

Id. Cendoj: 28079130032010100237
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 3
Nº de Resolución:
Fecha de Resolución: 07/07/2010
Nº de Recurso: 3536/2005
Jurisdicción: Contencioso
Ponente: EDUARDO ESPIN TEMPLADO
Procedimiento: RECURSO CASACIÓN
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

DEFENSA DE LA COMPETENCIA: CONDUCTA PROHIBIDA (art. 7 LDC) POR PUBLICACIÓN DE ANUNCIOS QUE CONSTITUYEN ACTOS DE ENGAÑO Y DENIGRACIÓN CON AFECTACIÓN DEL INTERÉS PÚBLICO (vulnera art. 7 y 9 Ley 3/91 (10-1) de Competencia Desleal). COLEGIOS OFICIALES DE AGENTES DE LA PROPIEDAD INMOBILIARIA (expte. 521/01 TDC, 2107/99 SDC)

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a siete de Julio de dos mil diez.

VISTO por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, constituida en su Sección Tercera, el recurso de casación número 3.536/2.005, interpuesto por el COLEGIO OFICIAL DE AGENTES DE LA PROPIEDAD INMOBILIARIA DE BALEARES, representado por el Procurador D. Santos Gandarillas Carmona, contra la sentencia dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en fecha 15 de abril de 2.005 en el recurso contencioso-administrativo número 552/2.002, sobre expediente sancionador del Tribunal de Defensa de la Competencia (521/01; 2107/99 del Servicio de Defensa de la Competencia) por infracción en materia de defensa de la competencia.

Es parte recurrida la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, representada por el Sr. Abogado del Estado.

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 15 de abril de 2.005 , desestimatoria del recurso promovido por el Colegio Oficial de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria de Baleares contra la resolución del Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia dictada en fecha 30 de mayo de 2.002 en el expediente 521/01 (2107/99 del Servicio). Dicha resolución declaraba la comisión por parte del Colegio Oficial recurrente, además de por otros Colegios de agentes de la propiedad inmobiliaria de distintas demarcaciones

territoriales, de conductas de las prohibidas por el artículo 7 de la Ley de Defensa de la Competencia consistentes en haber vulnerado los artículos 7 y 9 de la Ley de Competencia Desleal mediante la publicación de anuncios que constituyen actos de engaño y denigración, con afectación del interés público, mediante los que se induce al público a creer que los servicios de intermediación inmobiliaria de los Agentes colegiados son más fiables que los que prestan otros intermediarios capacitados legalmente que actúan en el mismo mercado, e impone a los Colegios una serie de sanciones.

SEGUNDO .- Notificada dicha sentencia a las partes, la demandante presentó escrito preparando recurso de casación, el cual fue tenido por preparado en providencia de la Sala de instancia de fecha 23 de mayo de 2.005, al tiempo que ordenaba remitir las actuaciones a Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

TERCERO .- Emplazadas las partes, la representación procesal del Colegio Oficial de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria de Baleares ha comparecido en forma en fecha 8 de julio de 2.005, mediante escrito interponiendo recurso de casación al amparo del apartado 1.d) del artículo 88 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, formulando los siguientes motivos:

- 1º, por infracción del artículo 7 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, así como de los artículos 7 y 9 de la Ley 3/1992, de 19 de enero, de Competencia Desleal, y

- 2º, por infracción del artículo 10 de la Ley de Defensa de la Competencia, en relación con el artículo 131.2 de la Ley 30/1992.

Termina su escrito suplicando que se dicte sentencia por la que, casando la recurrida, se revoque y deje sin efecto la resolución dictada por el Tribunal de Defensa de la Competencia y, subsidiariamente, para el caso de considerar la legitimidad del acto, se estime parcialmente el recurso en cuanto a dejar sin efecto la multa impuesta.

El recurso de casación ha sido admitido por providencia de la Sala de fecha 4 de abril de 2.006.

