

Id Cendoj: 28079130032008100151
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 3
Nº de Recurso: 5535 / 2005
Nº de Resolución:
Procedimiento: RECURSO CASACIÓN
Ponente: EDUARDO ESPIN TEMPLADO
Tipo de Resolución: Sentencia

Voces:

- x CONDUCTAS PROHIBIDAS (COMPETENCIA) x
- x SANCIONES EN MATERIA DE LIBRE COMPETENCIA x
- x CULPABILIDAD (PROCEDIMIENTO SANCIONADOR) x
- x INTERÉS PÚBLICO x

Resumen:

Tribunal de defensa de la competencia. Imposición de multa por prácticas reactivas de la libre competencia. Actos de competencia desleal entre profesionales de la intermediación inmobiliaria. Anuncios sobre los profesionales que prestan sus servicios de intermediación inmobiliaria. Infracción del principio de culpabilidad.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a ocho de Mayo de dos mil ocho.

VISTO por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, constituida en su Sección Tercera por los Magistrados indicados al margen, el recurso de casación número 5.535/2.005, interpuesto por el COLEGIO OFICIAL DE AGENTES DE LA PROPIEDAD INMOBILIARIA DE NAVARRA, representado por la Procuradora D^a Teresa Castro Rodríguez, contra la sentencia dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en fecha 6 de junio de 2.005 en el recurso contencioso-administrativo número 549/2.002, sobre expediente sancionador del Tribunal de Defensa de la Competencia (521/01; 2107/99 del Servicio de Defensa de la Competencia) por infracción en materia de defensa de la competencia.

Son partes recurridas la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, representada por el Sr. Abogado del Estado, y ASOCIACIÓN PROFESIONAL DE EXPERTOS INMOBILIARIOS, representada por la Procuradora D^a M^a Isabel Campillo García.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el proceso contencioso-administrativo antes referido, la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Sexta) de la Audiencia Nacional dictó sentencia de fecha 6 de junio de 2.005, desestimatoria del recurso promovido por el Colegio Oficial de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria de Navarra contra la resolución del Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia dictada en fecha 30 de mayo de 2.002 en el expediente 521/01 (2107/99 del Servicio). Dicha resolución declaraba la comisión por parte del Colegio Oficial recurrente, además de por otros Colegios de agentes de la propiedad inmobiliaria de distintas demarcaciones territoriales, de conductas de las prohibidas por el artículo 7 de la Ley de Defensa de la Competencia consistentes en haber vulnerado los artículos 7 y 9 de la Ley de Competencia Desleal mediante la publicación de anuncios que constituyen actos de engaño y denigración, con afectación del interés público, mediante los que se induce al público a creer que los servicios de intermediación inmobiliaria de los Agentes colegiados son más fiables que los que prestan otros intermediarios capacitados legalmente que actúan en el mismo mercado, e impone a los Colegios una serie de sanciones.

SEGUNDO.- Notificada dicha sentencia a las partes, la demandante presentó escrito preparando recurso de casación, el cual fue tenido por preparado en providencia de la Sala de instancia de fecha 1 de septiembre de 2.005 , al tiempo que ordenaba remitir las actuaciones a Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

TERCERO.- Emplazadas las partes, la representación procesal del Colegio Oficial de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria de Navarra ha comparecido en forma en fecha 24 de octubre de 2.005, mediante escrito interponiendo recurso de casación al amparo del *apartado 1.d) del artículo 88 de la Ley 29/1998, de 13 de julio* , reguladora de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa, formulando los siguientes motivos:

- 1º, por infracción del *artículo 25.1 de la Constitución, del artículo 129.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas* y del Procedimiento Administrativo Común, de los *artículos 7 y 9 de la Ley 3/1992, de 19 de enero, de Competencia Desleal* , del *artículo 5.l) de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, de Colegios Profesionales* , y de los *artículos 1 y 5 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 Central;

- 2º, por infracción del *artículo 24.2 de la Constitución y del artículo 137 de la mencionada Ley 30/1992* , y

- 3º, por infracción del *artículo 10 de la Ley de Defensa de la Competencia* , en relación con el *artículo 131.2 de la Ley 30/1992* .

