

Roj: SAN 2671/2006
Id Cendoj: 28079230062006100274
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 6
Nº de Recurso: 23/2003
Nº de Resolución:
Procedimiento: CONTENCIOSO
Ponente: CONCEPCION MONICA MONTERO ELENA
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

Madrid, a diecisiete de abril de dos mil seis.

Visto el recurso contencioso administrativo que ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido Colegio de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria de Aragón y Soria, y en su nombre y representación la Procurador Sr. Dº Santos Gandarillas Carmona frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de fecha 12 de noviembre de 2002, relativa a sanción por vulneración de la libre competencia, siendo Codemandada Asociación de Gestores Inmobiliarios y de Fincas y la cuantía del presente recurso 50.000 euros.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Se interpone recurso contencioso administrativo promovido por Colegio de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria de Aragón y Soria, y en su nombre y representación la Procurador Sr. Dº Santos Gandarillas Carmona frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de fecha 12 de noviembre de 2002, solicitando a la Sala, declare la nulidad de las sanciones que nos ocupan.

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

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

TERCERO: Habiéndose solicitado recibimiento a prueba, practicadas las declaradas pertinentes y evacuado el trámite de conclusiones, quedaron los autos conclusos y pendientes de votación y fallo, para lo que se acordó señalar el día cuatro de abril de dos mil seis.

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

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO: Es objeto de impugnación en autos la Resolución del Tribunal de Defensa de la

Competencia de fecha 12 de noviembre de 2002, por la que se impone a la hoy recurrente, Colegio de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria, la sanción de multa de 50.000 euros, como consecuencia de la comisión de una infracción tipificada en el *artículo 7 de la Ley 16/1989 de Defensa de la Competencia*, consistente en la vulneración de 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 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: Debemos analizar las siguientes cuestiones: a) legalidad intrínseca de las manifestaciones contenidas en la publicación realizada por la recurrente los días 20 y 27 de febrero, 26 de marzo y 2, 9 y 30 de abril de 1999 en "El Periódico", b) atipicidad y principio de confianza legítima, c) inexistencia de distorsión grave del mercado y afectación del interés público. Ausencia de prueba y vulneración del principio de presunción de inocencia, y d) ilegalidad de la multa e improcedencia de su determinación. Vulneración del principio de proporcionalidad.

El Abogado del Estado afirma que el anuncio efectuado por el Colegio demandante constituye una práctica restrictiva de la competencia, prohibida por el *artículo 7 LDC*, ya que dicha conducta debe reputarse desleal, conforme a los *artículos 7 y 9 de la ley 3/1991*.

La parte codemandada igualmente se opone a cada uno de los argumentos de la demanda, considerando que la Resolución impugnada es conforme a derecho

TERCERO: La primera cuestión que plantea el Colegio Oficial de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria de Aragón y Soria (COAPI de Aragón y Soria), 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 Madrid fue, en resumen, que:

"Solo los Agentes de Propiedad Inmobiliaria están legalmente reconocidos para asesorarle en ese momento tan importante que es la adquisición de su nuevo hogar"

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. Efectivamente, la afirmación de que "solo" los APIs tienen reconocimiento legal para el asesoramiento, no corresponde a la realidad.

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 Aragón y Soria. 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 Aragón y Soria 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 febrero, marzo y abril 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 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 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.

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 (fundamento jurídico séptimo).

La Sala, por tanto, considera que la multa impuesta a la recurrente de 50.000 euros, 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 semejante 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*.

VISTOS los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación, por el poder que nos otorga la Constitución:

FALLAMOS

Que desestimando el recurso contencioso administrativo interpuesto por Colegio de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria de Aragón y Soria, y en su nombre y representación la Procurador Sr. Dº Santos Gandarillas Carmona frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de fecha 12 de noviembre 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.

Así por ésta nuestra sentencia, que se notificará haciendo constar que contra la misma cabe recurso de casación, siguiendo las indicaciones prescritas en el *artículo 248 de la Ley Orgánica 6/1985* , y testimonio de la cual será remitido en su momento a la oficina de origen a los efectos legales junto con el expediente, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN / Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente de la misma, estando celebrando audiencia pública en el mismo día de la fecha, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional.