurisdiccionales determinar el contenido discrecional de los actos anulados, al ordenar al Tribunal de Defensa de la Competencia imponer una multa.

SEGUNDO.- Sobre la posición de la Sentencia y de las partes respecto de la legitimación de quienes interpusieron el recurso contencioso administrativo a quo.

Como hemos visto en la sucinta referencia de los tres recursos de casación que hemos de examinar, en todos ellos se formula un primer motivo en el que se rechaza que los denunciados de las conductas contrarias a la competencia ante los órganos de defensa de ésta tuviesen legitimación para interponer el recurso contencioso administrativo a quo contra la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia, que fue parcialmente estimado por la Sentencia que se impugna en casación. Se aduce por ello la infracción de los *artículos 19 de la vigente Ley jurisdiccional -recursos de Prisa y Grupo Godó- y 28.1 .a) de la Ley jurisdiccional de 1.956 -recurso del Abogado del Estado-*, así como la jurisprudencia relativa a la

legitimación, alegatos que pueden examinarse conjuntamente.

La Sentencia recurrida dedica su fundamento de derecho segundo a estudiar la legitimación de los recurrentes, que había sido objetada tanto por la Administración del Estado como por la sociedades codemandadas, los citados grupos Prisa y Godó. La Sala resolvió en los siguientes términos:

"SEGUNDO.- El Abogado del Estado y las codemandadas alegan la inadmisibilidad del recurso, con fundamento en la falta de legitimación activa de los denunciante. Sostienen que "el interés de los demandantes 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 denunciante, 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 sólo 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 denunciante, 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 81 TCE*) 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) tiene 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 incluíbles 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 se 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." (fundamento de derecho segundo)

Las partes recurrentes en casación discuten la decisión de la Sala juzgadora sobre la legitimación de quienes fueron actores en la instancia con los razonamientos que se exponen resumidamente a continuación.

El Abogado del Estado recuerda en primer lugar la doctrina de esta Sala en Sentencias referidas a recursos frente a resoluciones de archivo de denuncias o de diligencias disciplinarias por parte del Consejo

General del Poder Judicial (Sentencias de este Tribunal de 6 de julio de 1.999 -RC 387/1.996- y 20 de diciembre de 2.002 -recurso contencioso-administrativo 47/2.002 -) o que formulan con carácter general la teoría de la legitimación a la luz de la jurisprudencia y la interpretación de la Constitución (Sentencia de este Tribunal de 24 de febrero de 2.004 -RC 8.995/1.998 -). En aplicación al caso concreto de dicha doctrina jurisprudencial, entiende el Abogado del Estado que el éxito de la petición de los denunciantes/recurrentes no produciría en principio ningún efecto favorable en su esfera jurídica de derechos e intereses, pues la eventual imposición de una sanción no les originaría por sí sola ninguna ventaja.

Recuerda la Sentencia de esta Sala de 9 de junio de 2.000 , en la que se vincula el interés legítimo a "beneficios tales como los morales, los de vecindad, los competitivos o profesionales; y asimismo, además de los personales o individuales, los colectivos o 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". Pero señala el Abogado del Estado que la misma Sentencia se encarga de recordar que nuestra jurisprudencia no reconoce la legitimación fundada en el mero interés en la legalidad, ni la derivada de motivos extrajurídicos, que es necesario que el interés legítimo se identifique y acredite de alguna forma y se vincule a los recurrentes, y que se trate de un interés real y no meramente potencial o hipotético.

Teniendo presente dicha doctrina, sostiene el Abogado del Estado que no son determinantes ninguna de las razones esgrimidas por los recurrentes o por la Sentencia para rechazar la alegación de falta de legitimación. En cuanto a las expuestas por los recurrentes, porque la legitimación debe examinarse caso por caso; porque la legitimación para ser denunciante no es la exigible para ser parte en un proceso; y porque el *artículo 24* garantiza una respuesta fundada en derecho, que puede ser de inadmisión. En lo que respecta a las razones empleadas por la Sala de instancia, porque no puede considerarse legitimado a quien se limita a afirmar que tiene un interés que exceda de la mera legalidad, pues el recurso versaba fundamentalmente sobre la imposición de una multa y no se conoce la razón de porqué la misma afecta a los intereses económicos y profesionales de los recurrentes, ni tampoco la relación que la misma pudiera tener con una hipotética futura reclamación de daños y perjuicios.

En cuanto a los recursos de los grupos Prisa y Godó, su argumentación puede resumirse como sigue. Consideran que el recurso contencioso administrativo debía haber sido inadmitido, tal como plantearon ante la Audiencia Nacional. En primer lugar, los denunciantes no tenían legitimación para impugnar la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia por no haberse apreciado la existencia de infracción del *artículo 81.1* de la Comunidad Europea, habida cuenta que ya se había declarado la infracción del *artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia* , cuyo contenido material y efectos coinciden con el del citado precepto comunitario. Así pues, de dicha pretensión no se hubiera derivado ninguna consecuencia distinta de la que pudiese originarse con la infracción declarada del *artículo 1 de la Ley* española. De hecho los recurrentes ni siquiera se ocuparon de justificar su interés en dicha pretensión.

En segundo lugar y en relación con la pretensión de que se impusiera una sanción, entienden los recurrentes que la decisión de la Audiencia Nacional es contraria a la jurisprudencia de este Tribunal (Sentencias de 17 de diciembre de 2.001, de 7 de febrero de 2.001 y de 19 de abril de 1991 ). Consideran asimismo que la jurisprudencia citada por la Sala de instancia (Sentencias de este Tribunal de 5 de noviembre de 1.999 y de 9 de junio de 2.000 y Sentencia de la Audiencia Nacional de 15 de septiembre de 2.000 ) se refiere a supuestos de hechos diferentes. Y, en relación con la hipotética reclamación de daños y perjuicios, afirman que la misma no se vería afectada por la imposición de multas que se reclama, ya que la firmeza de la declaración administrativa respecto a la existencia de una infracción del *artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia* les abría ya la vía para una eventual reclamación de daños y perjuicios, reclamación que los denunciantes no interpusieron en el plazo de un año fijado por el *artículo 1968.2 del Código Civil* .

Finalmente, la parte codemandada en casación se opone a los motivos de las partes recurrentes que se han resumido con apoyo en el derecho a la tutela judicial efectiva garantizado en el *artículo 24* de la Constitución, que justifica una interpretación amplia de la legitimación, tal como ratifica la jurisprudencia tanto del Tribunal Constitucional como de este Tribunal Supremo. En particular se cita la Sentencia de esta Sala de 5 de noviembre de 1.999 en un supuesto similar al presente y, sobre todo, se apoyan en lo declarado por esta Sala en su Sentencia de 9 de junio de 2.000 . Finalmente, citan también las Sentencias de la Audiencia Nacional de 15 de septiembre de 2.000 , que le reconoció legitimación activa para impugnar la resolución del Tribunal de Defensa de la competencia de 29 de julio de 1.997, y de 14 de septiembre de 2.004, que les reconoció legitimación activa para pretender en un proceso contencioso administrativo que se declarase cometida la infracción y se impusiera una sanción, desestimando la causa de inadmisibilidad

alegada por el Abogado del Estado y las codemandadas.

TERCERO.- Sobre la admisión por parte de la Sentencia recurrida de la legitimación de los recurrentes en la instancia.

Habiendo formulado las partes recurrentes un motivo en el que objetan la falta de legitimación de los actores en el proceso contencioso administrativo a quo, cuestión que en su momento ya formularon en sus respectivas contestaciones a la demanda en la instancia, debemos en primer lugar examinar la respuesta que la Sala juzgadora dio a esta cuestión.

Como hemos visto, la Sentencia recurrida se apoya en las Sentencias de esta Sala de 5 de noviembre de 1.999 (RC 9.537/1.995) y 9 de junio de 2.000 (Recurso contencioso-administrativo 533/1.994 y otros), y en su propia Sentencia de 15 de septiembre de 2.000 (en recurso de los mismos actores contra el sobreseimiento parcial por parte del Tribunal de Defensa de la Competencia del mismo expediente "Rº 185/96 - Radio Fórmula" del que deriva la resolución ahora impugnada).

Como puede observarse en el fundamento de derecho transcrito supra, la Sala de instancia funda la legitimación de los actores en que la resolución del Tribunal de Defensa no les dio plena satisfacción a los actores en sus pretensiones inculpativas. En particular, no estimó su pretensión de inculpativa por infracción del artículo 81 del Tratado de la Comunidad Europea y no impuso sanción en relación con la infracción declarada del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia -lo que, afirma, podría afectar a una hipotética futura reclamación de daños y perjuicios-, aparte de no acordarse ni la publicidad de la resolución dictada ni la orden de cesación de las prácticas prohibidas. Dichas pretensiones justifican, a juicio de la Sala, que "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". Las razones que se han resumido suponen, en suma, que la Sentencia recurrida entiende que los actores tenían plena legitimación para formular las pretensiones a que se contrae el suplico de su escrito de demanda, en el que se reclamaba la nulidad de la resolución recurrida, que se declarase la infracción del artículo 81 del Tratado de la comunidad europea y su correspondiente sanción, y que se impusiera la sanción y resto del contenido punitivo del artículo 46 de la Ley de Defensa de la Competencia en relación con la infracción declarada del artículo 1 de este cuerpo legal.

