

RECURSO CASACION Num.: 7200/2005
Votación: 01/07/2008
Ponente Excmo. Sr. D.: Óscar González González
Secretaría Sr./Sra.: Ilmo. Sr. D. Alfonso Llamas Soubrier

ALFONSO LLAMAS SOUBRIER, Secretario de la Sección Tercera
de la Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal
Supremo.

CERTIFICO: Que por la expresada Sala se ha dictado la siguiente:

SENTENCIA

TRIBUNAL SUPREMO.
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
SECCIÓN: TERCERA

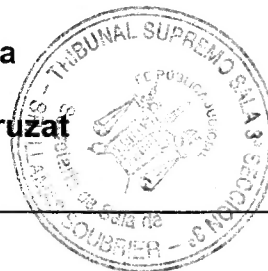
Excmos. Sres.:

Presidente:

D. Fernando Ledesma Bartret

Magistrados:

D. Óscar González González
D. Manuel Campos Sánchez-Bordona
D. Eduardo Espín Templado
D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruza



En la Villa de Madrid, a ocho de Julio de dos mil ocho.

En el recurso de casación nº 7200/2005, interpuesto por el COLEGIO OFICIAL DE AGENTES DE LA PROPIEDAD INMOBILIARIA DE MADRID, representado por la Procuradora Doña Teresa Castro Rodríguez, y asistido de letrado, contra la sentencia dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en fecha 27 de septiembre de 2005, recaída en el recurso nº 450/2002, sobre sanción por conductas prohibidas por la Ley de Defensa de la Competencia; habiendo comparecido como parte recurrida la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, representada y dirigida por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO


PRIMERO.- En el proceso contencioso administrativo antes referido, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional (Sección Sexta) dictó sentencia desestimando el recurso promovido por el COLEGIO OFICIAL DE AGENTES DE LA PROPIEDAD INMOBILIARIA DE MADRID, contra la resolución del Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia de fecha 30 de abril de 2002 en cuya parte dispositiva, se dispone:

1º Declarar que el Colegio de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria de Madrid ha incurrido en una conducta contraria al art. 7 LDC al publicar un anuncio en el periódico ABC inmobiliario que constituye publicidad engañosa, por contener afirmaciones falsas y que distorsiona gravemente la competencia en el mercado.

2º Imponer al Colegio de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria de Madrid como autor de esa conducta una sanción de 75.000 euros.

3º Intimar al autor de la práctica reseñada a que en lo sucesivo se abstenga de realizar conductas semejantes.

4º Ordenar al Colegio de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria de Madrid la publicación a su costa y en el plazo máximo de tres meses, de la parte dispositiva de esta Resolución en el BOE y en la Sección de Economía de dos diarios de información general y difusión nacional.



SEGUNDO.- Notificada esta sentencia a las partes, por el recurrente se presentó escrito preparando recurso de casación, el cual fue tenido por preparado en providencia de la Sala de instancia de fecha 17 de noviembre de 2005, al tiempo que ordenó remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

TERCERO.- Emplazadas las partes, el recurrente (COLEGIO OFICIAL DE AGENTES DE LA PROPIEDAD INMOBILIARIA DE MADRID) compareció en tiempo y forma ante este Tribunal Supremo, y formuló en fecha 3 de enero de 2006, el escrito de interposición del recurso de casación, en el cual expuso, los siguientes motivos de casación:

1) Al amparo de lo preceptuado en el nº 1, letra d) del art. 88 de la Ley Jurisdiccional, por infracción del art. 25.1 de la Constitución Española y del art. 129.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, consistente en la

aplicación indebida del art. 7 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia; y por inaplicación del art. 5 l) de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, de Colegios Profesionales, y de los arts. 1 y 5 del Decreto 3248/1969.

2) Al amparo de lo preceptuado en el nº 1, letra d) del art. 88 de la Ley Jurisdiccional, por infracción del art. 24.2 de la Constitución y del art. 137 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, es decir, del derecho del recurrente a la presunción de inocencia, al haber sido condenado sin pruebas.

3) Al amparo de lo preceptuado en el nº 1, letra d) del art. 88 de la Ley Jurisdiccional, por infracción, mediante aplicación indebida, del art. 10 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, en relación con el art. 131.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de RJAP-PAC (principio de proporcionalidad).

