

Id Cendoj: 28079130032006100307
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 3
Nº de Recurso: 10099 / 2003
Nº de Resolución:
Procedimiento: CONTENCIOSO
Ponente: OSCAR GONZALEZ GONZALEZ
Tipo de Resolución: Sentencia

Voces:

- x DEFENSA DE LA COMPETENCIA x
- x SANCIÓN ADMINISTRATIVA x
- x CULPABILIDAD (PROCEDIMIENTO SANCIONADOR) x
- x PROPORCIONALIDAD (PROCEDIMIENTO SANCIONADOR) x
- x DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA x

Resumen:

La declaración de admisión del presente recurso de casación en el trámite de admisibilidad previsto al efecto en la Ley Jurisdiccional impide que una modificación ulterior del criterio interpretativo relativo a la cuantía del recurso en relación con las sanciones impuestas por el Tribunal de Defensa de la Competencia, pueda provocar una aplicación con carácter retroactivo del citado criterio a las presentes actuaciones, dado el obligado respeto al principio de proporcionalidad con el que deben examinarse las causas de inadmisión. Se estima el recurso de casación dado que la Sala de instancia no ha respetado el principio de culpabilidad al considerar al Colegio Oficial de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria como autor del ilícito consistente en la publicación en un periódico de una información en virtud de la cual se declaran como únicos profesionales habilitados para operar en el ámbito de la función de intermediación inmobiliaria. La citada estimación se basa en la incertidumbre jurídica existente en el momento en que se producen los hechos respecto del ejercicio de la función de intermediación. Se declara, no obstante, la subsistencia de 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.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a once de Octubre de dos mil seis.

En el recurso de casación nº 10099/2003, interpuesto por el COLEGIO OFICIAL DE AGENTES DE LA PROPIEDAD INMOBILIARIA DE LA PROVINCIA DE LA CORUÑA", representado por el Procurador Don Argimiro Vázquez Guillén, 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 15 de octubre de 2003, recaída en el recurso nº 541/2002, sobre conductas prohibidas por la Ley de Defensa de la Competencia por infracción de los artículos 7 y 9 de la Ley de Competencia Desleal; habiendo comparecido como parte recurrida la ASOCIACIÓN PROFESIONAL DE EXPERTOS INMOBILIARIOS DE ESPAÑA, representada por la Procuradora Doña María Isabel Campillo García, y asistida de letrado, y 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 LA CORUÑA, contra la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de fecha 30 de mayo de 2002, que imponía a la

recurrente una multa de 75.000 euros, por incurrir en las conductas 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", intimando al citado Colegio para que, en lo sucesivo, se abstenga de conductas semejantes, imponiendo al Colegio infractor la obligación de publicar, en el plazo de dos meses, a su costa, de la parte dispositiva de la resolución dictada en el B.O.E. y en la sección inmobiliaria del diario de mayor circulación de su provincia, así como imponer al Colegio infractor una multa de 500 euros por cada día de retraso en el cumplimiento de cada una de las obligación de publicación.

SEGUNDO.- Notificada esta sentencia a las partes, por el COLEGIO OFICIAL DE AGENTES DE LA PROPIEDAD INMOBILIARIA DE LA PROVINCIA DE LA CORUÑA se presentó escrito preparando recurso de casación, el cual fue tenido por preparado en providencia de la Sala de instancia de fecha 27 de noviembre de 2003, al tiempo que ordenó remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

TERCERO.- Emplazadas las partes, la recurrente (COLEGIO OFICIAL DE AGENTES DE LA PROPIEDAD INMOBILIARIA DE LA PROVINCIA DE LA CORUÑA) compareció en tiempo y forma ante este Tribunal Supremo, y formuló en fecha 14 de enero de 2004 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, mediante aplicación indebida, del *artículo 7 de la Ley 16/1989, de 17 de Julio*, de Defensa de la Competencia, y de los *artículos 7 y 9 de la Ley 3/1991, de 10 de Enero*, de Competencia Desleal.

2) 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 Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Terminando por suplicar dicte sentencia, previa admisión a trámite de este recurso, que:

- a) Estimando el primer motivo de casación, revoque y deje sin efecto la sentencia impugnada;
- b) Subsidiariamente a la desestimación del primer motivo, estimando el segundo motivo de casación, revocando parcialmente la sentencia impugnada dejando sin efecto la multa de 75.000 euros impuesta al Colegio recurrente.

CUARTO.- Por providencia de la Sala, de fecha 28 de enero de 2004, y antes de admitir a trámite el presente recurso de casación, se da traslado a las partes sobre la posible inadmisión del recurso por estar exceptuada del recurso de casación la resolución judicial impugnada por haber recaído en un asunto cuya cuantía no excede de 25 millones de pesetas, al venir la misma determinada por el importe de la sanción impuesta al recurrente por el acto administrativo impugnado en la instancia (*artículo 41.1 y 93.2 a) de la LRJCA*), siendo evacuado el trámite conferido a las partes mediante escritos de fechas 29 de junio, 5 y 7 de julio de 2005 respectivamente, en los que manifestaron lo que a su derecho convino.