CUARTO.- Sobre la doctrina de esta Sala en relación con la legitimación en procedimientos de carácter sancionador y de defensa de la competencia.

Tanto las partes enfrentadas en este procedimiento como la propia Sentencia se remiten a la hora de justificar o denegar la legitimación a los actores en el recurso a quo a una serie de resoluciones de este Tribunal que son, en último término, coincidentes entre sí, a pesar de que las partes las citen en ocasiones como contrapuestas. No hay, en realidad, discrepancias de fondo en cuanto a la doctrina jurisprudencial a aplicar, sino más bien una divergencia en cuanto a su plasmación en el caso de autos. Es posible, por consiguiente, efectuar un examen adecuado del tema en litigio recurriendo a Sentencias cuya pertinencia es reclamada por todas las partes.

Podemos partir a este respecto de lo que declaramos respecto a la doctrina general sobre la legitimación en el caso en el que probablemente pueda encontrarse una mayor analogía con el presente, como lo es la Sentencia de esta Sala de 9 de junio de 2.000 (recurso contencioso administrativo 533/1.994 y otros acumulados). Recordemos que en aquel supuesto se trataba del recurso de un grupo de periodistas (coincidente, menos uno, con los actores en el actual recurso contencioso administrativo a quo) que impugnaba el Acuerdo del Consejo de Ministros que aprobó con condiciones la operación de concentración entre Antena 3 de Radio y de la Sociedad Española de Radiodifusión, consistente en la cesión de la gestión de ambas a favor de Unión Radio S.A. Dicha concentración suponía, precisamente, el punto final de diversas operaciones empresariales previas, entre las que se contaron las que dieron lugar a la denuncia y resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia que están en el origen de los presentes autos. Pues bien, en aquella ocasión y tal como recuerdan las partes y la Sentencia recurrida, dijimos:

"CUARTO.- [...] 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. [...]" (fundamento de derecho cuarto)

Estos mismos criterios los hemos aplicado en procedimientos de carácter sancionador, como en los casos citados tanto por la Sentencia recurrida como por las codemandadas. Así, cita la Sala de instancia la Sentencia de 5 de noviembre de 1.999 -RC 9.537/1.995 -, de la que reproduce parte (vide supra en el fundamento de derecho segundo), y en el mismo sentido se pronuncia otra de las citadas por las codemandadas, la de 17 de diciembre de 2.001 -RC 9.203/1.997-, alegada como supuestamente contradictoria con la primera:

"TERCERO.- [...]"

En las referidas sentencias, como nos recuerdan las de cinco de noviembre de mil novecientos noventa y nueve -recurso de casación 9537/95- y veintiséis de febrero de dos mil uno -recurso de casación 319/1998 -, se expresa que partiendo de que la respuesta al problema de la legitimación debe ser casuística, de modo que no es aconsejable ni una afirmación ni una negación indiferenciadas para todos los casos, la Sala entiende 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 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 ese interés no puede ser un concreto acto de un determinado procedimiento administrativo, que sólo 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, debe ser el mismo que esté en la base del procedimiento administrativo y del proceso contencioso-administrativo de impugnación de las resoluciones dictadas en aquél, siendo la consecuencia inmediata de este planteamiento que, si se niega la condición de parte en el procedimiento administrativo, por falta de interés en él, falta ya una base -en términos sustancialistas- para poder sustentar esa misma condición en un ulterior proceso impugnatorio de actos de aquél, pues el mero dato formal de la existencia de un acto dictado en el procedimiento administrativo no tiene entidad para alumbrar un interés nuevo, diferenciable del inexistente antes.

CUARTO.- La clave, pues, para la determinación de si existe o no un interés legítimo en el proceso de impugnación de una resolución dictada en un expediente abierto en 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.

La base del anclaje de un interés legitimador del denunciante en vía disciplinaria, y en este caso disciplinaria profesional, sobre la que poder sustentar una hipotética condición de parte en el procedimiento administrativo a que pueda dar lugar la denuncia, o una derivada condición de parte procesal en un ulterior recurso contencioso-administrativo de impugnación de resoluciones dictadas en aquél, ha de situarse desde la perspectiva de la existencia de un interés "real", con la amplitud que la jurisprudencia de este Tribunal Supremo viene interpretando el *artículo 28.1.a) de la Ley Jurisdiccional de 1956* por exigencias del *artículo 24.1* de la Constitución, y por decirlo con palabras del Tribunal Constitucional -sentencia 143/1987 , fundamento de derecho tercero-, el interés legítimo a que se refiere el *artículo 24.1* de la Constitución -y en el que debe disolverse el concepto más restrictivo del *artículo 28.1.a) de la Ley* de esta Jurisdicción, del año 1956- "equivale a titularidad potencial de una posición de ventaja o de una utilidad jurídica de quien ejercita la pretensión y que se materializaría de prosperar ésta" -SSTC 60/1982, 62/1983, 257/1988 y 97/1991 ,

entre otras." (fundamentos de derecho tercero y cuarto)

De este recordatorio podemos extraer como conclusiones que, dentro del carácter casuístico que posee la legitimación, en todo caso es preciso acreditar el interés real de los recurrentes en el proceso de que se trate, interés real que se debe plasmar en la obtención de alguna concreta y perceptible ventaja jurídica en la esfera de derechos e intereses de quien pretende recurrir en caso de ver satisfechas las pretensiones que se deducen ante un tribunal de esta jurisdicción. Y en materia sancionadora, dicha ventaja ha de suponer algo más que la mera declaración de una infracción o imposición de una sanción, que por sí mismas no implican ventaja alguna en beneficio del recurrente. Esta jurisprudencia ha llevado a esta Sala a denegar la legitimación en numerosos supuestos de actores que reclamaban alguna sanción ante el Consejo General del Poder Judicial (como en las Sentencias ya citadas), en materia de disciplina de entidades bancarias (Sentencia de 24 de enero de 2.007 -RC 1.408/2.004 -) o en materia de contabilidad (Sentencia de 11 de abril de 2.006 -RC 3.543/2.003 -), entre otras.

Así, en la Sentencia de 11 de abril de 2.006 (RC 3.543/2.003 ) hemos dicho:

"TERCERO.- Sobre el motivo segundo, relativo a la legitimación en la vía administrativa del actor en la instancia.

Entiende el Abogado del Estado que la Sentencia impugnada ha incurrido en las infracciones que denuncia de los *artículos 107.1, 30 y 31.1 de la Ley 30/1992* porque le ha reconocido al recurrente legitimación para recurrir en vía administrativa en términos excesivamente amplios. Reconoce que era incontestable el interés del recurrente en la corrección de determinadas prácticas de la entidad denunciada, pero ello no supone que estuviese legitimado para solicitar la instrucción de un expediente disciplinario de depuración de responsabilidades una vez corregidas dichas prácticas e indemnizado por los perjuicios sufridos. A partir de ese momento el actor pasa a ser un defensor abstracto de la legalidad y, como tal, carece de legitimación para instar en vía administrativa la incoación de un expediente disciplinario por parte de la entidad supervisora.

Tiene razón la Administración, y ello conduce a la estimación del motivo. En efecto, sin duda la Sentencia acierta al considerar que el recurrente estaba directamente concernido por la práctica bancaria denunciada, cosa que el Abogado del Estado viene a reconocer expresamente. Ello hace que, en abstracto, no se podría afirmar la falta de legitimación para solicitar la incoación de un expediente disciplinario sancionador por tales prácticas, ya que como hemos indicado en otros supuestos y la Sentencia recuerda acertadamente, en el ámbito de los procedimientos sancionadores no es posible dar normas de carácter general en relación con la legitimación, sino que hay que atender al examen de cada caso. Así, si bien no existe legitimación para pretender en abstracto la imposición de una sanción y, por tanto, para incoar un expediente sancionador, no puede excluirse que en determinados asuntos el solicitante pueda resultar beneficiado en sus derechos o intereses como consecuencia de la apertura de un expediente sancionador (reconocimiento de daños, derecho a indemnizaciones), lo que le otorgaría legitimación para solicitar una determinada actuación inspectora o sancionadora (en este sentido, Sentencia de 14 de diciembre de 2.005 -recurso directo 101/2.004 -).

Sin embargo, en el caso de autos la solicitud del recurrente de que se incoase un expediente disciplinario y de que se le impusieran determinadas sanciones a la entidad bancaria afectada en atención a las infracciones que el recurrente denunciaba, se formula tras la intervención del servicio de reclamaciones del Banco de España y de la efectiva indemnización al actor por los perjuicios causados. Así, el actor presenta su solicitud al Banco de España el 12 de abril de 1.999, ya con posterioridad a que el 1 de julio de 1.997 el Servicio de Reclamaciones del Banco de España hubiese establecido la comisión de determinadas infracciones por parte de la entidad bancaria denunciada y de que ésta hubiera acatado dicha resolución, dando satisfacción a los intereses del reclamante y poniendo a su disposición las cantidades indebidamente dispuestas por ella. No existiendo duda sobre lo anterior, tiene razón el Abogado del Estado sobre que una vez satisfechos los concretos intereses del reclamante y sin que éste niegue tal circunstancia o alegue que tal satisfacción hubiera sido incompleta o insuficiente, su ulterior solicitud de que se sancione a la entidad bancaria resulta ya ajena a los derechos e intereses del denunciante. Se equivoca por ello la Sentencia recurrida cuando ordena la incoación de un expediente sancionador en virtud de una afectación de intereses que ya había sido reparada." (fundamento de derecho tercero)

Y en la de 24 de enero de 2.007 (RC 1.408/2.004) hemos señalado:

"Cuarto.- Importa subrayar que la empresa recurrente ha visto reconocido y satisfecho su interés legítimo en que la Administración revise el ejercicio de la actividad auditora llevada a cabo sobre la empresa en cuyo capital participa de modo significativo. Como ya manifestamos en la sentencia de 12 de mayo de



supuestos en los que la declaración de una conducta infractora o la sanción ajena puedan reportar efectivas ventajas materiales o jurídicas al denunciante, lo que fundaría el interés legítimo de éste para recurrir en vía judicial una resolución administrativa que no satisficiera semejantes pretensiones. Pero sí rechaza que dicha ventaja se derive de la mera declaración de la infracción o imposición de la sanción, cuya búsqueda en exclusiva sólo puede asociarse a un interés genérico por la legalidad que en nuestro ordenamiento contencioso administrativo no abre por sí sólo la puerta de la legitimación.

Precisando todavía más en relación con el supuesto actual, debemos considerar que el mismo versa sobre defensa de la competencia, en la que está presente el interés competitivo entre los sujetos que operan en un determinado mercado. No cabe duda de que se trata de una circunstancia cualificadora de extrema importancia que no está presente en otros ámbitos materiales, pues quiere decir que en derecho de la competencia la declaración de las infracciones de potenciales competidores o su sanción pueden estar con frecuencia asociadas a ventajas materiales y competitivas que no existen fuera de este sector del ordenamiento. Ahora bien, ello no obsta a que dichas ventajas deben ser alegadas y acreditadas suficientemente, pues tampoco es bastante con aducir el principio genérico de competitividad para acreditar un interés legítimo basado en la existencia de una afección efectiva de los propios derechos e intereses. La mera apelación al principio de competitividad vuelve a ser un interés genérico por la legalidad insuficiente para otorgar legitimación ad causam en un determinado y concreto proceso.

Debemos señalar también en relación con el ámbito sancionador que, sin duda, la legitimación en un proceso contencioso administrativo como reflejo de un interés personal en el sentido en que se ha expresado parte, en principio y como regla general, de la previa existencia de interés y legitimación en el procedimiento administrativo previo. Pero también es conveniente precisar -como se recuerda en las dos últimas Sentencias citadas de 11 de abril de 2.006 y de 24 de enero de 2.007 - que, a la inversa, no siempre la condición de denunciante o el carácter de interesado en el procedimiento administrativo son suficientes para acreditar la legitimación posterior en un hipotético recurso contencioso administrativo. Así, por lo general el interés requerido para denunciar o incluso, para ser parte interesada en el procedimiento administrativo, tiene una mayor laxitud que el necesario para recurrir la decisión administrativa generada por la denuncia. En este sentido, el ordenamiento jurídico admite con frecuencia la posibilidad de formalizar denuncias que pongan en marcha la actuación indagadora y, en su caso sancionadora, de los órganos públicos competentes, requiriendo para ello poco más que un interés sumamente amplio en que se investiguen y corrijan posibles actuaciones irregulares o prescindiendo incluso de tal interés. En concreto, en derecho de la competencia la denuncia de las conductas prohibidas por la Ley es pública, de tal forma que "cualquier persona, interesada o no, puede formularla ante el Servicio, que iniciará expediente cuando se observen indicios racionales de su existencia" (*artículo 36.1 de la Ley de Defensa de la Competencia*). Así pues, el legislador ha considerado que el interés público en la protección de la libre competencia es de la suficiente entidad como para otorgar carácter público a la denuncia al objeto de que se pueda poner en marcha la actuación de los servicios de defensa de la competencia siempre que cualquier sujeto de derecho ponga en su conocimiento la existencia de indicios de una posible conducta infractora. Y esto es así porque los órganos de defensa de la competencia tienen una función de supervisión del mercado que el ordenamiento ha entendido que posee una importancia de primer orden.

Pero este carácter público de la denuncia en materia de defensa de la competencia no puede predicarse de la acción para interponer un proceso contencioso administrativo -ni siquiera, en puridad, para ser parte interesada en el procedimiento administrativo-, pues no existe una acción pública jurisdiccional en la materia. En consecuencia, obtenida una resolución del órgano administrativo competente, que sea fundada y verse sobre el fondo de los hechos denunciados, la impugnación contencioso administrativa deberá acreditar la afectación de derechos e intereses legítimos de acuerdo con los criterios expuestos más arriba. En este sentido, tampoco es igual impugnar un acuerdo de sobreseimiento, en cuyo caso el interés sigue siendo más amplio, que cuando se ha alcanzado una resolución que examina el fondo de las conductas denunciadas, en cuyo caso y como se acaba de decir, la acreditación de la legitimación cobra toda su exigibilidad jurídica y habrá de demostrarse una auténtica legitimación ad causam.

QUINTO.- Sobre la legitimación de los actores en el proceso contencioso administrativo previo.

Refiriéndonos ya al supuesto concreto, los actores en la instancia formularon en su momento determinada denuncia de conductas supuestamente infractoras de los *artículos 1, 6 y 7 de la Ley de Defensa de la Competencia*, que fue objeto de la correspondiente instrucción por parte del Servicio de defensa de la Competencia. En su momento, el Servicio y el Tribunal de Defensa de la Competencia acordaron el sobreseimiento parcial del expediente en cuanto a las infracciones de los *artículos 6 y 7 de la referida Ley (acuerdos de 11 de octubre de 1.996 y de 29 de julio de 1.997, respectivamente)*, sobreseimiento que fue impugnado por los actores, quienes obtuvieron Sentencia favorable de la Audiencia

Nacional de 15 de septiembre de 2.000 ; esta Sentencia devino firme al ser declarado inadmisibile el recurso de casación formulado por el grupo Prisa y por Talleres de Imprenta, S.A., por su deficiente interposición, por Sentencia de esta Sala de 27 de mayo de 2.004 (RC 8.167/2.000 ).

El referido expediente continuó respecto a las restantes infracciones, concluyendo en la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 18 de abril de 2.001 que fue impugnado ante la Audiencia Nacional y que dio lugar a la Sentencia que se combate.

Pues bien, a tenor de las consideraciones precedentes se constata que la admisión de la legitimación de los actores por parte de la Sentencia recurrida no es ajustada a derecho, pues no basta para justificar dicha legitimación la referencia a las pretensiones no satisfechas de incriminación por infracción del *artículo 81* del Tratado de la Comunidad Europea, de imposición de sanción por la infracción del *artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia* o de ordenación de publicación de la misma o de cesación de las prácticas prohibidas. Era preciso, sin duda, que la Sala hubiera expresado por qué la consecución de tales pretensiones afectaba favorablemente a la esfera de derechos e intereses de los actores: la mera mención de que subsistían pretensiones insatisfechas no es por sí sola justificación de legitimación, pues lo que se requiere es, justamente, ofrecer el fundamento de la legitimación para formularlas en sede jurisdiccional, como habían reclamado las partes demandadas. Incurre la Sala por tanto en una petición de principio, puesto que da por supuesto precisamente lo que era necesario acreditar ante ella por parte de los actores, que la formulación de tales pretensiones afectaba favorablemente a sus derechos e intereses.

