

Id Cendoj: 28079130032008100371
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 3
Nº de Recurso: 2041 / 2006
Nº de Resolución:
Procedimiento: RECURSO CASACIÓN
Ponente: OSCAR GONZALEZ GONZALEZ
Tipo de Resolución: Sentencia

Voces:

- x CONDUCTAS PROHIBIDAS (COMPETENCIA) x
- x SANCIONES EN MATERIA DE LIBRE COMPETENCIA x

Resumen:

Sanción al Colegio de Agentes de la Propiedad inmobiliaria por la publicación de anuncios e informaciones que incluyen manifestaciones falsas y susceptibles de inducir a error al público, así como denigrantes para los demás operadores del mercado de la intermediación inmobiliaria que no son Agentes de la Propiedad Inmobiliaria. La incertidumbre jurídica sobre la necesidad de ostentar título para ejercer las funciones de intermediación impide sancionar esta conducta.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinticinco de noviembre de dos mil ocho.

En el recurso de casación nº 2041/2006, interpuesto por el COLEGIO OFICIAL DE AGENTES DE LA PROPIEDAD INMOBILIARIA DE MURCIA, 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 13 de febrero de 2006, recaída en el recurso nº 60/2003, sobre sanción por infracción de la Ley de Defensa de la Competencia; habiendo comparecido como parte recurrida la ASOCIACIÓN DE GESTORES INMOBILIARIOS Y DE FINCAS (AGIF), representada por la Procuradora Doña María Lourdes Fernández-Luna Tamayo, y asistida de letrado, y la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, representada y dirigida por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Tribunal de Defensa de la Competencia en su acuerdo de 12 de noviembre de 2002 resolvió:

1º Declarar que los Colegios Oficiales de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria de Barcelona, Madrid, Murcia, Tarragona, Aragón y Soria, Córdoba y Orense han incurrido en sendas infracciones por conductas anticompetitivas prohibidas por el *artículo 7 de la Ley de Defensa de la Competencia*, consistentes en la publicación de anuncios e informaciones que incluyen manifestaciones falsas y susceptibles de inducir a error al público, así como denigrantes para los demás operadores del mercado de la intermediación inmobiliaria que no son Agentes de la Propiedad Inmobiliaria.

2º Intimar a cada uno de los Colegios responsables para que se abstengan en lo sucesivo de realizar prácticas semejantes.

3º Imponer a cada uno de los Colegios Oficiales de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria de Barcelona y Madrid la multa de 75.000 euros.

4º Imponer a cada uno de los Colegios Oficiales de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria de Murcia, Tarragona, Aragón y Soria, Córdoba y Orense la multa de 50.000 euros.

5º Declarar que el Colegio de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria de Badajoz no ha cometido infracción del *artículo 7 de la Ley de Defensa de la Competencia* .

6º Imponer a los Colegios infractores la obligación de publicar en el plazo de dos meses y a su costa, la parte dispositiva de esta resolución en el Boletín Oficial del Estado, y a cada uno de ellos en la sección inmobiliaria de los mismos diarios y revistas en que los que se publicaron las conductas objeto de este expediente.

7º Imponer a cada uno de los Colegios infractores una multa coercitiva de 300 euros por cada día de retraso en el cumplimiento de cada una de las obligaciones de publicación.

En relación con el Colegio recurrente se declaró por el TDC como hecho probado que publicó "una rectificación en el Diario La Verdad del día 15 de febrero de 1999 en relación con un anuncio publicado por un colectivo de intermediarios inmobiliarios en el mismo diario con fecha 11 de febrero de 1999, en el que declaraba entre otras cosas que <<Ninguna empresa ni particular que no tenga Título Oficial de Agente de la Propiedad Inmobiliaria puede desempeñar funciones de mediación o corretaje en compraventas, arrendamientos o préstamos con garantía hipotecaria. El ejercicio de dichas actividades sin el título oficial exigido constituye un delito de intrusismo profesional previsto y penado en el *artículo 403 del Código Penal* >>".

SEGUNDO.- Contra el anterior acuerdo se interpuso recurso contencioso-administrativo, y 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 REGIÓN DE MURCIA.

TERCERO.- 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 15 de marzo de 2006 , al tiempo que ordenó remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

CUARTO.- Emplazadas las partes, el recurrente (COLEGIO OFICIAL DE AGENTES DE LA PROPIEDAD INMOBILIARIA DE LA REGIÓN DE MURCIA) compareció en tiempo y forma ante este Tribunal Supremo, y formuló en fecha 28 de abril 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 *artículo 25.1 de la CE* 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. 25.1 de la CE* y del *art. 129.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre* , consistente en la 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* .

3) Al amparo de lo preceptuado en el *nº 1, letra d) del art. 88 de la Ley Jurisdiccional* , por infracción de la jurisprudencia que se cita aplicable al caso.

