

Id. Cendoj: 28079230062005100431
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 6
Nº de Resolución:
Fecha de Resolución: 15/04/2005
Nº de Recurso: 552/2002
Jurisdicción: Contencioso
Ponente: JOSE MARIA DEL RIEGO VALLEDOR
Procedimiento: CONTENCIOSO
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

Madrid, a quince de abril de dos mil cinco.

Visto el recurso contencioso administrativo que ante esta Sección Sexta de la Sala de lo

Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, y bajo el número 552/2002, se tramita, a

instancia del Colegio Oficial de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria de Baleares, representado por

el Procurador D. Santos de Gandarillas Carmona, contra la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia, de fecha 30 de mayo de 2002 (expediente 521/2001), sobre conductas prohibidas

por el artículo 7 de la Ley de Defensa de la Competencia, en el que la Administración demandada

ha estado representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado, y ha intervenido, como parte

codemandada, la Asociación Profesional de Expertos Inmobiliarios, representada por la Procuradora

Dña. María Isabel Campillo García, siendo la cuantía del mismo 75.000 euros.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se interpone recurso contencioso administrativo por la representación procesal indicada, contra la resolución de referencia, mediante escrito de fecha 30 de julio de 2002, y la Sala, por providencia de fecha 10 de septiembre de 2002, acordó tener por interpuesto el recurso y ordenó la reclamación del expediente administrativo.

El 15 de noviembre de 2002 se personó en autos la representación procesal de la Asociación Profesional de Expertos Inmobiliarios, y la Sala, por providencia de 10 de enero de 2003 tuvo a dicha Asociación por personada en calidad de parte codemandada.

SEGUNDO.- Reclamado y recibido el expediente administrativo, se confirió traslado del mismo a la parte recurrente, para que en el plazo legal formulase escrito de demanda, haciéndolo en tiempo y forma, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, y suplicando lo que en su escrito de demanda consta literalmente.

Dentro del plazo legal, la Administración demandada formuló, a su vez, escrito de contestación a la demanda, oponiéndose a la pretensión de la actora y alegando lo que, a tal fin, estimó oportuno.

TERCERO.- Se recibió el recurso a prueba, con el resultado que obra en las actuaciones, y evacuado el trámite de conclusiones, quedaron los autos conclusos y pendientes de votación y fallo, para lo que se acordó señalar el día 12 de abril de 2005.

CUARTO.- En la tramitación de la presente causa se han observado las prescripciones legales, previstas en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y en las demás disposiciones concordantes y supletorias de la misma.

Vistos, siendo Ponente el Ilmo. Sr. D. José M^a del Riego Valledor.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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 4/2000 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.

OCTAVO.- No se aprecian méritos que determinen un especial pronunciamiento sobre costas, conforme a los criterios contenidos en el artículo 139.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

FALLAMOS

En atención a lo expuesto, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, ha decidido:

DESESTIMAR el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de Colegio Oficial de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria de Baleares, contra la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia, de fecha 30 de mayo de 2002, que declaramos ajustada a derecho en los extremos examinados.

Sin expresa imposición de costas.

Notifíquese esta sentencia a las partes con la indicación a que se refiere el artículo 248.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Así, por esta nuestra sentencia, testimonio de la cual será remitido en su momento a la oficina de origen, a los efectos legales, junto con el expediente administrativo, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.