Tan sólo en relación con la pretensión de que se impusiera una sanción respecto de la infracción declarada del *artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia* desciende la Sala de instancia a consideraciones concretas, afirmando que la ausencia de la misma podría afectar a una hipotética futura reclamación de daños y perjuicios. Esta argumentación ha de ser rechazada, sin embargo, aunque sólo fuera por cuanto declarada la existencia de una infracción ya quedaría abierta, en su caso, la posibilidad de reclamación de daños y perjuicios, fuera cual fuera la viabilidad de dicha pretensión. Esto es, la sanción no añade ni resta fuerza jurídica a dicha hipotética reclamación de daños y perjuicios cuyo fundamento sería, en todo caso, la existencia de una conducta contraria a derecho -que había sido ya declarada- y no la circunstancia de que mereciese o no una determinada sanción en función de las circunstancias concretas. En definitiva, los daños y perjuicios existirían o no con independencia de la sanción, y para reclamarlos, bastaba la declaración de una actuación ilegal. Por lo demás, el Pleno de esta Sala ha declarado recientemente (Auto de 28 de mayo de 2.007 -recurso contencioso-administrativo 2/47/2.006 ) que no es posible fundar un proceso contencioso administrativo en la mera posibilidad hipotética de una reclamación de daños no especificados (en aquel caso, de carácter pasivo).

Todo lo anterior nos conduce a la necesaria estimación de los motivos en los que se impugna la Sentencia por haber admitido la legitimación de los recurrentes en la instancia. Ahora bien, como ello nos lleva a casar y anular la Sentencia de instancia, debemos verificar, más allá de las insuficientes razones de la Sala de instancia y en aplicación de la doctrina antes expuesta sobre la legitimación a un supuesto que versa sobre un procedimiento sancionador en materia de defensa de la competencia, si los actores han acreditado un interés personal que exceda el mero interés por la legalidad.

Pues bien, de las razones y datos que proporcionan los actores en su demanda contencioso administrativa hemos de concluir que en ningún momento han acreditado dicho interés que les legitime para interponer recurso contencioso administrativo contra la resolución del Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia de 18 de abril de 2.001. Como vamos a ver, los actores no han acreditado que la obtención de las pretensiones deducidas en la demanda vaya a derivarse alguna ventaja de ningún tipo en su esfera de derechos e intereses legítimos, excepto la satisfacción de ver cumplida lo que ellos entienden que es la recta aplicación del ordenamiento jurídico en materia de derecho de la competencia con carácter ejemplarizante, lo cual no es sino una manera de expresar un simple interés por la legalidad, por muy legítimo que el mismo sea.

Así, en su demanda contencioso administrativa los recurrentes en la instancia no argumentan en ningún momento sobre la justificación de su interés legítimo en obtener los pronunciamientos que formulan en el suplico de la misma, interés legítimo que parecen dar por supuesto al haber sido parte interesada en el expediente administrativo previo. De esta manera, la única referencia a la legitimación es la que se hace con carácter rituario al justificar el cumplimiento de los requisitos de forma, afirmándose:

"La legitimación activa deriva a favor de los demandantes, de conformidad con lo preceptuado en el *artículo 28* del mismo Texto Legal.

Especialmente dado que la resolución recurrida ha reconocido la condición de interesados a mis

representados en el Expte. administrativo 487/00.

A este respecto, y por mor de la economía procesal, damos por reproducidas las alegaciones efectuadas al respecto en el Expte. 962/93."

Fuera de esta mención a su condición de interesados en el procedimiento administrativo -cuya insuficiencia a los efectos de fundamentar la legitimación en vía judicial ya hemos visto en el anterior fundamento de derecho-, ni en los antecedentes, en los que se describen pormenorizadamente todas las actuaciones administrativas y jurisdiccionales previas, ni en los fundamentos de derecho, encontramos el menor razonamiento ni alegación sobre los efectos favorables que se producirían en su esfera de derechos e intereses con la obtención de una sentencia favorable sobre sus pretensiones insatisfechas en vía administrativa. En los fundamentos de derecho dedicados al fondo se argumenta sobre las infracciones de los *artículos 46 de la Ley de Defensa de la Competencia (epígrafe V)*; sobre la imposición de sanciones por parte del Tribunal de Defensa de la Competencia cuando se declara una infracción del *artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia (epígrafes VI y VII)*, sobre la vulneración del *artículo 24 de la Constitución al declarar una infracción sin acordar sanción (epígrafe IX -falta un epígrafe VIII-)*; sobre otras causas de anulabilidad en relación con el *artículo 10 de la Ley de Defensa de la Competencia* y los *artículos 9 y 14 de la Constitución (epígrafe X)*; sobre la supuesta desviación del poder por parte del Tribunal de Defensa de la Competencia (epígrafe XI); sobre las especialidades probatorias del derecho competencial (epígrafe XII); sobre la supuesta elusión por parte del Tribunal de Defensa de la Competencia de la firmeza de la Sentencia de esta Sala de 9 de junio de 2.000 (epígrafe XIII); y sobre la infracción del *artículo 85 del Tratado de Roma (epígrafe XIV)*. En ninguno de dichos epígrafes, en los que hay una amplia y razonada argumentación sobre lo que los actores entienden que constituyen graves infracciones de derecho por parte de la resolución que impugnan, existe la menor referencia a los efectos positivos que la corrección de tales infracciones ocasionaría sobre sus intereses personales o profesionales, limitando su argumentación al terreno genérico del derecho de la competencia.

Tampoco en el escrito de conclusiones se ofrece ningún argumento para justificar un legítimo interés de los recurrentes, directo o indirecto. Antes al contrario, al tratar de fundamentar la procedencia de la imposición de una sanción, se incluye la consideración siguiente, que evidencia el manifiesto interés por la legalidad que late en todo el recurso, interés que aun siendo plenamente legítimo, no implica la legitimación procesal ad causam para impugnar jurisdiccionalmente la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia que se combate:

"[...] No es el propósito de esta parte un afán punitivo o sancionador para los denunciados. Todo lo contrario. Lo que pretende es la sanción como tal, y su aspecto de reconocimiento social, sus consecuencias formales, no sus consecuencias económicas. Pretende que los ciudadanos entiendan la naturaleza jurídicamente abyecta de un comportamiento y la conciencia y la proclamación de la igualdad de los ciudadanos ante la Ley, de modo y manera que la infracción comporte idéntica sanción cualquiera que sea el rango social o la posición hegemónica de clase que tenga el infractor, o la capacidad de mediatización política de que goce el infractor. Por eso reclamamos una peseta. El hecho no es trivial. Se les sancionará con una peseta, pero será sancionado su comportamiento y publicitado su comportamiento infractor, y serán diluidas las áreas de impunidad. [...]"

Debe destacarse, en suma, que esta falta de justificación de los intereses que pudieran fundar la legitimación de los actores para interponer el recurso contencioso administrativo no reside sólo en la ausencia de una expresa argumentación genérica sobre la cuestión. Más relevante es, en definitiva, que la fundamentación de las distintas pretensiones que se deducen en la demanda no ofrece tampoco ninguna consideración sobre la necesaria afectación positiva de su esfera de derechos e intereses de obtener una respuesta positiva a dichas pretensiones. Tal como se ha indicado, ni al justificar la relevancia comunitaria de la conducta denunciada y solicitar que se declare la infracción del actual *artículo 81 del Tratado de la Comunidad Europea*, ni al defender la pertinencia de que la infracción declarada del *artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia* se acompañe de la correspondiente sanción ni, en fin, al reclamar el resto de contenidos punitivos, hay la menor referencia a las razones de los actores, personales, profesionales o de cualquier otro orden, por las que dichas pretensiones pudieran repercutir beneficiosamente en sus legítimos derechos e intereses. Se evidencia con ello que el recurso se basa exclusivamente en razones de legalidad.

Finalmente, tampoco en el escrito de oposición al recurso de casación añaden ninguna razón concreta que acredite dicho interés, sino que su argumentación relativa al primer motivo de los recurrentes en casación se limita a la transcripción de alguna de las sentencias de las que se ha hecho mención más arriba, sin dedicar una sola línea a justificar el presupuesto de dicha jurisprudencia, que es la existencia de algún tipo de ventaja material, profesional o de cualquier tipo para sus derechos e intereses asociada a la

estimación del recurso contencioso administrativo que en su momento interpusieron. Antes al contrario, los actores en la instancia y parte codemandada en casación finalizan su escrito de oposición apelando expresamente a lo que consideran el objetivo primordial de la pretensión capital de su recurso contencioso administrativo -la imposición de la sanción respecto de la infracción declarada del *artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia* -, la función ejemplarizante de la sanción y de su publicación, en términos reiterativos de los expresados en las conclusiones del recurso contencioso administrativo:

"No es un coste económico, lo que se está juzgando. Es una reprobación social lo que se está demandando. Reprobación que viene articulada con la multa pecuniaria, y cuya cuantía nos es indiferente, pero sí en cambio, radicalmente precisa e inexcusable su existencia, por los efectos colaterales que comporta, efectos que tienen un claro componente de enseñanza democrática, de culturización constitucional. No es el propósito de esta parte un afán punitivo o sancionador para los denunciados. Todo lo contrario. Lo que pretende es la sanción como tal, y su aspecto de reconocimiento social, sus consecuencias formales, no sus consecuencias económicas. Pretende que los ciudadanos entiendan la naturaleza jurídicamente ignominiosa de un comportamiento, dicho sea en términos de defensa, y la conciencia y la proclamación de la igualdad de los ciudadanos ante la Ley, de modo y manera que la infracción comporte idéntica sanción cualquiera que sea el rango social o la posición hegemónica de clase que tenga el infractor, o la capacidad de mediatización política de que goce el infractor. El hecho no es trivial. Se les sancionará con una peseta, pero será sancionado su comportamiento y publicitado su comportamiento infractor, y serán diluidas las áreas de impunidad.