Termina su escrito suplicando que se dicte sentencia por la que, estimando los motivos primero y segundo, se case y deje sin efecto la recurrida y, por consiguientes, se anule y deje sin efecto la resolución de 30 de mayo de 2.002 del Tribunal de Defensa de la Competencia, y, subsidiariamente, para el caso de que se desestimen los dos primeros y motivos, y sin perjuicio de que el tercero se valore juntamente con éstos, que estime el tercer motivo y, por consiguiente, revoque parcialmente la sentencia y, consecuentemente, el apartado tercero de la parte dispositiva de la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia mencionada, dejando sin efecto la multa impuesta a ese Colegio profesional; igualmente, solicita que se impongan las costas conforme a Derecho.

El recurso de casación ha sido admitido por providencia de la Sala de fecha 7 de noviembre de 2.006

CUARTO.- Personado el Abogado de Estado, ha formulado escrito de oposición al recurso de casación, suplicando que se dicte sentencia por la que se inadmita el mismo al no alcanzar su cuantía mínima establecida legalmente al efecto o, subsidiariamente, que se desestime, confirmando la sentencia recurrida en cuanto declara conforme a Derecho la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia impugnada en autos, todo ello con expresa imposición de las costas causadas a la parte recurrente.

Asimismo se ha opuesto al recurso de casación la también comparecida Asociación Profesional de Expertos Inmobiliarios, cuya representación procesal solicita en su escrito que, de estimarse el recurso de casación, dicha estimación debería ser parcial, a la vista de lo acordado en la Sentencia de esta Sala de 11 de octubre de 2.006 , manteniendo las condenas.

QUINTO.- Por providencia de fecha 28 de noviembre de 2.007 se ha señalado para la deliberación y fallo del presente recurso el día 22 de abril de 2.008, en que han tenido lugar dichos actos.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Objeto y planteamiento del recurso de casación.

El Colegio oficial de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria de Navarra interpone el presente recurso de casación contra la Sentencia de 6 de junio de 2.005 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Sexta) de la Audiencia Nacional en materia de defensa de la competencia. En dicha Sentencia se desestimaba la impugnación de la sanción impuesta a la actora por el Tribunal de Defensa de la Competencia por resolución de 30 de mayo de 2.002 como consecuencia de la publicación de un anuncio sobre los profesionales que prestan sus servicios de intermediación inmobiliaria.

La Sentencia funda su fallo desestimatorio en los siguientes fundamentos de derecho:

"TERCERO: La primera cuestión que plantea el Colegio Oficial de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria de Navarra (COAPI Navarra), 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 Navarra fue, en resumen, que:

"El único colectivo de profesionales debidamente acreditado 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....", "La mayor parte de los operadores no regulados exhiben diplomas sin validez académica oficial... que no habilitan para ejercer profesiones reguladas..."

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 inmobiliarias, 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 Navarra. 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".

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.

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 fue un anuncio en un diario local.

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 del COAPI demandante del anuncio al que se refiere el presente recurso se produce en noviembre de 2000.

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 2000. 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 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 2000, 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 Navarra (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.

Todo lo expuesto lleva a la Sala a desestimar el recurso.

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 Contenciosa Administrativa.*" (fundamentos de derecho tercero a séptimo)

El recurso de casación se articula mediante tres motivos, todos ellos amparados en el *apartado 1.d) del artículo 88 de la Ley de la Jurisdicción*. En el primer motivo se alega la infracción de los *artículos 25.1 de la Constitución* y *129.1 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas* y del Procedimiento Administrativo Común (*Ley 30/1992, de 26 de noviembre*), por la imposición de una sanción por comportamientos que eran perfectamente legales en el momento de suceder. El segundo motivo se basa en la infracción del *artículo 24.2 de la Constitución* y del *137 de la Ley 30/1992*, por vulneración de la presunción de inocencia. El tercer y último motivo se funda en la supuesta infracción del principio de proporcionalidad.

