

Id Cendoj: 28079130032008100152
 Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso
 Sede: Madrid
 Sección: 3
 Nº de Recurso: 4387/2005
 Nº de Resolución:
 Procedimiento: RECURSO CASACIÓN
 Ponente: JOSE MANUEL BANDRES SANCHEZ-CRUZAT
 Tipo de Resolución: Sentencia

Voces:

- x **DEFENSA DE LA COMPETENCIA** x
- x SANCIONES EN MATERIA DE LIBRE COMPETENCIA x
- x CULPABILIDAD (PROCEDIMIENTO SANCIONADOR) x
- x INTERÉS PÚBLICO x

Resumen:

Se anula la sanción impuesta, dada la falta de concurrencia del elemento de culpabilidad necesario para poder sancionar. El Tribunal Supremo extrae la falta de la necesaria culpabilidad de la incertidumbre jurídica respecto del ejercicio de la función de intermediación inmobiliaria, que duró hasta la publicación del Real Decreto-Ley 4/2000, 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.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintidós de Abril de dos mil ocho.

VISTO el recurso de casación número 4387/2005, interpuesto por el Procurador Don Vicente Ruigómez Muriedas, en nombre y representación del COLEGIO DE AGENTES DE LA PROPIEDAD INMOBILIARIA DE VIZCAYA, con la asistencia de Letrado, contra la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 23 de mayo de 2005, dictada en el recurso contencioso-administrativo 553/2002, seguido contra la resolución del Tribunal de **Defensa de la Competencia** de 30 de mayo de 2002, sobre sanciones por prácticas prohibidas. Han sido partes recurridas la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, representada y defendida por el Abogado del Estado y la ASOCIACIÓN PROFESIONAL DE EXPERTOS INMOBILIARIOS DE ESPAÑA, representada y defendida por la Procuradora Doña Isabel Campillo García.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el proceso contencioso-administrativo número 553/2002, la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso- Administrativo de la Audiencia Nacional dictó sentencia de fecha 23 de mayo de 2005 , cuyo fallo dice literalmente:

«Que desestimando el recurso contencioso administrativo interpuesto por Colegio de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria de Vizcaya, y en sus nombres y representaciones el Procurador Sr. Dº Vicente Ruigómez Muriedas, frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Resoluciones del Tribunal de **Defensa de la Competencia** de fecha 30 de mayo de 2002, debemos declarar y declaramos ser ajustada a Derecho la Resolución impugnada, y en consecuencia debemos confirmarla y la confirmamos, sin imposición de costas.».

SEGUNDO.- Contra la referida sentencia preparó la representación procesal del COLEGIO DE

AGENTES DE LA PROPIEDAD INMOBILIARIA DE VIZCAYA recurso de casación, que la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional tuvo por preparado mediante providencia de fecha 27 de junio de 2005 que, al tiempo, ordenó remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

TERCERO.- Emplazadas las partes, la representación procesal del Colegio recurrente compareció en tiempo y forma ante este Tribunal Supremo y, con fecha 15 de septiembre de 2005, presentó escrito de interposición del recurso de casación en el que, tras exponer los motivos de impugnación que consideró oportunos, concluyó con el siguiente SUPPLICO:

«que teniendo por presentado este escrito, tenga por interpuesto recurso de casación contra la Sentencia de 23 de mayo de 2005 dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, y en mérito del mismo, lo admita a trámite, prosiguiendo su tramitación hasta dictar sentencia por la que, estimando los motivos primero y segundo, case y deje sin efecto la sentencia de 23 de mayo de 2005 y, consecuentemente, la Resolución de 30 de mayo de 2002 del Tribunal de **Defensa de la Competencia**, y, subsidiariamente, para el supuesto de que no se estime ninguno de los dos primeros motivos, se estime el tercero motivo, dejando parcialmente sin efecto la sentencia de 23 de mayo de 2005 y la Resolución de 30 de mayo de 2002 en el sentido de anular la multa de 75.000 euros impuesta a mi representado; todo ello con imposición de costas conforme a Derechos.».

CUARTO.- La Sala, por providencia de fecha 4 de abril de 2006, admitió el recurso de casación.

QUINTO.- Por providencia de 12 de mayo de 2006 se acordó entregar copia del escrito de formalización del recurso a las partes comparecidas como recurridas (la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO y la ASOCIACIÓN PROFESIONAL DE EXPERTOS INMOBILIARIOS DE ESPAÑA) a fin de que, en el plazo de treinta días, pudieran oponerse al recurso, lo que efectuaron con el siguiente resultado:

1º.- La Procuradora Doña María Isabel Campillo García, en representación de la ASOCIACIÓN PROFESIONAL DE EXPERTOS INMOBILIARIOS DE ESPAÑA, presentó escrito el día 27 de junio de 2006, en el que expuso los razonamientos que creyó oportunos y concluyó con el siguiente SUPPLICO:

«que, teniendo por presentado este escrito, junto con su copia se digne admitirlo, teniendo por impugnado, en tiempo y forma el recurso de casación interpuesto por el Colegio de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria de Vizcaya, dictando en su día Sentencia que desestime el mismo en su integridad, con confirmación de la resolución recurrida e imposición de costas al hoy recurrente.».