Estamos gozando sobre los principios básicos de la democracia, la configuración de la opinión pública, libremente articulada con mecanismos de pluralidad, girando en torno al hecho electoral. Por esto, la sanción es imprescindible, y su publicación aún más. Debe ser un acto ejemplarizante del compromiso de los diferentes medios de comunicación con el cumplimiento del respeto de los mecanismos de limitación de los medios de comunicación en aras del pluralismo informativo."

Ha de tenerse en cuenta, además, que lo que se recurría era una resolución sobre el fondo de todas las cuestiones planteadas. Esto es, no una resolución de sobreseimiento, siquiera parcial, sino que el Tribunal de Defensa de la Competencia se pronunció tanto sobre la vulneración del *artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia* -que sí apreció- como sobre la del *artículo 81* del Tratado de la Comunidad Europea, que rechazó por no apreciar la relevancia comunitaria de la conducta infractora. En cuanto a la orden de cesación de las prácticas y de publicación de la sanción, el Tribunal justificó en términos razonables y suficientes la no pertinencia de las mismas, en virtud de tratarse de hechos ya pasados y que en su momento culminaron en una concentración que fue permitida por el Consejo de Ministros -aunque luego fuese anulada por Sentencia de esta Sala por razones ajenas a las estrictamente competitivas-.

Debe señalarse también una circunstancia de relevancia, como es la de que los recurrentes son profesionales que actúan a título individual, con lo que tampoco ostentan ningún interés empresarial competitivo respecto a las sociedades codemandadas en la instancia. Dijimos más arriba que el interés competitivo constituye un factor diferencial en el derecho de la competencia que puede hacer que la mera imposición de una sanción pueda resultar beneficiosa para los intereses de otra entidad competidora. Dicha circunstancia está ausente en este caso por razones evidentes, en la que los recurrentes actúan en su propio nombre y por razones que, confesadamente, son de interés por la legalidad.

Conviene, finalmente, hacer una referencia a las circunstancias que diferencian este supuesto de otros a los que se ha hecho referencia por medio de las Sentencias citadas. Así, en relación con el precedente de la propia Audiencia Nacional que la Sala de instancia menciona de su Sentencia de 15 de septiembre de 2.000, debe recordarse que en dicho supuesto se reaccionaba frente al sobreseimiento parcial del expediente originado por la denuncia de los recurrentes en la instancia. Esta circunstancia y según expresamos supra, hace que la legitimación, en cuanto acreditación de afición de derechos e intereses legítimos, deba apreciarse con más flexibilidad, habida cuenta que se trata de una mera reclamación de investigación (que no se acuerde el sobreseimiento), lo cual lo aproxima más a la denuncia (de carácter público en derecho de la competencia) que a la pretensión de una determinada resolución condenatoria.

Más importancia tiene resaltar las diferencias que separan el presente supuesto del resuelto por nuestra reiteradamente citada Sentencia de 9 de junio de 2.000 (recurso contencioso administrativo 533/1.994 y otros). Ya se ha dicho que en aquél caso se impugnaba el acuerdo del Consejo de Ministros de 20 de mayo de 1.994 por el que no se resolvía no oponerse a la operación de concentración entre Antena 3 Radio y la cadena SER ya referida, de la que los actos de los que trae causa el presente recurso fueron, de alguna forma, actuaciones previas. Pues bien, aunque aquél recurso fue planteado y juzgado

fundamentalmente desde la perspectiva del derecho de la competencia (esto es, en relación con la conformidad a derecho de la operación de concentración desde dicha perspectiva), esta Sala estimó el recurso no por disconformidad de la operación desde el punto de vista concurrencial o competencial -que expresamente se rechaza en los fundamentos de derecho decimotercero y decimocuarto, como conclusión de los que les preceden-, sino por infracción de las normas que establecían determinados límites en cuanto a la titularidad de medios de comunicación social -en concreto, de la *disposición adicional sexta de la Ley 31/1987, de 18 de diciembre* -, según se determina en el fundamento de derecho decimoquinto y siguientes. Se recuerda todo esto porque sin duda en materia de pluralismo informativo, sobre la que pivotaba la ratio decidendi que llevó a la estimación del recurso, la afección de los intereses legítimos de los periodistas recurrentes resultaba mucho más relevante que en materia de defensa de la competencia.

Pero en todo caso y además de la anterior circunstancia, en aquel caso esta Sala apreció la existencia de una directa relación de los hechos denunciados y de las pretensiones deducidas por los actores con la esfera de derechos e intereses legítimos de éstos. Así, en el mismo fundamento de derecho cuarto que hemos reproducido en parte más arriba, se decía:

"CUARTO.- Procede a continuación abordar aquella cuestión en que se niega a los actores la legitimación para el ejercicio de la acción entablada. Sobre este particular, debe recordarse ante todo que aquéllos, para justificar la concurrencia de ese necesario presupuesto procesal, alegan, en síntesis, ser periodistas, desarrollar su actividad en el medio radiofónico, haber interpuesto denuncia por violación de los *artículos 1, 6 y 7 de la Ley 16/1989* y del Tratado Constitutivo de la CEE contra las mismas personas jurídicas intervinientes en la operación de concentración, que ésta versa sobre una cadena radiofónica, A3, en la que habían desarrollado su actividad profesional y en la que contaban con programas de máxima audiencia, que alguno de ellos, tras marchar de dicha cadena, no ha podido encontrar idénticas responsabilidades profesionales que las anteriores, por el altísimo grado de oligopolización del mercado radiofónico, y, en fin, que dicha operación afecta de manera sensible a la libertad de información consagrada en el *artículo 20* de la Constitución.

[...]

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 concorra 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."

En suma, en aquella ocasión apreciamos la existencia de factores que podían haber repercutido, siquiera fuese mediatamente, en los intereses personales y directos de los recurrentes y, por otro lado, estaba presente la defensa del pluralismo informativo de una manera suficientemente relevante como para determinar la estimación del recurso sobre esa sola base. Todo ello está ausente, como ya se ha tenido ocasión de destacar, en el presente supuesto, en el que la fundamentación del recurso se asienta sobre argumentos estrictamente concurrenciales, con independencia de ocasionales y genéricas referencias al pluralismo informativo.

SEXTO.- Conclusión y costas.

Las consideraciones vistas en los anteriores fundamentos de derecho conllevan, como es claro, la estimación del primer motivo de los varios recursos de casación formulados por las partes actoras, casando y anulando la Sentencia de instancia. Las mismas razones suponen que, actuando ya como Sala de instancia según lo dispuesto en el *artículo 95.2.d) de la Ley de la Jurisdicción*, y en aplicación del *artículo 19.1 a)* del mismo texto legal, debemos declarar la inadmisibilidad del recurso contencioso administrativo interpuesto por los recurrentes don Tomás, don Hugo, don Bartolomé, don Luis Alberto, don Pedro y don Gabino y otros contra la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 18 de abril de 2.001, por falta de legitimación activa, al no estar afectados sus legítimos derechos e intereses por la citada resolución.

De acuerdo con lo previsto en los *artículos 95.3 y 139.1 y 2 de la Ley de la Jurisdicción*, no procede la imposición de costas ni en la instancia ni en la casación.

En atención a lo expuesto, en nombre del Rey, y en ejercicio de la potestad jurisdiccional que emana del Pueblo español y nos confiere la Constitución,

## FALLAMOS

1. Que HA LUGAR y por lo tanto ESTIMAMOS los recursos de casación interpuestos por la Administración General del Estado, por Grupo Godó de Comunicación, S.A. y por Promotora de Informaciones, S.A. contra la sentencia de 14 de septiembre de 2.004 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Sexta) de la Audiencia Nacional en el recurso contencioso-administrativo 655/2.001, sentencia que casamos y anulamos.

2. Que DECLARAMOS LA INADMISIBILIDAD del citado recurso contencioso-administrativo, interpuesto por D. Tomás, D. Hugo, D. Bartolomé, D. Luis Alberto, D. Pedro y D. Gabino contra la resolución del Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia de fecha 18 de abril de 2.001 en relación con el expediente 487/00 (962/93 del Servicio).