CUARTO .- Personado el Abogado de Estado, ha formulado escrito de oposición al recurso de casación, suplicando que se dicte sentencia por la que, con desestimación del recurso, se confirme la recurrida y se impongan las costas causadas a la parte recurrente de conformidad con lo previsto en la Ley jurisdiccional.

QUINTO .- Por providencia de fecha 6 de abril de 2.010 se ha señalado para la deliberación y fallo del presente recurso el día 29 de junio de 2.010, en que han tenido lugar dichos actos.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Objeto y planteamiento del recurso de casación.

El Colegio Oficial de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria de Baleares impugna la Sentencia de 15 de abril de 2.005 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Sexta) de la Audiencia Nacional, que desestimó el recurso que había entablado contra la resolución del Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia de 30 de mayo de 2.002 que le había sancionado por determinados anuncios considerados actos de competencia desleal y contrarios a la Ley de Defensa de la Competencia.

La Sala de instancia desestimó el recurso contencioso administrativo con base en los siguientes argumentos:

" PRIMERO.- Se interpone recurso contencioso administrativo contra la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia, de fecha 30 de mayo de 2002, recaída en un procedimiento sancionador seguido contra el 6 Colegios Oficiales de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria, entre ellos el Colegio de Baleares demandante, que en su parte dispositiva decía:

Primero.-	Declarar la comisión por los Colegios Oficiales de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria de Baleares (y otros) de conductas de las prohibidas por el	Art. 7 de la Ley de Defensa de la Competencia
	, consistentes en haber vulnerado los	Arts. 7 y 9 de la Ley de
	Competencia Desleal	mediante la publicación de
	anuncios que constituyen actos de engaño y denigración con afectación del interés público, mediante los que se induce al público a creer que los servicios de intermediación inmobiliaria de los Agentes colegiados son más fiables que los que prestan otros intermediarios capacitados legalmente que actúan en el mismo mercado.	

Segundo.-	Intimar a los citados Colegios para que, en lo sucesivo, se abstengan de conductas semejantes.
-----------	--

Tercero.-	Imponer a cada uno de los Colegios infractores una multa sancionadora de 75.000 euros.
-----------	--

Cuarto.-	Imponer a cada uno de los Colegios infractores la obligación de publicar, en el plazo de dos meses, a su costa, la parte dispositiva de esta Resolución en el B.O.E. y en la sección inmobiliaria del diario de mayor circulación de la provincia respectiva.
----------	---

Asimismo, se consideran hechos probados, en relación con el Colegio Oficial demandante, los siguientes que se contienen en la Resolución impugnada, admitidos por la actora:

El Colegio de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria (COAPI) de Baleares tenía hasta Abril de 1999 una página Web (folios 47, 477 y 478) en la que señalaba:

"que el Agente de la Propiedad Inmobiliaria colegiado es el único profesional con titulación... facultado para mediar... en operaciones de compra-venta y arrendamientos."

"La defensa del interés del consumidor frente al intrusismo profesional en las transacciones inmobiliarias queda protegido..., a través del art. 403 del vigente código penal ..."

"Tanto el Colegio Oficial de A.P.I., a través de sus servicios...como los A.P.I. colegiados garantizan un tratamiento profesional competente de las operaciones inmobiliarias, por lo que solamente a ellos debe confiarse."

A continuación se incluye una relación de APIS (nombre, dirección, teléfono, fax, población) del citado COAPI de Baleares.

También hemos de reseñar -como precedente para esta sentencia- el constituido por la sentencia de esta misma Sala y Sección, de fecha 15 de octubre de 2003 (recurso 541/2002), que desestimó el recurso interpuesto por otro de los Colegios Oficiales sancionados contra la misma Resolución del TDC.

SEGUNDO.- La parte actora alega en su demanda: a) legalidad intrínseca de las manifestaciones vertidas en la página web del Colegio de Baleares, b) atipicidad y principio de confianza legítima, c) inexistencia de distorsión grave del mercado y afectación del interés público. Ausencia de prueba y vulneración del principio de presunción de inocencia, y d) ilegalidad de la multa e improcedencia de su determinación. Vulneración del principio de proporcionalidad.