SEGUNDO.- Sobre los precedentes del presente recurso.

Antes de examinar los motivos en que se funda el recurso y que acaban de ser enumerados procede señalar que esta Sala se ha pronunciado ya en anteriores recursos de casación sobre otras Sentencias de la misma Sala y Sección de la Audiencia Nacional en relación con la misma resolución sancionadora del Tribunal de Defensa de la Competencia; la primera de dichas Sentencias es la de 11 de octubre de 2.006 (RC 10.099/2.003), cuya solución adoptamos en el presente supuesto en aplicación del principio de unidad de doctrina. Igualmente, procede rechazar la objeción de inadmisibilidad en razón de la cuantía que formula el Abogado del Estado de conformidad con los criterios expresados en dicha Sentencia.

La resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 30 de mayo de 2.002 de la que trae causa el presente recurso establecía lo siguiente en su parte dispositiva:

"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 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 los sucesivos, 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."

Los Colegios sancionados interpusieron contra la misma de forma separada recursos contencioso administrativos y, al ser desestimados éstos por la Audiencia Nacional, entablaron los correspondientes recursos de casación. El que fue conocido primero por esta Sala fue el del Colegio de La Coruña, que fue estimado por la citada Sentencia de 11 de octubre de 2.006 (RC 10.099/2.003), en los términos siguientes:

"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 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." (fundamentos de derecho segundo y tercero)

TERCERO.- Sobre el principio de culpabilidad.

De la lectura de los fundamentos de nuestra Sentencia de 11 de octubre de 2.006 que se han transcrito se deriva la procedencia de estimar el primer motivo del presente recurso, por infracción por parte de la Sentencia recurrida del principio de culpabilidad, al no haber apreciado la pertinencia de aplicar al caso de autos la doctrina de la previa Sentencia de esta Sala de 9 de marzo de 2.005 , tal como se explica in fine del fundamento de derecho tercero de la de octubre de 2.006. La estimación del recurso de casación nos lleva asimismo a idéntica solución en cuanto al recurso contencioso administrativo a quo.

CUARTO.- Conclusión y costas.

Procede, en virtud de lo expuesto, la estimación del recurso de casación entablado por el Colegio recurrente, así como también, parcialmente, del contencioso administrativo previo, anulando la sanción de multa impuesta al citado Colegio, sin perjuicio de que subsistan las restantes medidas de intimación y

publicación previstas en el acuerdo. En efecto, estas medidas van dirigidas a evitar los efectos anticompetitivos en ese campo, y respecto de ellas no opera el elemento intelectual, sino que responden a criterios de interés público, superiores a apreciaciones subjetivas de culpabilidad o negligencia, máxime cuando el *Real Decreto-ley 4/2000 en su artículo 3* ha dado una interpretación auténtica del *artículo 1 del Decreto 3248/1969, de 4 de diciembre*, respecto del alcance de la función de intermediación.

De acuerdo con lo establecido en los *artículos 95.3 y 139.1 y 2*, no procede la imposición de costas ni en la instancia ni en la 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

1. Que HA LUGAR y por lo tanto ESTIMAMOS el recurso de casación interpuesto por el Ilustre Colegio Oficial de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria de Navarra contra la sentencia de 6 de junio de 2.005 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Sexta) de la Audiencia Nacional en el recurso contencioso-administrativo 549/2.002, sentencia que casamos y anulamos.

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

3. No se hace imposición de las costas del recurso contencioso-administrativo ni de las del de casación.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse por el Consejo General del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de este Tribunal Supremo, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .-Fernando Ledesma Bartret.-Óscar González González.-Manuel Campos Sánchez-Bordona.-Eduardo Espín Templado.-José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat.-Firmado.-PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. EDUARDO ESPIN TEMPLADO, estando constituída la Sala en audiencia pública de lo que, como Secretario, certifico.-Alfonso Llamas Soubrier.-Firmado.-