QUINTO.- Por Auto de la Sala, de fecha 20 de octubre de 2005, se acuerda admitir a trámite el presente recurso de casación, ordenándose por providencia de 16 de diciembre de 2005 entregar copia del escrito de formalización del recurso a las partes comparecidas como recurridas (ASOCIACIÓN PROFESIONAL DE EXPERTOS INMOBILIARIOS y ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO), a fin de que en el plazo de treinta días pudieran oponerse al mismo; lo que hicieron mediante escritos de fechas 3 y 7 de febrero de 2006 respectivamente, en los que expusieron los razonamientos que creyeron oportunos y solicitaron se dicte sentencia por la que se desestime el recurso, con expresa imposición de costas a la parte recurrente.

SEXTO.- Por providencia de fecha 20 de junio de 2006, se señaló para la votación y fallo de este recurso de casación el día 4 de octubre siguiente, en que tuvo lugar.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Óscar González González, Magistrado de Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El 11 de enero del 2000 el Colegio Oficial de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria de La Coruña y Provincia publicó en el periódico "El Ideal Gallego" el siguiente anuncio:

<<"El único colectivo de profesionales debidamente acreditados con Título Oficial expedido por el Ministerio de Fomento para ejercer la actividad profesional de mediación en transacciones inmobiliarias, son los Agentes de la Propiedad Inmobiliaria debidamente colegiados, conocidos como Api".

"La mayor parte de los operadores no regulados exhiben DIPLOMAS SIN VALIDEZ ACADÉMICA OFICIAL... que no habilitan para ejercer profesiones reguladas".

"Ante una profesión legalmente reconocida que requiere estar en posesión de una titulación específica..., los particulares ignorando la regulación legal existente, carecen de legitimación para crear otras profesiones equiparables..., invadiendo así la competencia que en esta materia tiene reservada con carácter de exclusiva el Estado".

Asimismo se informaba a los operadores que median en las transacciones inmobiliarias de que el citado Colegio:

"actuará enérgica y judicialmente... contra aquellos que ejercieren las funciones propias de la mediación y no reúnan la condición de AGENTE DE LA PROPIEDAD INMOBILIARIA colegiado en ejercicio". Citando a continuación el *artículo 403 del nuevo Código Penal*.

Finalmente se informa a las autoridades e instituciones públicas y al público en general:

"... darle protección exigiendo la acreditación de los requisitos mínimos necesarios para el ejercicio profesional. No es requisito suficiente para la actividad mediadora causar alta en un determinado epígrafe del Impuesto de Actividades Económica (IAE)".

"Poner a disposición los servicios técnicos y de orientación jurídica del colegio en aquellos incidentes que pueda ocasionar la intervención como mediador inmobiliario de un operador no regulado">>.

Incoado expediente por el Servicio de Defensa de la Competencia, el Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) dictó resolución por la que declaró que el Colegio Oficial de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria de La Coruña había incurrido en la conducta prohibida por el *art. 7 de la Ley de Defensa de la Competencia*, consistente en haber vulnerado los *art. 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. Como consecuencia de ello intima al Colegio para que en lo sucesivo se abstenga de conductas semejantes, le impone una multa de 75.000 euros, y la obligación de publicar, en el plazo de dos meses, a su costa, la parte dispositiva de la resolución en el B.O.E. y en la sección inmobiliaria del diario de mayor circulación de la provincia, con multa coercitiva de 500 euros por cada día de retraso en el cumplimiento de cada una de las obligaciones de publicación. La conducta infractora consistió en la declaraciones contenidas en la página web y en "El Ideal Gallego", sobre la exclusividad o reserva de funciones para quienes tengan el Título API, que por su difusión en sus respectivas provincias menoscababan la credibilidad del resto de profesionales no API. Se añadía que tales campañas en el sector inmobiliario se traducen en una alteración significativa del funcionamiento competitivo del mercado de prestación de servicios de intermediación inmobiliaria y afectan al interés público al tratar de impedir por medios desleales la prestación de servicios de otros profesionales, poniendo en peligro las condiciones de la competencia de otros profesionales en dicho mercado. Considera el TDC que "para alguien que desee comprar o vender algún inmueble, le resulta indiferente si el intermediario tiene o no titulación oficial, por lo que la sustituibilidad es alta, pero si se le dice en un anuncio de prensa o de Internet, que hay que tener cuidado de a quién se acude, porque los serios son unos determinados y los demás son intrusos, la alteración del funcionamiento competitivo del mercado llegará a ser significativa".