El Abogado del Estado contesta que el anuncio en la página web efectuado por el Colegio demandante constituye una práctica restrictiva de la competencia, prohibida por el artículo 7 LDC, ya que dicha conducta debe reputarse desleal, conforme al artículo 7 de la ley 3/1991.

La parte codemandada igualmente se opone a cada uno de los argumentos de la demanda, considerando que la Resolución impugnada es conforme a derecho.

TERCERO.- La primera cuestión que plantea el Colegio Oficial de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria de Baleares (COAPI Baleares), es que las afirmaciones efectuadas en su página web, a las que antes nos hemos referido, eran adecuadas a la legalidad vigente en la fecha de su publicación (hasta abril de 1999).

Hemos visto que lo publicado por el COAPI de Baleares fue, en resumen, que:

"que el Agente de la Propiedad Inmobiliaria colegiado es el único profesional con titulación... facultado para mediar... en operaciones de compra-venta y arrendamientos."

Mantiene la recurrente que resulta obvia la afirmación contenida en el anuncio de que la titulación de Agente de Propiedad Inmobiliaria (API) era la única reconocida legalmente para el desarrollo de actividades de intermediación inmobiliaria. Pero la afirmación que ahora nos interesa no es esa, sino la de que el API es el único profesional facultado para mediar en operaciones de compraventa y arrendamientos, lo que sencillamente no era cierto en la fecha de publicación del anuncio, ni posteriormente.

No ofrece ninguna duda de que no puede afirmarse, con posterioridad al RDL 4/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes de Liberalización en el Sector Inmobiliario y Transportes, que los APIS desarrollan con carácter exclusivo cualquier clase de actividad de intermediación inmobiliaria, pues así resulta claramente del artículo 3 del citado RDL 4/2000, que indica que:

Las actividades enumeradas en el artículo 1 del Decreto 3248/1969, de 4 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de los Colegios Oficiales de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria y de su Junta general, podrán ser ejercidas libremente sin necesidad de estar en posesión de título alguno ni de pertenencia a ningún Colegio oficial (el subrayado es nuestro).

Pero tampoco con anterioridad al RDL 472000 podía afirmarse que la función de intermediación inmobiliaria correspondiera con exclusividad a los APIS, como intenta hacer creer el anuncio del COAPI de Baleares ("...el único facultado para mediar..."). No existe ningún precepto en la normativa anterior al RDL 4/2000 que afirmara que la actividad de intermediación inmobiliaria era exclusiva de los APIS. Desde luego, no puede llegarse a tal conclusión a partir del reconocimiento normativo de esa función como "propia", pues obviamente la palabra propia no significa exclusiva.

CUARTO.- El artículo 7 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), dispone que el Tribunal de Defensa de la Competencia conocerá, en los términos que la presente Ley establece para las conductas prohibidas, de los actos de competencia desleal que por falsear de manera sensible la libre competencia, en todo o en parte del mercado nacional, afectan al interés público.

Por su parte el artículo 7 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (LCD), establece: "Se considera desleal la utilización o difusión de indicaciones incorrectas o falsas..." y el 9 del mismo Texto Legal "Se considera desleal la realización o difusión de manifestaciones sobre la actividad... de un tercero que sean aptas para menoscabar su crédito en el mercado, a no ser que sean exactas, verdaderas y pertinentes".

Para la Sala, la afirmación del COAPI de Baleares de que el API es el único profesional facultado para mediar en el mercado inmobiliario es incorrecta y falsa, y su difusión en la página web constituye, por tanto, un supuesto de competencia desleal.