Terminando por suplicar se admita a trámite el presente recurso de casación, dicte sentencia que estime los motivos primero y segundo, case y deje sin efecto la sentencia de instancia y, por consiguiente, anule y deje sin efecto la Resolución de 30 de abril de 2002 del Tribunal de Defensa de la Competencia, subsidiariamente, para el caso de que se desestimen los motivos primero y segundo, dictar sentencia que estime el tercer motivo expuesto y, por consiguiente, revoque parcialmente la sentencia de instancia y, consecuentemente, el apartado 3º de la parte dispositiva de la resolución impugnada, deje sin efecto la multa de 75.000 euros impuesta al recurrente, con expresa imposición de costas.

CUARTO.- Por providencia de la Sala, de fecha 7 de marzo de 2007, se admitió a trámite el presente recurso de casación, ordenándose por otra de 11 de abril de 2007 entregar copia del escrito de formalización del recurso a la parte comparecida como recurrida (ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO), a fin de que en el plazo de treinta días pudiera oponerse al mismo, lo que hizo mediante escrito de fecha 24 de abril de 2007, en el que expuso los razonamientos que creyó oportunos y solicitó se dicte sentencia por la que se inadmita el recurso al no alcanzar su cuantía la mínima establecida legalmente al efecto o, subsidiariamente, desestime el recurso, con expresa imposición de costas al recurrente.

QUINTO.- Por providencia de fecha 8 de mayo de 2008, se señaló para la votación y fallo de este recurso de casación el día 1 de julio siguiente, en que tuvo lugar.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. **ÓSCAR GONZÁLEZ GONZÁLEZ**,
Magistrado de la Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El 25 de octubre de 1999 el Colegio Oficial de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria de Madrid publicó en el periódico ABC Inmobiliario, que se reparte gratuitamente los viernes junto con el periódico ABC de Madrid, con una tirada media aproximada de 383.000 ejemplares, un anuncio en el se señala que:

***"Le presentamos a su Api*
*Agente de la Propiedad Inmobiliaria***

Si busca un nuevo hogar, le ayudará.

(.....) Sólo los Agentes de la Propiedad Inmobiliaria están legalmente reconocidos para asesorarle en ese momento tan importante que es la adquisición de su nuevo hogar.




Incoado expediente por el Servicio de Defensa de la Competencia, el Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) dictó resolución por la que se declaró que el Colegio de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria de Madrid había incurrido en una conducta contraria al artículo 7 LDC al publicar un anuncio en el periódico ABC Inmobiliario que constituye publicidad engañosa, por contener afirmaciones falsas y que distorsionan gravemente la competencia en el mercado, por tender a eliminar del mercado a otros competidores. Como consecuencia de ello impone al COAPIM, como autor de esa conducta, una sanción de 75.000 euros, lo intima para que en lo sucesivo se abstenga de realizar conductas similares, y a publicar, a su costa, en el plazo máximo de tres meses, de la parte dispositiva de esa resolución en el BOE y en la sección económica de dos diarios de información general y difusión nacional, con multa coercitiva de 100 euros por cada día de retraso en la publicación.

Contra esta resolución se interpuso recurso contencioso-administrativo ante la Sala correspondiente de la Audiencia Nacional, que lo desestimó con base en el criterios seguidos en anteriores sentencias. Se razonó así:

<<"En relación con dicha cuestión, este Tribunal ha tenido ya la ocasión de pronunciarse sobre el alcance de ese tipo de declaraciones y anuncios en relación al mismo tema suscitado en otras Comunidades

Autónomas. Así la SAN de 14 de abril de 2002 rec. nº 63/1999, o en la más reciente de 28 de marzo de 2001 rec. nº 1472/1998, de forma expresa calificábamos de falsos los anuncios o manifestaciones del Colegio en el sentido de que existía una exclusividad legal en favor de los Agentes de la Propiedad Inmobiliaria para la intermediación, y ello de acuerdo con lo dispuesto de forma unánime por la jurisprudencia del TS (STS de 3 de octubre de 1999). En estas circunstancias la publicación de anuncios aludiendo a una exclusividad legal inexistente supone la intención de excluir del mercado de los demás competidores en los términos previstos en el art. 7 de la LDC, cifrando el falseamiento de la competencia en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma afectada. No es obstáculo para esta conclusión el hecho de que el TS haya dictado sentencia el 9 de marzo de 2005 revocando otra de esta sección y en definitiva anulando la sanción impuesta y ello porque en su FJ 7 expresamente señala que sólo las actuaciones colegiales como las que motivan estas actuaciones anteriores a la STC 111/1993, pueden ser anuladas por ausencia de culpabilidad y dado que este no es el caso enjuiciado procede confirmar la sanción impuesta".>>