3. No se hace imposición de las costas del recurso contencioso-administrativo ni de las del de casación.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse por el Consejo General del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de este Tribunal Supremo junto con sus votos particulares, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. -Fernando Ledesma Bartret.- Óscar González González.-Manuel Campos Sánchez-Bordona.-Eduardo Espín Templado.-José Manuel Bandrés Sánchez-Cruza.-Firmado.-

## Voto Particular

### VOTO PARTICULAR

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO DON MANUEL CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA A LA SENTENCIA DICTADA EN EL RECURSO DE CASACIÓN NÚMERO 9763/2004 DE FECHA 26 DE JUNIO DE 2007.

Sin perjuicio de reconocer la fuerza de los argumentos contrarios, muy adecuadamente expuestos en la sentencia, y con el debido respeto que, lógicamente, me merece el parecer mayoritario de la Sala, lamento discrepar de él pues considero, por lo que a continuación expondré, que aquéllos deben ceder antes éstos y debimos confirmar la sentencia de instancia en su rechazo a la objeción de inadmisibilidad (por falta de legitimación activa de los demandantes) que finalmente hemos estimado.

Primero.- Con carácter preliminar creo necesario subrayar que, dentro de las consideraciones generales hechas en el fundamento jurídico cuarto de la sentencia sobre "la legitimación en procedimientos de carácter sancionador y de defensa de la competencia", ya se advierte de la especificidad o singularidad del "interés competitivo", al que la propia mayoría de la Sala considera "circunstancia cualificadora de extrema importancia que no está presente en otros ámbitos materiales".

Comparto plenamente esta consideración así como la consecuencia que la propia sentencia extrae de ella, a saber "que en derecho de la competencia la declaración de las infracciones de potenciales competidores o su sanción pueden estar con frecuencia asociadas a ventajas materiales y competitivas que no existen fuera de este sector del ordenamiento". Creo, sin embargo, que en este punto conviene hacer algunas precisiones acerca de la legitimación de los competidores (y de algunos otros sujetos afectados, en los términos que más adelante expondré) para acudir a los tribunales contencioso administrativos en defensa de sus pretensiones impugnatorias contra los actos de los órganos de defensa de la competencia.

A) En primer lugar, al competidor no le es irrelevante jurídicamente que la actuación de la empresa que incurre en prácticas colusorias, abusa de su poder de dominio o se concentra con otra incumpliendo lo ordenado en el artículo 17 de la Ley 16/1989 -por poner ejemplos clásicos de conductas prohibidas en derecho de la competencia- sea declarada como tal. No creo que existan dudas de que frente a la decisión administrativa de sobreseimiento del expediente sancionador el competidor, denunciante o no, tiene la legitimación suficiente para impugnar aquélla ante la jurisdicción contencioso administrativa. De hecho no son pocos los procesos en los que hemos admitido sin restricciones la legitimación activa de las empresas denunciadas o afectadas por actos colusorios para impugnar aquellas resoluciones administrativas.

B) En segundo lugar, y en el supuesto de que se haya constatado la comisión de una infracción, al competidor tampoco le es indiferente en derecho (y de ahí su legitimación para recurrir este concreto extremo) que la autoridad administrativa ordene o deje de ordenar la cesación de la conducta infractora.

Puede darse el caso -y este es uno de ellos- en que dicha autoridad aprecie la existencia de una conducta restrictiva de la competencia pero, por diversos motivos, no ordene su cese: en tales supuestos, el competidor puede acudir a los tribunales contencioso administrativos para discutir ante ellos la consistencia en derecho de las razones que determinaron la decisión administrativa de no intimar u ordenar el cese de las conductas prohibidas y, en consecuencia, para obtener la declaración de nulidad de esta decisión que pudiera ser contraria a sus intereses.

C) En tercer lugar, el competidor tiene también un interés jurídicamente protegible en exigir que la decisión administrativa que ha calificado de ilegal la conducta de la empresa o empresas denunciadas sea objeto de su obligada (en virtud del *artículo 46.5 de la Ley 16/1989*) publicación en un diario oficial. Si, por cualquier motivo, la autoridad administrativa ha dejado de ordenar dicha publicación puede aquél instar ante los tribunales contencioso-administrativos la pretensión de que sea corregida dicha omisión. La legitimación de los competidores se engarza en este supuesto con la circunstancia de que tal publicación es, por un lado, un elemento más de "presión" -legalmente admisible y aun exigida- a la empresa infractora para que no continúe con sus prácticas ilícitas, cuya realización va en detrimento de aquéllos; por otro lado, la publicación tiene asimismo el cometido de contribuir a una mejor ordenación del mercado afectado (y por tanto, favorece los intereses de todos sus integrantes) en la medida en que dota de mayor seguridad jurídica a la actuación futura de unos y otros agentes económicos al informarles de qué géneros de conductas singulares traspasan, en concreto, los límites de la *Ley 16/1989*.

D) Mayores problemas plantea, sin embargo, la legitimación de los competidores para impugnar ante la jurisdicción contencioso administrativa la no imposición de una sanción económica a la empresa infractora de las reglas de la competencia. Los problemas son de un doble carácter: en primer lugar si, declarada la ilicitud de la conducta por un determinado título (por ejemplo en virtud del *artículo 1 de la Ley 16/1989*) puede recurrirse para que sea apreciada también en virtud de otro añadido (por ejemplo, las normas sobre competencia del Tratado *CE*); *en segundo* lugar si, cualquiera que sea el título de calificación antijurídica de la conducta, la ausencia de sanción es en sí misma recurrible por terceros.

En este punto, la sentencia mayoritariamente votada no sólo no llega a excluir la posibilidad de que en determinados supuestos se pueda admitir dicha legitimación sino más bien lo contrario. Los términos en que queda redactado el fundamento jurídico cuarto de la sentencia y algunas de las consideraciones formuladas en el quinto ponen de relieve la aceptación, en abstracto, de dicha legitimación de los competidores para sostener ante los órganos jurisdiccionales su pretensión estrictamente punitiva cuando hubiera sido rechazada por el órgano de defensa de la competencia. De modo expreso se afirma en el fundamento jurídico quinto que "[...] el interés competitivo constituye un factor diferencial en el derecho de la competencia que puede hacer que la mera imposición de una sanción pueda resultar beneficiosa para los intereses de otra entidad competidora." Afirmación que en el fondo es coherente tanto con el carácter disuasorio de la sanción económica frente a la repetición de conductas futuras en detrimento del competidor como con el hecho de que la cuantía misma de la sanción, al restablecer en cierto modo el "equilibrio" del mercado alterado por la conducta infractora, se convierte en un mecanismo también de carácter compensatorio que minorra los correlativos beneficios que aquella conducta pudiera haber supuesto para el infractor, beneficiando en esta misma medida a sus competidores.

Todo cuanto queda dicho de los competidores puede aplicarse, con los debidos matices, a la situación jurídica de terceros que aun cuando no ostenten aquella condición, presenten con el objeto del litigio determinadas relaciones materiales en cuya virtud la estimación de sus pretensiones -esto es, la declaración de que una práctica anticompetitiva debe ser sancionada y debe intimarse a sus autores para que cesen en ella- lleve aparejado un beneficio en su esfera de derechos e intereses.

Segundo.- En el caso de autos, como bien refleja la sentencia, la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 18 de abril de 2001 declaró la existencia de una conducta prohibida por el *artículo 1 de la Ley 16/1989* pero no impuso sanción alguna, ni ordenó el cese de la conducta ilícita ni la publicación de aquélla en el Boletín Oficial del Estado.

Siguiendo las pautas expuestas en el apartado anterior, no es difícil concluir que las empresas competidoras afectadas por aquella conducta -y los terceros en la situación antes descrita- gozarían en principio de legitimación activa para impugnar ante la jurisdicción contencioso-administrativa la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia si la consideraban no conforme a derecho precisamente por omitir tanto la sanción como el orden de cese de la conducta y la publicación oficial del acto administrativo.

De hecho, la pretensión de los actores en la instancia era justamente que se anulara la resolución impugnada por no ser conforme a derecho a fin de que (además de considerar infringido también el *artículo*

85.1 del Tratado CE) se impusiera a los infractores "la multa pecuniaria adecuada a la extrema gravedad de las infracciones cometidas [...] 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." Así se expuso en el correspondiente suplico de la demanda.

El motivo que lleva a la Sala a no admitir la legitimación de los recurrentes es, en síntesis, doble. Por un lado, se afirma que son "profesionales que actúan a título individual, con lo que tampoco ostentan ningún interés empresarial competitivo respecto a las sociedades codemandadas en la instancia"; por otro lado, se afirma que no han expuesto sus razones "personales, profesionales o de cualquier otro orden por las que dichas pretensiones pudieran repercutir beneficiosamente en sus derechos o intereses". Uno y otro argumento requieren un análisis por separado.