Decíamos sobre esta cuestión en nuestra sentencia de 15 de octubre de 2003, antes citada que

La cuestión, por ello, consiste en determinar si la información transmitida según las circunstancias concurrentes respondía a los requisitos de veracidad, exactitud, corrección y pertinencia. Como hemos señalado se viene a afirmar - sin ninguna otra aclaración - que el título de experto inmobiliario no faculta para el desarrollo de la actividad de intermediación inmobiliaria, y que la misma viene atribuida a los API. Bien es cierto que las actoras sostenían, en una interpretación del Decreto 3248/1969, que el título de Agente de la Propiedad Inmobiliaria era el único que habilitaba para el ejercicio de la actividad señalada, pero tal creencia - que como hemos visto incide en la responsabilidad sancionadora pero no en el elemento objetivo de la infracción, que viene constituido por una conducta objetiva -, no convierte en veraz, exacta, pertinente y correcta la información:

A) En primer lugar porque la información omite que tales afirmaciones derivan de la propia interpretación de una norma por el sujeto que la transmite, plasmando así el relativismo y subjetivismo de tal afirmación.

B) En segundo lugar, porque ya en el momento de publicarse la información, la cuestión estaba siendo discutida por los demás afectados, hasta el punto, como señala la codemandada, de que se había interpuesto un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional sobre la cuestión. Nada se dice sobre tal controversia en el anuncio.

C) Se transmite de una manera clara, la idea de que los restantes mediadores inmobiliarios no están habilitados para actuar en él, con el correspondiente descrédito para ellos en el mercado, cuando lo que realmente ocurría era que existía una controversia sobre las titulaciones requeridas para la intermediación inmobiliaria, y si la misma venía atribuida en exclusiva a los agentes.

Ni aún con los conocimientos del momento se puede afirmar que la información transmitida fuese exacta, pertinente y correcta, pues la omisión de que la misma respondía a una concreta interpretación de las normas - que no tenía por qué prevalecer, como así ocurrió -, y que existía controversia en la interpretación, transmitían una idea que no se correspondía con la realidad.

QUINTO.- Sostiene la parte actora la inexistencia de los requisitos de la infracción de distorsión grave del mercado y afectación del interés público. Tales extremos también fueron examinados en nuestra citada sentencia de 15 de octubre de 2003, que señaló al respecto:

Por último debemos afirmar la corrección de la apreciación del TDC en cuanto afirma que la publicación de un anuncio de estas características en un diario de amplia difusión en el territorio donde el Colegio ejerce su competencia, tiene aptitud suficiente para provocar una derivación de clientes de otros intermediarios inmobiliarios a los agentes de la propiedad inmobiliaria, distorsionando así la competencia, al incidir en la decisión de los consumidores en la elección de los intermediarios inmobiliarios.

Lo mismo ocurre en este caso, en el que el medio de difusión seleccionado por el COAPI demandante no fue un anuncio en un diario local, sino la publicación en una página de internet, con una proyección mucho mayor que la del territorio del Colegio demandante, capaz de llegar a potenciales consumidores de productos inmobiliarios en las islas baleares de cualquier parte del mundo, que inducidos por la publicidad engañosa, evitarían la intervención de cualquier otro intermediario inmobiliario distinto de los APIS integrados en el Colegio demandante.

SEXTO.- Esta Sala ha conocido la STS de 9 de marzo de 2005 (recurso de casación 3895/2002), que anuló la Resolución del TDC de 19 de noviembre de 1998, y la sentencia que la confirmó, dictada por esta misma Sala y Sección, el 12 de noviembre de 2002, también en un asunto de sanciones por infracción del artículo 7 LDC a diversos COAPI.

Se basa la anulación decidida por el TS en la ausencia del elemento intencional o negligente en las conductas imputadas de ordenar la inserción de unos anuncios en medios de comunicación, "...en base al momento en que se produjeron los hechos...".

Pero la doctrina del Tribunal Supremo contenida en la sentencia que comentamos no es de aplicación en nuestro caso, porque la publicación de los anuncios enjuiciada por la STS citada tuvo ocasión en el período de los años 1990/94, mientras que la

publicación en la página Web del COAPI demandante del anuncio al que se refiere el presente recurso se mantuvo hasta abril de 1999.