El COAPIM ha interpuesto el presente recurso de casación con base en los motivos que han quedado transcritos en los antecedentes, recurso que debe declararse admisible, rechazando con ello la excepción de cuantía invocada por el Abogado del Estado en su escrito de oposición, con base en el criterio recogido en sentencias de esta Sala de 9 de marzo de 2005 y 11 de octubre de 2006. En ellas se dijo:



"Aunque el artículo 86.2 b) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa exceptúa del recurso de casación aquéllas sentencias dictadas en única instancia por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional y por las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia, cualquiera que fuere la materia, en asuntos cuya cuantía no exceda de 25 millones de pesetas, al haberse dictado Auto por la Sección Primera de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 22 de abril de 2001, en el que se acuerda la admisión a trámite del recurso de casación, por estimar que las pretensiones anulatorias que se concretaban en la demanda exceden de la petición de la declaración de nulidad de una multa, y se refieren en lo sustancial a la revocación de acuerdos sobre prácticas contrarias a la Ley de Defensa de la Competencia, que no se revelan susceptibles de valoración económica, de conformidad con el artículo 41 de la Ley jurisdiccional, procede rechazar en este momento procesal que sea procedente declarar la inadmisión del recurso de casación para no lesionar el derecho a la tutela judicial efectiva que de forma expansiva garantiza el artículo 24 de la Constitución.

La modificación ulterior del criterio interpretativo del artículo 86.2 b) de la Ley jurisdiccional sostenido por la Sala de lo Contencioso-Administrativo

del Tribunal Supremo, en sentido restrictivo, que se advierte en los Autos de la Sección Primera de 10 de febrero de 2005 (RC 380/2003) y de 3 de marzo de 2005 (RC 2083/2003) en relación con la sanciones impuestas por el Tribunal de Defensa de la Competencia, no provoca, sin embargo, su aplicación con carácter retroactivo a las presentes actuaciones, de conformidad con la doctrina emanada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos expresada en la sentencia de 9 de noviembre de 2004 (caso Saez Maeso contra España) porque el derecho a un proceso equitativo, que garantiza el artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, ratificado por España por Instrumento de 29 de septiembre de 1979, que constituye para los órganos judiciales una fuente interpretativa prevalente del derecho a la tutela judicial efectiva, de conformidad con el artículo 10.2 de la Constitución, exige que los órganos judiciales contencioso-administrativos examinen las causas de inadmisión respetando el principio de proporcionalidad entre las limitaciones impuestas al derecho de acceso a un tribunal para que enjuicie el fondo del recurso y las consecuencias de su aplicación.

Esta conclusión jurídica es conforme al derecho a la tutela judicial efectiva, consagrado en el artículo 24.1 de la Constitución, que comporta, según reitera el Tribunal Constitucional en la sentencia 30/2004, de 4 de marzo, como contenido esencial primario, el de obtener de los órganos jurisdiccionales integrantes del Poder Judicial una resolución razonada y fundada en derecho sobre el fondo de las pretensiones oportunamente deducidas por las partes, imponiendo al juez, para garantizar la concretización expansiva de este derecho fundamental, una interpretación razonable y no arbitraria de los presupuestos y cláusulas procesales que no suponga una aplicación rigorista, excesivamente formal, o desproporcionada en relación con los fines que preserva el proceso, de modo que la declaración de inadmisión sólo puede fundarse en la concurrencia de un óbice fundado en un precepto expreso de la ley que a su vez sea respetuoso con el contenido esencial del derecho fundamental, adoptada en la observancia de estos fundamentos hermenéuticos constitucionales">>.