2º.- El Abogado del Estado, en escrito presentado el día 29 de junio de 2006, expuso, asimismo, los razonamientos que creyó oportunos y concluyó con el siguiente SUPPLICO:

«Que, teniendo por presentado este escrito con sus copias, se sirva admitirlo; tenerle, en la representación que ostenta, por opuesto al presente recurso ordinario de casación; seguir el procedimiento por todos sus trámites; y, en su día, dictar sentencia por la que, con desestimación del recurso, se confirme la que en el mismo se impugna y se impongan las costas causadas a la parte recurrente de conformidad con lo previsto en la LJCA.».

SEXTO.- Por providencia de fecha 4 de diciembre de 2007, se designó Magistrado Ponente al Excmo. Sr. D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat, y se señaló este recurso para votación y fallo el día 15 de abril de 2008, fecha en que tuvo lugar el acto.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat, Magistrado de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Sobre el objeto del recurso de casación.

El presente recurso de casación se interpone contra la sentencia dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 23 de mayo de 2005, que desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal del COLEGIO DE AGENTES DE LA PROPIEDAD INMOBILIARIA DE VIZCAYA contra la resolución del Tribunal de **Defensa de la Competencia** de 30 de mayo de 2002, que se declara ajustada a Derecho.

Para una adecuada comprensión del debate casacional procede transcribir el contenido dispositivo de

la resolución del Tribunal de **Defensa de la Competencia** recurrida en el proceso de instancia:

«Primero.- Declarar la comisión por los Colegios Oficiales de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria de Baleares, Barcelona, La Coruña, Guipúzcoa, Navarra y Vizcaya de conductas de las prohibidas por el *art. 7 de la Ley de DefensadelaCompetencia* 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, de la parte

dispositiva de esta Resolución en el BOE y en la sección inmobiliaria del diario de mayor circulación de la provincia respectiva.

Quinto.- Imponer a cada uno de los Colegios infractores una multa coercitiva de 500 euros por cada día de retraso en el cumplimiento de cada una de las obligaciones de publicación.».

SEGUNDO.- Sobre la fundamentación de la sentencia recurrida.

La Sala de instancia fundamenta la declaración de conformidad a Derecho de la resolución del Tribunal de **Defensa de la Competencia** de 30 de mayo de 2002, con base en las siguientes consideraciones jurídicas:

«La primera cuestión que plantea el Colegio Oficial de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria de Vizcaya (COAPI Vizcaya), es que las afirmaciones efectuadas en el diario, a las que antes nos hemos referido, eran adecuadas a la legalidad vigente en la fecha de su publicación.

Lo publicado por el COAPI de Vizcaya fue, en resumen, que:

"El único título oficial existente en la actividad inmobiliaria es el de los Agentes de la Propiedad Inmobiliaria....", "¿Qué ofrecen los Agentes de la Propiedad Inmobiliaria a quien realiza cualquier transacción?: La garantía del profesional titulado."

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.

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 Vizcaya. 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.

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".

Entendemos que la afirmación del COAPI de Vizcaya de que el API es el único título oficial existente en la actividad inmobiliaria y que ello supone la garantía del profesional titulado, es incorrecta y falsa, y su difusión 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.

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 fue un anuncio en un diario local.

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 del COAPI demandante del anuncio al que se refiere el presente recurso se produce en noviembre de 1999.

La situación de la cuestión de la exclusividad o no de 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 6982/1995), 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 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.

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 Vizcaya (antecedente 8).

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».

TERCERO.- Sobre el planteamiento del recurso de casación.

El recurso de casación interpuesto por la representación procesal del COLEGIO DE AGENTES DE LA PROPIEDAD INMOBILIARIA DE VIZCAYA se articula en la exposición de tres motivos de casación, que se fundan con el amparo procesal del *artículo 88.1 d) de la Ley* reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa.

En la exposición del primer motivo de casación se denuncia que la sentencia recurrida infringe, por inaplicación indebida, los *artículos 7 y 10 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de DefensadelaCompetencia*, así como los *artículos 7 y 9 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal*, en relación con el *artículo 5.1) de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, de Colegios Profesionales* y los *artículos 1 y 5 del Decreto 3248/1969*, en la medida en que la declaración de conformidad a Derecho de la sanción impuesta al Colegio recurrente vulnera el principio de legalidad, que garantiza el *artículo 25* de la Constitución y el *artículo 129.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas* y del Procedimiento Administrativo Común, puesto que los anuncios publicados en un diario de Vizcaya los días 14 y 21 de noviembre de 1999, que determinan la incoación del procedimiento sancionador, no contienen ninguna información engañosa o denigrante hacia ningún colectivo profesional, ya que el Colegio actuó de buena fe, ejerciendo una función reconocida en la Ley de Colegios Profesionales de velar contra el intrusismo profesional, congruente con la tutela de intereses públicos vinculados a la efectividad del principio de seguridad jurídica en las adquisiciones inmobiliarias en beneficio de los consumidores.