Tercero.- En cuanto al primero de ellos, la negativa a reconocer la legitimación de los actores en este caso contrasta con la aceptación que de ella hicimos (siendo prácticamente los mismos demandantes en uno y otro caso) en nuestra sentencia de 9 de junio de 2000 a la que reiteradamente se refiere la actual. Es cierto que en esta última la mayoría de la Sala trata de "resaltar las diferencias" que separan una de otra pero, a mi juicio, tales "diferencias" no son relevantes desde el punto de vista de la legitimación activa.

En ambos casos las partes demandantes y demandadas eran las mismas. En ambos casos se impugnó la legalidad de actos administrativos que concernían a la misma operación de concertación o concentración económica: en el resuelto por la sentencia de 9 de junio de 2000 se trataba de la autorización concedida por el Consejo de Ministros a la ulterior operación de concentración que en realidad venía a coincidir con la ya formalizada previa y materialmente por la vía de los hechos, esto es, con la que habían pactado las empresas demandadas en los acuerdos de 22 de julio de 1992, 23 de diciembre de 1992 y 1 de enero de 1993, sobre cuya ilicitud o carácter anticompetitivo versa el presente recurso.

Admitimos entonces la legitimación de los profesionales demandantes para impugnar la decisión del Consejo de Ministros (que, al autorizar la concentración, actuaba en su cualidad de órgano superior en materia de competencia) tachada de ilegal. Y, como reconoce con toda franqueza y claridad la presente sentencia, aquél recurso "fue planteado y juzgado fundamentalmente desde la perspectiva del derecho de la competencia". Quiérese decir pues, que la condición de profesionales del periodismo -y no de empresas competidoras- que ostentaban los demandantes no fue entonces obstáculo, sino motivo, para reconocerles su legitimación activa a los fines de impugnar, por razones que afectaban también a la propia defensa de la competencia, la decisión autorizatoria de la concentración radiofónica que reputaban ilegal.

En la sentencia de 9 de junio de 2000 admitimos, en efecto, como títulos válidos que justificaban la reacción jurisdiccional de los recurrentes contra la decisión administrativa relativa a la concentración los alegados por éstos, que no eran sino su condición de "[...] ser periodistas, desarrollar su actividad en el medio radiofónico, haber interpuesto denuncia por violación de los artículos 1, 6 y 7 de la Ley 16/1989 y del Tratado Constitutivo de la CEE contra las mismas personas jurídicas intervinientes en la operación de concentración, que ésta versa sobre una cadena radiofónica, A3, en la que habían desarrollado su actividad profesional y en la que contaban con programas de máxima audiencia, que alguno de ellos, tras marchar de dicha cadena, no ha podido encontrar idénticas responsabilidades profesionales que las anteriores, por el altísimo grado de oligopolización del mercado radiofónico, y, en fin, que dicha operación afecta de manera sensible a la libertad de información consagrada en el artículo 20 de la Constitución".

Consideramos entonces -como también recuerda la actual sentencia- que dichas cualidades bastaban para abrirles la puerta a la posibilidad de impugnación jurisdiccional del acto recurrido porque "[...] 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."

Podríamos, en hipótesis, revisar nuestra doctrina precedente sobre este punto pero, no habiéndolo hecho así la mayoría de la Sala, la justificación que ahora damos al cambio producido no me parece excesivamente consistente. No, desde luego, cuando trata de subrayar las diferencias apelando a que nuestro fallo de 9 de junio de 2000 se basó en la infracción de las normas relativas al pluralismo informativo y no de las de defensa de la competencia: lo importante a efectos de apreciar la legitimación activa para interponer un proceso no es cuál de los motivos impugnatorios acogerá finalmente el tribunal ante el que se interpone sino si, previamente, existe una relación entre el objeto y los sujetos procesales tal que permita a éstos deducir sus pretensiones.

Afirmamos ahora que en este caso "la fundamentación del recurso se asienta sobre argumentos

estrictamente concurrenciales a pesar de ocasionales y genéricas referencias al pluralismo informativo". Pues bien, en aquél eran justamente ambos tipos de argumentos, y no sólo uno de ellos, los que entendíamos suficientes para reconocer la legitimación activa de los demandantes. Y si es cierto que en el litigio fallado por la sentencia de 9 de junio de 2000 no había componentes directamente sancionadores, también lo es que las pretensiones deducidas en la demanda de éste no se limitan a la estricta de imponer la sanción sino también a la de ordenar el cese de la conducta prohibida y a la publicación de la decisión administrativa, medidas estas dos últimas que carecen en sí mismas de naturaleza punitiva.

Cuarto.- En cuanto a la falta de alegación de las "razones personales, profesionales o de cualquier otro orden" en cuya virtud el acogimiento de las pretensiones actoras pudiera repercutir beneficiosamente en los "derechos o intereses" de los demandantes, baste decir que el reconocimiento de su condición de sujetos legitimados que habíamos hecho de modo expreso en nuestra sentencia de 9 de junio de 2000 era suficiente para que, razonablemente, pudieran considerarse igualmente legitimados a los efectos de interponer ulteriormente (el 18 de junio de 2001), como así hicieron, el presente recurso ante la Sala de la Audiencia Nacional sin necesidad de específicos desarrollos argumentales sobre este presupuesto procesal.

Junto a ello no debe olvidarse que en la demanda del presente recurso, además de invocar la infracción de las "normas de protección del pluralismo mediático" (invocación para la que están "singularmente llamados por razón, precisamente, de la profesión elegida", según dijimos en la sentencia de 9 de junio de 2000 ) los actores dieron expresamente por reproducidas, en lo que atañe al presupuesto procesal de legitimación, sus "alegaciones efectuadas al respecto" en los expedientes 962/93 (ante el Servicio de Defensa de la Competencia) y 487/00 (ante el Tribunal de Defensa de la Competencia).

La lectura de aquellas alegaciones en el voluminoso expediente administrativo aportado a los autos revela que los profesionales recurrentes adujeron entonces como títulos de legitimación tanto los relativos a la cualidad de afectados por los acuerdos societarios debatidos (lo que ninguno de los órganos administrativos rechazó) como también los referentes a la vulneración de los principios de pluralismo informativo y del derecho a la información. Basta leer, por ejemplo, las contenidas en su escrito de 10 de diciembre de 1996 ante el Tribunal de Defensa de la Competencia para corroborar que, a juicio de aquéllos, los actos de concertación "y sus epígonos" entre las sociedades codemandadas vulneraban sus derechos a "emitir información", por lo que también por estas razones consideraban que procedía acceder a sus pretensiones. Sostenían entonces, sobre la base de aquel presupuesto, que se había vulnerado tanto la *Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia, como el artículo 20* de la Constitución y la legislación específica relativa al agrupamiento de concesiones de servicios de radiodifusión en una misma persona física o jurídica.

Quiérese decir, pues, que en el planteamiento de este litigio -como en el fallado por la sentencia de 9 de junio de 2000 -estaban presentes los dos tipos de argumentos, habida cuenta de que las pautas generales aplicables a las concentraciones económicas, así como a la proscripción en general de los acuerdos colusorios, resultaban moduladas por el hecho de que el sector dentro del cual se producían las conductas objeto de examen era precisamente el radiofónico, sujeto a una regulación singular en pro de la defensa del pluralismo informativo.

Si nunca se puso en duda la legitimación de los recurrentes para obtener una declaración administrativa de ilegalidad de la conducta ilícita que imputaban a las sociedades codemandadas (y de hecho, éstas no han recurrido la decisión del Tribunal de Defensa de la Competencia que así la calificó a instancias de aquéllos) no se entiende bien por qué no habrían de tenerla para pretender que un órgano jurisdiccional revisase:

a) si aquella declaración de ilicitud debió ir acompañada, o no, al menos, de dos de las consecuencias que legalmente debe llevar aparejada, esto es, de la orden de cesación de las conductas y de la publicación oficial de la resolución misma, y

b) si procedía o no la sanción pecuniaria consecutiva a la infracción ya declarada, cuya mera imposición -en cualquier cuantía- sería, a juicio de los hoy recurridos, suficiente para considerar satisfecha su pretensión.

Afirma, a este respecto, la sentencia mayoritariamente votada que "en cuanto a la orden de cesación de las prácticas y de publicación de la sanción, el Tribunal [de Defensa de la Competencia] justificó en términos razonables y suficientes la no pertinencia de las mismas, en virtud de tratarse de hechos ya pasados y que en su momento culminaron en una concentración que fue permitida por el Consejo de Ministros -aunque luego fuese anulada por Sentencia de esta Sala por razones ajenas a las estrictamente

competitivas-".