La situación de la cuestión de la exclusividad o no la intervención profesional de los API en el mercado de la intermediación inmobiliaria no era la misma en 1992 que en 1999. Es de considerar que la incidencia en la cuestión de: a) la STC 111/1993, de 25 de marzo, cuya importancia es comentada por la propia STS de 9 de marzo de 2005, b) la STS -Sala 1ª- de 3 de octubre de 1995 (RJ 6982995), que consolida el criterio jurisprudencial de que los API no tienen la exclusividad en la intervención en operaciones inmobiliarias, y c) dos Resoluciones del TDC, ambas del año 1998, declarando que constituyen infracciones del artículo 7 LDC la publicación de anuncios en prensa de contenido similar a los anuncios en la página Web del Colegio demandante, que examinamos en el presente recurso.

De especial interés le parece a la Sala la Resolución del TDC de 28 de julio de 1998 (expediente 405/97), que fue confirmada por sentencia de esta Sala de 28 de marzo de 2001 (recurso 552/2002). En dicha Resolución de 28/7/98, el TDC explica en su FJ 13º que como los anuncios en cuestión se habían publicado en febrero y abril de 1994, fechas en las que era relativamente reciente la publicación de la STC 111/1993, y podía pensarse que existía una apariencia de legalidad, consideraba por tales razones adecuado ejercer prudentemente la potestad sancionadora, bastando en ese caso con la declaración de práctica prohibida, sin imponer, por tanto, sanción económica alguna, pero "...advirtiendo a estos operadores que en adelante se abstengan de publicar este tipo de anuncios so pena de incurrir en grave infracción de la LDC. ..."

Así pues, en el año 1999, después de esta advertencia expresa del TDC a los Colegios de Agentes de Propiedad Inmobiliaria, no puede sostenerse que cualquiera de ellos, desde la buena fe, efectuara anuncios en medios de comunicación sobre el carácter exclusivo de sus funciones profesionales, sino que al ordenar un anuncio de esta clase concurría el elemento volitivo de querer difundir una información, a sabiendas de que tal conducta ha sido calificada como una infracción grave de la LDC por el órgano administrativo encargado de la aplicación de dicha norma legal.

SÉPTIMO.- Sobre la multa y su falta de proporcionalidad alegada por el recurrente, debemos tener en cuenta que esta debe ponderarse en relación con las circunstancias que señala el artículo 10 LDC y sobre un máximo que, en este caso, es el de 901.518,16 euros (150 millones de pesetas).

No es cierto que en la Resolución sancionadora no se indiquen parámetros que permitan la graduación de la multa. En la Resolución impugnada indica la modalidad de la restricción de la competencia, que sabemos ha sido un caso de falseamiento de la libre competencia por actos desleales, muy diferente a otras infracciones de mayor gravedad objetiva que sanciona la LDC, como las prácticas anticompetitivas del artículo 1 y el abuso de posición dominante del artículo 6, pero -además- también la Resolución sancionadora señala otros elementos a tener en cuenta en la ponderación de la cuantía de la multa, como el volumen de negocio de la intermediación inmobiliaria en la provincia de Baleares (antecedente de hecho 6).

La Sala, por tanto, considera que la multa impuesta a la recurrente de

75.000 euros (12.478.950) pesetas, que se sitúa en el tercio inferior (y aún en el décimo inferior) de la capacidad sancionadora del TDC, es respetuosa con el principio de proporcionalidad, como -por otra parte- ya apreció la Sala en su citada sentencia de 15 de octubre de 2003 , en relación con la multa de idéntica cuantía impuesta a otro COAPI por la misma infracción." (fundamentos de derecho primero a séptimo)

El recurso de casación se formula mediante dos motivos, ambos acogidos al apartado 1.d) del artículo 88 de la Ley de la Jurisdicción. En el primero se aduce la infracción del artículo 7 de la Ley de Defensa de la Competencia (Ley 16/1989, de 17 de julio) y de los artículos 7 y 9 de la Ley de Competencia Desleal (Ley 3/1991, de 10 de enero), por entender la parte que la conducta sancionada no podía incardinarse en los citados preceptos. En el segundo motivo se alega la infracción del artículo 10 de la citada Ley de Defensa de la Competencia , en relación con el artículo 131.2 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre), por ausencia de dolo o negligencia en la conducta sancionada y por no constar las circunstancias que determinan la cuantía de la multa.

