

Id Cendoj: 28079230062008100180
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 6
Nº de Recurso: 100 / 2003
Nº de Resolución:
Procedimiento: CONTENCIOSO
Ponente: LUCIA ACIN AGUADO
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

Tribunal de Defensa de la competencia. No procede imponer multa al no concurrir el requisito de la culpabilidad dada la incertidumbre jurídica respecto del ejercicio de la función de intermediación de los agentes inmobiliarios hasta la publicación del Real Decreto-Ley 4/2000

SENTENCIA

Madrid, a veinte de mayo de dos mil ocho.

VISTO por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso- Administrativo de la Audiencia Nacional el recurso contencioso-

administrativo número 100/03 que ante esta Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional ha interpuesto la

Procuradora de los Tribunales doña María Lourdes Fernández -Luna Tamayo en nombre y representación de la ASOCIACION DE

GESTORES INMOBILIARIOS Y DE FINCAS (A.G.I.F) contra la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 26 de

noviembre de 2002 (expediente 529/01). Ha sido parte demandada la Administración del Estado representada por el Abogado del

Estado, EL CONSEJO GENERAL DE ADMINISTRADORES DE FINCAS representado por el Procurador don Domingo Lato Pato,

el COLEGIO TERRITORIAL DE ADMINISTRADORES DE FINCAS DE BARCELONA Y LLEIDA, el CONSEJO DE COLEGIOS

TERRITORIALES DE ADMINISTRACIONES DE FINCAS DE CATALUÑA ambos representados por el Procurador don Federico

Pinilla Romeo, y EL COLEGIO OFICIAL DE ADMINISTRADORES DE FINCAS DE GALICIA representado por el Procurador de

los Tribunales don Argimiro Vázquez Guillen . La cuantía del recurso es indeterminada.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: El Tribunal de Defensa de la Competencia dictó resolución el 26 de noviembre de 2002 cuya parte dispositiva establece:

"Primero. Declarar que ha quedado acreditado que los COLEGIOS TERRITORIALES DE ADMINISTRADORES DE FINCAS DE ARAGÓN, LA RIOJA Y SORIA, DE BARCELONA, DE EXTREMADURA, DE MURCIA, DE ÁVILA y DE GALICIA han incurrido, como autores, en prácticas

restrictivas de la competencia, prohibidas por el *Art. 7 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia*, consistentes en la publicación de diversos anuncios con manifestaciones engañosas, al afirmar la exclusividad de sus respectivos colegiados en la administración de fincas, distorsionando gravemente la oferta del mercado con afectación del interés público.

Segundo. Intimar a los COLEGIOS TERRITORIALES DE ADMINISTRADORES DE FINCAS DE ARAGÓN, LA RIOJA Y SORIA, DE BARCELONA, DE EXTREMADURA, DE MURCIA, DE ÁVILA y DE GALICIA para que, en lo sucesivo, se abstengan de publicar anuncios semejantes.

Tercero. Ordenar la publicación de la parte dispositiva de esta Resolución en el Boletín Oficial del Estado y en el mismo diario donde se publicaron los anuncios objeto de este expediente, a costa de los respectivos COLEGIOS TERRITORIALES DE ADMINISTRADORES DE FINCAS DE ARAGÓN, LA RIOJA Y SORIA, DE BARCELONA, DE EXTREMADURA, DE MURCIA, DE ÁVILA y DE GALICIA".

El 31 de enero de 2003 procede al amparo del *artículo 105 de la ley 30/92 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas* (rectificación de errores) ha incluir en dicha relación al CONSEJO DE COLEGIOS TERRITORIALES DE ADMINISTRADORES DE FINCAS DE CATALUÑA.

SEGUNDO: El 18 de febrero de 2003 la parte actora interpuso recurso contencioso- administrativo contra la resolución indicada en el encabezamiento de esta sentencia y turnado a la sección sexta, fue admitido a trámite, reclamándose el expediente administrativo, para, una vez recibido, emplazar a la parte actora a fin de que formalizara la demanda, lo que así hizo en escrito presentado el 18 de febrero de 2005 en el que solicitó "dicte en su día sentencia por la que estime la demanda y en consecuencia:

a) declare no ajustada a derecho la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de fecha 26/11/2002 (subsana de errores por otra de 31/01/2003) dictada en el expediente num 529/01, únicamente en el aspecto relativo a no haber impuesto sanciones económicas a los Consejos y Colegios a los que se declara autores de prácticas restrictivas de la competencia.

b) Revoque en ese punto la resolución recurrida y en su lugar imponga a cada uno de los Consejos y Colegios una multa de 60.000 euros.

c) Condene en costas tanto a la Administración demandada como a cuantos Colegios y Consejos se opongan a la demanda"

Emplazado el Abogado del Estado para que contestara la demanda presentó escrito en el que solicitó la desestimación del recurso interpuesto y confirmatoria de la resolución impugnada y asimismo hicieron los codemandados.

Acordado el recibimiento a prueba y una vez presentadas conclusiones, por providencia de 10 de diciembre de 2007 quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento para votación y fallo lo que se efectuó para el 13 de mayo de 2008 en que así tuvo lugar.

VISTOS los artículos legales citados por las partes y demás de general y pertinente aplicación, y siendo Ponente la Ilma. Sra. D^a Lucía Acín Aguado, Magistrada de la Sección.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: El acto recurrido es la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 26 de noviembre de 2002 (expediente 529/01).