Tal apreciación, sin embargo, sólo hubiera sido posible si hubiésemos podido entrar en el fondo del litigio y enjuiciado, zanjando el correlativo debate procesal entre partes legitimadas, la adecuación a derecho del acto administrativo impugnado. Recogerla en la sentencia que simultáneamente niega la legitimación de los actores es tanto como reconocer -y no con carácter meramente subsidiario- que no ha lugar a entrar en el fondo de la cuestión, por carencia de un presupuesto procesal, y entrar en dicho fondo para decidir que el acto administrativo era correcto en este extremo.

Fuese cual fuera el juicio de fondo que procediera respecto a la existencia de las infracciones de normas invocadas por los actores (y ya reconocimos en la sentencia de 9 de junio de 2000 que incurría en alguna de ellas la concentración aprobada por el Consejo de Ministros, antecedente de la cual son los acuerdos concertativos o colusorios objeto de este litigio y declarados como tal por el Tribunal de Defensa de la Competencia) sólo sería posible tras el reconocimiento de la legitimación para recurrir.

No cabe, en mi parecer, negar ésta ab initio cuando los actores han tomado como bases jurídicas de su legitimación procesal las ya admitidas por esta Sala en otro litigio de características análogas. Es cierto que en sus escritos de demanda y conclusiones pudieron haber desarrollado de modo más amplio su argumentación sobre este presupuesto del proceso (como han hecho en el de oposición a los motivos iniciales del presente recurso de casación, con cita expresa de la tan citada sentencia de 9 de junio de 2000 ) pero, a mi juicio, la ausencia de una más extensa fundamentación no puede servir de base para la negativa al reconocimiento de su legitimación, siendo suficientes como son las referencias ya dichas.

Quinto.- Las consideraciones que se dejan expuestas debieran, en mi opinión discrepante de la mayoría de la Sala, haber determinado el rechazo del primer motivo de casación de ambos recursos, con la consiguiente necesidad de que la Sala hubiera entrado en el examen de fondo de la cuestión planteada, esto es, si existían razones bastantes para justificar que el Tribunal de Defensa de la Competencia omitiese los pronunciamientos ya referidos o, por el contrario, fue conforme a derecho la decisión de la Sala de instancia que ordenó a aquél la imposición de la sanción económica y su publicación oficial.

Sobre la referida cuestión de fondo, me remito a los fundamentos jurídicos expuestos en el voto particular del Magistrado Excmo. Sr. Don Óscar González González, con los que coincido, cuya conclusión es, en definitiva, que procedía rechazar los restantes motivos casacionales y confirmar la sentencia de instancia.

Dado en Madrid, a veintiseis de junio de dos mil siete.-Manuel Campos Sánchez-Bordona.- Firmado.-

Voto Particular

VOTO PARTICULAR

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO DON ÓSCAR GONZÁLEZ GONZÁLEZ A LA SENTENCIA DICTADA EN EL RECURSO DE CASACIÓN Nº 9763/2004 DE FECHA 26 DE JUNIO DE 2007 .

Discrepo respetuosamente del parecer mayoritario, y entiendo con base en los fundamentos que a continuación expresaré que el recurso de casación debió ser desestimado, con la consiguiente confirmación de la sentencia recurrida.

Me adhiero a los razonamientos que, en relación con la legitimación de los periodistas que figuran como recurridos en esta casación, se hacen en el voto particular del Magistrado Excmo. Sr. Don Manuel Campos Sánchez-Bordona.

De conformidad con el *artículo 260.1 de la LOPJ* procede examinar el resto de los motivos de casación que son coincidentes en afirmar que la imposición de la sanción por parte del Tribunal de Defensa de la Competencia es discrecional, como deducen del *art. 10 de la LDC* , al usar el término "podrá", de tal forma que si la misma no se impone, no puede el juzgador sustituir el criterio de la Administración.

Los motivos no pueden prosperar. El carácter eminentemente corrector que corresponde al TDC en relación con las conductas previstas en los *artículos 1, 6 y 7 de su Ley Reguladora* permite afirmar que sólo excepcionalmente y por motivos muy específicos podrá excluirse de sanción a los actos definidos como infracciones en tales preceptos.

El TDC, atendiendo a los criterios del *art. 10 de la LDC*, funda la exclusión de la sanción en que "en cuanto a los efectos de los acuerdos imputados, entiende que no han quedado suficientemente acreditados en su cuantía en el expediente y que, en todo caso, se limitaron a un período corto de tiempo -22 de julio de 1992 a 3 de noviembre de 1993-, que dichos acuerdos culminaron con la operación de concentración Unión Radio que, tras ser notificada al Servicio, fue autorizada por Acuerdo del Consejo de Ministros de 20 de mayo de 1994, con determinadas condiciones".

Existe una primera contradicción en el razonamiento del TDC, pues los criterios del *artículo 10 de la LDC* los ha establecido la norma para graduar la cuantía de la sanción, pero no para excluirla. Tal es el caso de la mayor o menor amplitud de los efectos restrictivos de la competencia y del mercado afectado, la duración de la restricción de la competencia.

En segundo término no se explica que se funde la exclusión de la sanción en la ulterior operación de concentración autorizada por el Consejo de Ministros, cuando el propio TDC se preocupó en el Fundamento de Derecho segundo de deslindar los aspectos concentrativos de los concertativos, refiriéndose a éstos de manera expresa en cuanto supusieron desde la cooperación de elementos tan decisivos como que el equipo directivo de la SER se hiciera en pocas semanas con la gestión del máximo nivel de A3R hasta el cambio de estrategia empresarial, reforzándose el proceso mediante la entrega de la gestión y el control de la variable estratégica del mismo, que es la publicidad, precisamente de forma exclusiva y a quien era el principal competidor, concluyendo con el convenio de programación que se sustentaba en una gestión económica de las dos cadenas ya concertadas.

Esta autonomía de ambas figuras -concertación y concentración-, permite deslindar los dos aspectos hasta el punto de que el segundo no puede excluir el tratamiento del primero como conducta infractora y merecedora de sanción, al resultar evidente, en palabras del propio TDC "su objeto restrictivo de la competencia y su efecto de coordinar el interés conjunto de empresas anteriormente competidoras", consignándose más adelante que una interpretación contraria "abriría una vía al fraude de Ley, al permitir que las empresas que realicen prácticas prohibidas pudieran sustraerse a la aplicación de los procedimientos sancionadores previstos en la legislación de defensa de la competencia".

Lo más contradictorio de la resolución se inserta en el razonamiento posterior, cuando se añade que "ello supondría la sustracción a su control y consiguiente injusta impunidad, consecuencia que resultaría de todo punto inadmisibles". Pese a este claro y contundente razonamiento, sin embargo, en contradicción con el mismo el propio TDC no lo aplica, y la concentración ulterior le va servir para justificar la no imposición de la multa.

Los efectos nocivos para la competencia son resaltados por el TDC al indicar que los acuerdos se celebraron entre los dos principales competidores en el mercado de la radio comercial, con entrega de la gestión y control total y exclusivo de la publicidad a quien era el primer competidor. No puede decirse que el tiempo de duración fue corto, ya que en materia de competencia casi año y medio de duración de la conducta colusoria entre los operadores con mayor poder significativo en el mercado, puede ocasionar unos efectos perniciosos y crear unas barreras de entrada a futuros operadores, cuyos efectos son difíciles de reparar, al sumar la publicidad contratada por las dos primeras empresas un 66% del mercado según el propio TDC, lo que constituye un enorme porcentaje en un sector cuya financiación está basada en la publicidad.

En supuestos de circunstancias restrictivas de la competencia parecidas a las que concurren en el caso presente, esta Sala ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre actos del TDC que han impuesto a las empresas infractoras sanciones de multa. En consecuencia, aún admitiendo que el TDC tenga un margen de discrecionalidad en el establecimiento de la multa, resulta incongruente con su propio razonamiento su no imposición, por lo que la sentencia del Tribunal de instancia es correcta al anular esa decisión que reconociendo los hechos, la gravedad de los mismos, y su inclusión en el *art. 1.1 de la LDC*, de modo injustificado no los corrige con la correspondiente multa, desapareciendo el efecto disuasorio que la sanción tiene sobre los propios autores y los demás operadores, para que en lo sucesivo se comporten de forma adecuada a los principios que dominan la competencia en el mercado.

Por todas estas razones entiendo que los motivos debieron ser desestimados y, en consecuencia, procede desestimar la casación.

Dado en Madrid, a veintiseis de junio de dos mil siete.-Óscar González González.-Firmado.-

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia, junto con sus votos particulares, en el

mismo día de su fecha por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. EDUARDO ESPIN TEMPLADO, estando constituida la Sala en audiencia pública de lo que, como Secretario, certifico.-Alfonso Llamas Soubrier.-Firmado.-