En el desarrollo argumental de este motivo de casación, se aduce también, que la resolución recurrida incurre en error jurídico al no aplicar la doctrina de esta Sala expuesta en la sentencia de 3 de marzo de 2005, que concluyó con el pronunciamiento de que la sanción impuesta, en un supuesto idéntico, era nula por vulnerar el principio de culpabilidad, debido a la incertidumbre jurídica existente en el momento en que se publicaron anuncios similares que advertían sobre la circunstancia de que el API es el único profesional habilitado para mediar en operaciones de compraventa y arrendamientos.

El segundo motivo de casación imputa a la sentencia recurrida la violación del derecho a la presunción de inocencia previsto en el *artículo 24.2* de la Constitución y en el *artículo 137 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas* y del Procedimiento Administrativo Común, al haber sido condenado el Colegio recurrente sin pruebas.

El tercer motivo de casación censura que la sentencia recurrida infringe, por aplicación indebida, el *artículo 10.2 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de DefensadelaCompetencia*, en relación con el *artículo 131.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas* y del Procedimiento Administrativo Común, que consagran el principio de proporcionalidad que han de guardar las sanciones administrativas.

CUARTO.- Sobre la causa de inadmisibilidad del recurso de casación.

La pretensión de inadmisibilidad del recurso de casación, que suscita el Abogado del Estado en su escrito de oposición, fundada en la alegación de que la de la cuantía «resulta muy inferior al mínimo que permite el acceso a la vía casacional», no debe ser acogida, con el objeto de preservar el derecho a la tutela judicial efectiva, que integra el reconocimiento del derecho de acceso a los recursos legalmente establecidos, acogiendo los fundamentos jurídicos expresados en la sentencia de esta Sala de 11 de

octubre de 2006 (RC 10099/2003), que aceptó los razonamientos de la sentencia de 9 de marzo de 2005 :

«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 Sáez 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».

QUINTO.- Sobre la prosperabilidad del recurso de casación.

El primer motivo de casación, fundado en la infracción del principio de culpabilidad, que garantiza el *artículo 25* de la Constitución, debe ser estimado, con base en el principio de unidad de doctrina, acogiendo la fundamentación jurídica expuesta en las sentencias de esta Sala de 11 de abril de 2006 (RC 10099/2003) y de 3 de abril de 2008 (RC 3692/2005), en las que dijimos:

«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 DefensadelaCompetencia* , 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».

En consecuencia con lo razonado, procede declarar haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal del COLEGIO DE AGENTES DE LA PROPIEDAD INMOBILIARIA DE VIZCAYA contra la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 23 de mayo de 2005, dictada en el recurso contencioso-administrativo 553/2002, que casamos y anulamos.

Y, de conformidad con lo dispuesto en el *artículo 95.2 d) de la Ley* reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, atendiendo a los fundamentos jurídicos expuestos, procede estimar parcialmente el recurso contencioso-administrativo y anular la sanción impuesta en la resolución del Tribunal de **Defensa de la Competencia** de 30 de mayo de 2002, por no ser conforme a Derecho.

SEXTO.- Sobre las costas procesales.

No procede efectuar expresa imposición de las costas procesales ocasionadas en primera instancia ni de las originadas en el presente recurso de casación.

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

Primero.- Declarar haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal del COLEGIO DE AGENTES DE LA PROPIEDAD INMOBILIARIA DE VIZCAYA contra la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 23 de mayo de 2005 , dictada en el recurso contencioso-administrativo 553/2002, que casamos y anulamos.

Segundo.- Estimar parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal del COLEGIO DE AGENTES DE LA PROPIEDAD INMOBILIARIA DE VIZCAYA contra la resolución del Tribunal de **Defensa de la Competencia** de 30 de mayo de 2002, anulando la sanción impuesta por no ser conforme a Derecho.

Tercero.- No efectuar expresa imposición de las costas procesales ocasionadas en primera instancia ni de las originadas en el presente recurso 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 .- Fernando Ledesma Bartret.- Óscar González González.- Manuel Campos Sánchez-Bordona.- Eduardo Espín Templado.- José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat.- Rubricados. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. JOSÉ MANUEL BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT, estando constituida la Sala en audiencia pública de lo que, como Secretario, certifico.- Alfonso Llamas Soubrier.- Firmado.