Contra esta resolución se interpuso recurso contencioso-administrativo ante la Sala correspondiente de la Audiencia Nacional, que lo desestimó con base en el criterio seguido en anteriores sentencias en las que se razonaba:

<<"CUARTO: Con lo dicho hasta ahora, entramos en el examen de la segunda de las cuestiones enunciadas: naturaleza y alcance de las funciones públicas de los Colegios Profesionales: Es obvia la incidencia de tal extremo en el conflicto de autos: la afirmación de que el comportamiento de la recurrente lo

fue en el ejercicio de funciones propias de su ámbito administrativo, nos llevaría a la ineludible conclusión, dado el principio de habilitación legal, de que opera el *artículo 2 de la Ley 16/1989*, y por ello que la conducta no podría ser sancionada ni prohibida por el Tribunal de Defensa de la Competencia. Pero si la actuación discutida se encuentra fuera del contenido de las funciones públicas, tal conducta carecería de la cobertura del precepto citado. Pues bien, el *artículo 1.2 de la Ley de los Colegios Profesionales*, determina como funciones propias de la Administración Corporativa profesional, la ordenación del ejercicio de las profesiones, la representación de las mismas y la defensa de los intereses profesionales. Tal precepto contiene la delimitación conceptual de las funciones públicas de los Colegios, y por ello a su luz han de interpretarse los contenidos de los preceptos que de una forma concreta reconocen facultades a los mismos. De entre tales funciones concretas hemos de detenernos en una, la recogida en la *letra i) del artículo 5 de la Ley*, puesto que en ella pretende el Consejo recurrente amparar su actuación, consistente en ordenar la actividad de los colegiados, velando por la ética y dignidad profesional.

En este momento debemos recordar los hechos en virtud de los cuales se impuso la sanción recurrida: la restricción o regulación del arrendamiento de servicios de los API con terceros operadores como acto restrictivo de su libertad de empresa. Tal restricción, no amparada por precepto legal alguno, pues no puede decirse que ello responda a la salvaguarda de la ética y dignidad, es contraria a la libre competencia, en los términos descritos en el *artículo 1.1 de la Ley 16/1989*.

QUINTO: Respecto de los Colegios Recurrentes, el *artículo 7 de la Ley 16/1989* dispone: "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* 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". . . .

SEXTO: Las normas de aplicación defienden la conducta partiendo de los conceptos de exactitud, pertinencia, falsedad o incorrección de la información transmitida.

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.

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.

SÉPTIMO: Por último hemos de señalar que con independencia de que las conductas puedan ser subsumidas en Leyes distintas, lo cierto es que inciden en el ámbito que la Ley de Defensa de la Competencia define como propio de ésta, siendo por ello competente el TEDC para resolver sobre la cuestión."

[...] Así señala el T.D.C.:

" La cuantía de las sanciones se fijará, según dicho *Art. 10* , atendiendo a la importancia de la infracción, para lo cual se tendrá en cuenta: a) La modalidad y alcance de la restricción de la competencia. b) La dimensión del mercado afectado. c) La cuota de mercado de la empresa correspondiente. d) El efecto de la restricción de la competencia sobre los competidores, efectivos o potenciales, sobre otras partes en el proceso económico y sobre los consumidores y usuarios. e) La duración de la restricción de la competencia. f) La reiteración en la realización de las conductas prohibidas.

Por lo que se refiere a la determinación de la cuantía de la sanción, el Tribunal ha atendido a la importancia de la infracción y, teniendo en cuenta los criterios que establece el *Art. 10 LDC*, *considera que procede imponer a cada COAPI infractor una sanción de 75.000 euros.*"

El Colegio Oficial de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria de La Coruña ha interpuesto el presente recurso de casación con base en los motivos que han quedado transcritos en los antecedentes. Declarado admisible el recurso por auto de 20 de octubre de 2005 procede rechazar la pretensión de inadmisión que el Abogado del Estado ejercita en su escrito de oposición, con arreglo a los fundamentos expresados en la sentencia de esta Sala, de fecha 9 de marzo de 2005 , en los que se razonaba:

<<"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.- Después de aducir una serie de defectos de la sentencia de instancia que no pueden ser tenidos en cuenta, puesto que no se articulan en un motivo independiente apoyado en el *apartado c) del artículo 88.1. de la Ley Jurisdiccional*, la parte recurrente, admitiendo la realidad del anuncio en el periódico de La Coruña, 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-, SAP de La Coruña de 26 de mayo de 1999), 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, la Instrucción de la Fiscalía General del Estado 2/96, y la doctrina científica que consideraban como objeto protegido en el intrusismo a los API. 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. Concluye el motivo indicando 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*. El único factor conocido que es el de la dimensión del mercado de la intermediación inmobiliaria en La Coruña se cifra en 4.501.842 ptas. Por lo demás es arbitrario a su juicio pues ese mercado tiene mucho más alcance en otros Colegios y sin embargo se sanciona por igual a todos ellos, pese a que se anunció un solo día frente a la inserción sucesiva en los otros colegios. 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 *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 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 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.

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 10099/2003, interpuesto por el COLEGIO OFICIAL DE AGENTES DE LA PROPIEDAD INMOBILIARIA DE LA CORUÑA, contra la sentencia dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en fecha 15 de octubre de 2003, debemos revocar dicha sentencia, y declaramos ESTIMAR PARCIALMENTE el recurso contencioso administrativo nº 541/2002, promovido por el COLEGIO OFICIAL DE AGENTES DE LA PROPIEDAD INMOBILIARIA DE LA CORUÑA contra la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de fecha 30 de mayo 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 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.