SEGUNDO .- Sobre los antecedentes del asunto.

Como se indica en la propia Sentencia recurrida, esta Sala se pronunció sobre hechos semejantes -la publicación de determinados anuncios por los Colegios Oficiales de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria- en la Sentencia de 9 de marzo de 2.005 (RC 3.895/2.002), en la que apreciamos que en el momento en que se incurrió en las conductas sancionadas no había suficiente claridad jurídica sobre el ejercicio de la actividad de intermediación como para considerar antijurídicas tales actuaciones de los citados Colegios Profesionales en defensa de la exclusividad de dicha actividad de intermediación por parte de los agentes de la propiedad inmobiliaria.

Posteriormente, en la Sentencia de 11 de octubre de 2.006 -RC 10.099/2.003 - hemos aplicado la misma doctrina a hechos acaecidos en un momento ulterior a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 111/1993, de 25 de marzo , entendiendo que incluso con posterioridad a dicha Sentencia constitucional y hasta el Real Decreto-ley 4/2000 no se establece una situación de claridad y seguridad jurídica sobre la cuestión, en contra de lo que aprecia la Sala de instancia en su Sentencia. Así, en la referida Sentencia de 11 de octubre de 2.006 hemos dicho:

" 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 *ratione 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 puniendi* 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 de 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." (fundamento de derecho tercero)

Las mismas consideraciones expresadas entonces debemos reiterarlas ahora, de forma que procede estimar el segundo motivo, por infracción del artículo 10 de la Ley de Defensa de la Competencia de 1.989, al apreciar falta de culpabilidad en la conducta sancionada. En consecuencia, hemos de estimar parcialmente el recurso contencioso administrativo entablado por el Colegio Oficial de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria de Baleares, que debemos resolver en aplicación de lo dispuesto en el artículo 95.2.d) de la Ley de la Jurisdicción, anulando la multa impuesta y dejando subsistentes los restantes pronunciamientos de la resolución sancionadora del Tribunal de Defensa de la Competencia.

TERCERO .- Conclusión y costas.

De acuerdo con lo expuesto en el anterior fundamento de derecho procede estimar el recurso de casación, anulando la Sentencia recurrida, y estimar parcialmente el recurso contencioso administrativo previo, anulando, en lo que al Colegio recurrente atañe, el punto tercero de la Resolución del Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia de 30 de mayo de 2.002.

No concurren las circunstancias previstas en la ley para imponer las costas ni en la instancia ni en la casación, según lo dispuesto en los artículos 95.3 y 139.1 y 2 de la Ley jurisdiccional.

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 el recurso de casación interpuesto por el Colegio Oficial de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria de Baleares contra la

sentencia de 15 de abril de 2.005 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Sexta) de la Audiencia Nacional en el recurso contencioso-administrativo 552/2.002 , sentencia que casamos y anulamos.

2. Que ESTIMAMOS EN PARTE el mencionado recurso contencioso-administrativo, interpuesto por el Colegio Oficial de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria de Baleares contra la resolución del Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia dictada en fecha 30 de mayo de 2.002 en el expediente 521/01, anulando el punto tercero de su parte dispositiva en lo que respecta al Colegio recurrente.

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, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .-Pedro Jose Yague Gil.-Manuel Campos Sanchez-Bordona.-Eduardo Espin Templado.-Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat.-Maria Isabel Perello Domenech.-Firmado.- PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia 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.-