Terminando por suplicar dicte sentencia que estimando conjunta o alternativamente los motivos expuestos, case y deje sin efecto la sentencia recurrida y, por consiguiente, anule y deje sin efecto la Resolución de 12 de noviembre de 2002 del Tribunal de Defensa de la Competencia (expediente 531/2002).

QUINTO.- Por providencia de la Sala, de fecha 9 de abril de 2007 , y antes de admitir a trámite el presente recurso de casación, se da traslado a las partes sobre la posible causa de inadmisión por estar exceptuada el recurso de casación la resolución judicial impugnada por haber recaído en un asunto cuya cuantía no excede de 150.000 euros, al venir aquélla determinada por el importe de la multa impuesta a la parte recurrente -50.000 euros- (*art. 41.1; 86.2.b); 87.1.a) y 93.2.a)* de la LRJCA. Siendo evacuado el trámite conferido por el Colegio Oficial de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria de la Región de Murcia y el Abogado del Estado mediante escritos de fecha 24 de abril de 2007, en los que manifestaron lo que a su derecho convino.

Por Auto de la Sala, de fecha 7 de noviembre de 2007 , se acordó admitir a trámite el presente recurso de casación, ordenándose por providencia de 8 de enero de 2008 entregar copia del escrito de formalización del recurso a las partes comparecidas como recurridas (ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO y ASOCIACIÓN DE GESTORES INMOBILIARIOS Y DE FINCAS -AGIF-), a fin de que en el plazo de treinta días pudieran oponerse al mismo, lo que hicieron mediante escritos de fechas 25 de enero y 25 de febrero de 2008 respectivamente, en los que expusieron los razonamientos que creyeron oportunos y solicitaron 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, confirmando la sentencia recurrida, con expresa imposición de costas a la parte recurrente.

SEXTO.- Por providencia de fecha 25 de junio de 2008, se señaló para la votación y fallo de este recurso de casación el día 18 de noviembre siguiente, en que tuvo lugar.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto de esta casación la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en virtud de la cual se desestimó el recurso interpuesto por el COLEGIO DE AGENTES DE LA PROPIEDAD INMOBILIARIA DE MURCIA contra el acuerdo del Tribunal de Defensa de la Competencia que le impuso una multa de 50.000 euros por infracción del *artículo 7 LDC* consistentes en la publicación de anuncios e informaciones que incluyen manifestaciones falsas y susceptibles de inducir a error al público, así como denigrantes para lo demás operadores del mercado de la intermediación inmobiliaria que no son Agentes de la Propiedad Inmobiliaria.

El Tribunal de instancia basó su fallo en que:

<<"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 en 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".>>

Contra esta sentencia se ha interpuesto la presente 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 no solo en el criterio recogido en el auto de 7 de noviembre de 2007 que se ha dictada en este mismo recurso, sino también en las sentencias de esta Sala de 9 de marzo de 2005 y 11 de octubre de 2006 , en las que 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 "Diario La Verdad", rechaza la calificación jurídica que tanto el TDC y el Tribunal de instancia hicieron del mismo. Afirma que el anuncio era veraz en todos sus extremos porque recogía el contenido de una sentencia judicial que fue ratificada con carácter firme por la Audiencia Provincial de Murcia. Añade que su conducta era plenamente ajustada a Derecho conforme se preveía el ordenamiento jurídico al tiempo de publicarse el anuncio, al estar en esa fecha plenamente vigentes el *Decreto 3248/69, de 4 de diciembre* , *Real Decreto 1464/1988, de 2 de diciembre* y *Real Decreto 1665/1991, de 25 de octubre* , que establecían con carácter imperativo la posesión del título de API y la condición de colegiado para ejercer la actividad de intermediación inmobiliaria. Cita en su apoyo diversas sentencias de la Sala 1ª del Tribunal Supremo y de esta Sala Tercera, así como diversas sentencias de las Audiencias Provinciales que ratifican condenas por delitos de intrusismo en la profesión de API. Alude por último a la Exposición de Motivos del *Real Decreto Ley 4/2000, de 23 de junio, que justifica su artículo 3* al no existir una jurisprudencia que expresamente declarara la no exclusividad de los API en la intermediación inmobiliaria.

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 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.

Es este el criterio recogido en las sentencias de esta misma Sala de 1 y 8 de julio de 2008 , esta última sobre el mismo acuerdo que es objeto del recurso contencioso-administrativo que ahora se ve en casación.

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 2041/2006, interpuesto por el COLEGIO OFICIAL DE AGENTES DE LA PROPIEDAD INMOBILIARIA DE MURCIA, contra la sentencia dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en fecha 13 de febrero de 2006 , debemos revocar dicha sentencia, y declaramos ESTIMAR PARCIALMENTE el recurso contencioso administrativo nº 60/2003 , promovido por el COLEGIO OFICIAL DE AGENTES DE LA PROPIEDAD INMOBILIARIA DE MURCIA contra la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de fecha 12 de noviembre 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.