SEGUNDO.- La parte recurrente, admitiendo la realidad del anuncio en el periódico de Madrid, rechaza la calificación jurídica que tanto el TDC y el Tribunal de instancia hicieron del mismo. Afirma que su conducta era plenamente ajustada al estado normativo de la cuestión en el momento de la publicación del anuncio, pues no había ninguna norma distinta del Decreto 3248/69 de 4 de diciembre que regulara el acceso a una profesión con funciones similares a los de los API, única que era reconocida según se desprende de la lectura de los Reales Decretos 1464/1988 de 2 de diciembre y 1665/1991 de 25 de octubre, citando en su apoyo diversas sentencias (STS 1 de junio de 1994-Sala Primera-, SAN 9 de octubre de 1998, STS 11 de Octubre de 2001-Sala Tercera-), la Exposición de Motivos del Real Decreto-ley 4/2000, de la que se deduce que el estado jurídico de la cuestión era cuando menos discutible. A continuación aduce la atipicidad de la conducta

sancionada, pues no se dan, a su juicio, los presupuestos de tratarse de actos denigratorios y engañosos, ni que el interés público sufriera una grave distorsión por efecto del acto desleal, elementos que no se concretan en el acto ni en la sentencia, ni han sido medidos, como el TDC señala al considerar que no hay prueba de la distorsión del mercado ni del interés público. También indica el motivo que actuó conforme al principio de confianza legítima, que ha sido admitido en la sentencia de esta Sala de 8 de junio de 1990 y otras.

En su segundo motivo de casación aduce infracción del principio de proporcionalidad de la sanción, al no valorarse los factores previstos en el artículo 10.2 de la Ley de Defensa de la Competencia. Por último indica que no se motivan los restantes factores lo que le produce indefensión.

TERCERO.- Esta Sala en su sentencia de 9 de marzo de 2005 ha declarado que:

"El artículo 1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, que establece que se prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva o práctica concertada o, consecuentemente, paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o en parte del mercado nacional, que da cobertura jurídica a la sanción impuesta al CONSEJO GENERAL DE COLEGIOS OFICIALES DE AGENTES DE LA PROPIEDAD INMOBILIARIA, no puede aplicarse de forma abstracta eludiendo la valoración del grado de incidencia que la conducta imputada provoque limitando en este supuesto la competencia profesional en el sector de la mediación inmobiliaria, ni puede interpretarse este precepto desvinculado de los intereses jurídicos que tutela en relación con el contexto normativo que ordenaba racione temporis esta actividad, al deber examinarse la concurrencia del elemento volitivo del injusto que permite apreciar la responsabilidad en la comisión del ilícito administrativo.

Debe referirse que el juzgador de instancia no ha respetado el principio de culpabilidad al considerar al Consejo General recurrente autor del ilícito tipificado en el artículo 10 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, en relación con lo dispuesto en el artículo 1, porque este principio, que se garantiza en el artículo 25 de la Constitución como principio estructural básico del Derecho Penal y del Derecho Administrativo Sancionador, según refiere el Tribunal Constitucional en la sentencia 150/1991, de 4 de julio (CI 1407/1989), que limita el ejercicio del ius punendi del Estado, exige que la imposición de la sanción se sustente en la exigencia del elemento subjetivo de culpa para garantizar el principio de responsabilidad y el derecho a un procedimiento sancionador con todas las garantías (STC 129/2003, de 20 de junio; RA 3081/2000).

Debe manifestarse que aunque la libertad de ejercicio de la profesión de mediación inmobiliaria tiene amparo en la libertad de elección de



profesión u oficio que garantiza el artículo 35 de la Constitución, de modo que resulta invocable desde la entrada en vigor del texto constitucional, sólo es a partir de la sentencia del Tribunal Constitucional 111/1993, de 25 de marzo, que se dicta con posterioridad a la adopción del Acuerdo del CONSEJO GENERAL DE COLEGIOS OFICIALES DE AGENTES DE LA PROPIEDAD INMOBILIARIA de 21 de julio de 1992, cuando puede entenderse que dicha actuación colegial no se encuentra amparada por el artículo 5 de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, de Colegios Profesionales.

La sentencia constitucional, tras razonar que ningún interés público esencial se advierte en la exigencia de un título para desarrollar la actividad de intermediación en el mercado inmobiliario, declara que constituye una interpretación extensiva in malam partem del tipo del delito de intrusismo tipificado en el artículo 321.1 del Código Penal, que vulnera las garantías que se enuncian en el artículo 25.1 de la Constitución, la imposición de una pena por la comisión de un delito de intrusismo a aquéllos profesionales que se dedican a esa actividad en su calidad de miembros de la autodenominada Asociación Profesional de Gestores Inmobiliarios Intermediarios en Promociones de Edificaciones sin estar en posesión del título oficial de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria, al no requerirse la posesión de un título académico oficial para realizar los actos propios de dicha profesión.

El examen de las sentencias del Tribunal Supremo invocadas por la parte recurrente (Sentencias de la Sala Primera de 31 de enero de 1990, de 1 de julio de 1994 y de 5 de octubre de 1995; Sentencias de la Sala Segunda de 7 de julio de 1992, de 8 de septiembre de 1992 y de 14 de abril d 1993; y Sentencias de la Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo de 8 de junio de 1990 y de 25 de mayo de 1995) permite inferir cual era el contexto jurídico concerniente al desarrollo en exclusiva de las funciones de mediación inmobiliaria por los Agentes de la Propiedad Inmobiliaria, en el momento en que se dicta el Acuerdo por el Consejo General, que permite considerar que no había una doctrina jurisprudencial uniforme, pacífica, inequívoca y manifiestamente clara y concordante en sede constitucional y en sede de los tribunales ordinarios acerca de la legitimidad de las atribuciones de los Colegios Profesionales para emprender acciones para evitar el intrusismo profesional promoviendo las acciones civiles, penales y disciplinarias adecuadas para su salvaguarda, o, por si al contrario, dichas conductas eran contrarias al derecho de libre establecimiento y al derecho al ejercicio libre de la profesión de gestor inmobiliario".



Este criterio es enteramente aplicable al caso presente, pues aunque la sentencia del Tribunal Constitucional de 25 de marzo de 1993 es muy anterior al momento en que se llevaron a cabo las conductas sancionadas, lo cierto es que la incertidumbre jurídica respecto del ejercicio de la función de intermediación duró hasta la publicación del Real Decreto-ley 4/2000, como su Exposición de Motivos claramente indica, por lo que procede la estimación del

recurso en relación con la sanción impuesta al Colegio, sin perjuicio de que subsistan las restantes medidas de intimación y publicación previstas en el acuerdo, por cuanto van dirigidas a evitar los efectos anticompetitivos en ese campo, y respecto de las cuales el elemento intelectual no opera, sino que responden a criterios de interés público, superiores a apreciaciones subjetivas de culpabilidad o negligencia, máxime cuando el indicado Real Decreto-ley en su artículo 3 ha dado una interpretación auténtica del art. 1 del Decreto 3248/1969 de 4 de diciembre, respecto del alcance de la función de intermediación.

CUARTO.- Atendiendo a lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley 29/1998, no procede hacer una especial imposición de las costas causadas.

En atención a todo lo expuesto, en nombre de Su Majestad EL REY,

FALLAMOS

Que declaramos haber lugar y, por lo tanto, **ESTIMAMOS** el presente recurso de casación nº 7200/2005, interpuesto por el COLEGIO OFICIAL DE AGENTES DE LA PROPIEDAD INMOBILIARIA DE MADRID, contra la sentencia dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en fecha 27 de septiembre de 2005, debemos revocar dicha sentencia, y declaramos **ESTIMAR PARCIALMENTE** el recurso contencioso administrativo nº 450/2002, promovido por el COLEGIO OFICIAL DE AGENTES DE LA PROPIEDAD INMOBILIARIA DE MADRID contra la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de fecha 30 de abril de 2002, anulando la sanción impuesta a la parte recurrente; sin expresa condena en costas.

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, definitivamente juzgando lo pronunciamos, mandamos y firmamos.- Fernando Ledesma Bartret.- Óscar González González.- Manuel Campos Sánchez-Bordona.- Eduardo Espín Templado.- José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat.- Rubricado.- -----

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. ÓSCAR GONZÁLEZ GONZÁLEZ, estando constituida la Sala en audiencia pública de lo que, como Secretario, certifico.

Lo anteriormente transcrito es copia fiel de su original al que me remito.
Y para que conste y surta los efectos oportunos en el Tribunal de Procedencia, expido el presente testimonio en Madrid, a 10-09-08