Esta Sala ya ha tenido ocasión de pronunciarse acerca de la legalidad de la misma resolución recurrida en los recursos interpuestos por las entidades sancionadas en los que pretendían se anulara dicha resolución, habiéndose desestimado los recursos interpuestos y declarado conforme a derecho la resolución del TDC al considerar que toda la publicidad detallada en los hechos probados de las que son responsables los Colegios Territoriales de Administradores de Fincas que allí se especifican, tienen un carácter engañoso al señalar que sus colegiados tienen la exclusiva, o son los únicos capacitados para ejercer la profesión, así como denunciarían de intrusismo a quienes ejerzan la profesión sin estar colegiados. Sentencias de 5 de abril de 2004, recurso 91/03, de 6 de abril de 2004 (recurso 61/03), 6 de julio de 2004 (recurso 67/03), 15 de noviembre de 2005 (recurso 268/03), 21 de septiembre de 2006 (recurso 94/03), 28 de septiembre de 2006 (recurso 79/03).

El supuesto aquí enjuiciado es distinto ya que el recurrente está conforme con los pronunciamientos de la parte dispositiva de la resolución del TDC (que declara la práctica prohibida, intima a los Colegios de Administradores de Fincas a que se abstengan en lo sucesivo de publicar este tipo de anuncios, así como ordena la publicación de la parte dispositiva en el BOE y en el mismo diario donde fueron publicados los anuncios) pero considera que además debía haberse impuesto una multa a cada una de los Colegios y Consejos sancionados.

SEGUNDO: La cuestión a resolver en este recurso es determinar si es procedente la imposición de una multa a las empresas sancionadas en la resolución del TDC de 26 de noviembre de 2002.

En la resolución del TDC respecto a la sanción señala en el apartado 11 "El servicio considera que, de conformidad con los criterios del *artículo 10.2 LDC* ; para graduar la cuantía de la sanción, deberán tenerse, especialmente, en cuenta la dimensión del mercado afectado, los efectos restrictivos sobre dicho mercado en cuestión y los consumidores en general y el convencimiento de haber actuado dentro de la legalidad que alegan todos los imputados.

El Tribunal estima, que para poder dar la consideración especial que solicita el Servicio, debería haberse realizado en fase de instrucción, un esfuerzo de cuantificación de la dimensión del mercado afectado y los efectos restrictivos de las conductas infractoras. En su defecto, el Tribunal considera procedente la imposición de multas sancionadoras"

La parte recurrente señala que concurren los presupuestos para que se imponga la sanción ya que la propia resolución constata la concurrencia en el presente caso de, al menos dos de los factores previstos en el *artículo 10 de la ley 16/1989* -los de los apartados b) y d)- para seguidamente señalar que no procede la imposición de la sanción alguna porque no estaría acreditado ni la dimensión del mercado afectado ni los efectos restrictivos de las conductas infractoras. Y así a) en cuanto a la dimensión del mercado afectado se fija "en todas las provincias consideradas" esto es, aquellas provincias en cuyos medios de comunicación aparecieron los anuncios, publi-reportajes considerados como prácticas restrictivas de la competencia y también dice el Tribunal que los anuncios iban " dirigidos a un público muy amplio, a través de medios de comunicación de información general y b) en cuanto a los efectos restrictivos de las conductas infractoras también la propia resolución señala que "los actos desleales descritos distorsionan gravemente las condiciones de competencia en el mercado de administradores de fincas al inducir a los propietarios de fincas a confiar su administración a los miembros de los Colegios de administradores de fincas en detrimento de sus competidores y en detrimento de su propia libertad de decidir libremente la elección del administrador que consideren más conveniente"

El Abogado del Estado contesta a la demanda señalando que las dificultades interpretativas de nuestro ordenamiento jurídico sobre la materia inciden en el grado de culpabilidad de las personas que han realizado las conductas y en la misma línea se pronuncian los codemandados haciendo referencia a la falta de una jurisprudencia unánime que reconozca que la actividad de intermediación inmobiliaria no está reservada a ningún colectivo singular de profesionales por lo que no concurre el requisito de la culpabilidad y que en todo en caso ni el recurrente ni el Servicio de la Competencia realizaron un esfuerzo de cuantificación de la dimensión del mercado afectado.

TERCERO: Para resolver este pleito es necesario tener en cuenta los siguientes hechos probados de la resolución del TDC en concreto la fecha de publicación de los anuncios que se consideran vulneran la Ley de Defensa de la Competencia.

1. Anuncio publicado por El Consejo de Colegios Territoriales de Administradores de Fincas de Cataluña, en el diario "La Vanguardia" (fol.26), el 18 de Octubre de 1.999.

2. Folleto publicitario (fol. 28) del Colegio Territorial de Administradores de Fincas de Alicante.

3. Publi-reportaje publicado por el Colegio Territorial de Administradores de Fincas de Aragón, La Rioja y Soria, en el diario "El Periódico" (fol.29), el 11 de Junio de 1.995, anuncio (fol. 31) en el periódico "El Heraldo de Aragón", el 28 de Mayo de 1.995, anuncio en la revista "Llaves Mano" (fol. 77-88) que se reparte gratuitamente con carácter mensual junto al diario "El Heraldo de Aragón"

4. Anuncio publicado por el Colegio Territorial de Administradores de Fincas de Barcelona el 21 de Septiembre de 1.997 en el diario "La Vanguardia" (fol. 32).

5. Publi-reportaje del Colegio Territorial de Administradores de Fincas de Extremadura (fol.35) en el

diario "El Periódico" de Extremadura, el 27 de Abril de 1996, *artículo (fol.36) en el diario "El Periódico" de Extremadura, el 5 de Marzo de 1.999*, Anuncio en el diario "Hoy", de Badajoz, (fol.37) el 19 de noviembre de 1999), anuncio (fol.89) en el diario "El Periódico" de Extremadura, el 9 de Marzo de 2000.

6. Anuncios publicado por el Colegio Territorial de Administradores de Fincas de Murcia (fol.38) en el diario "La Verdad" el 3 de Agosto de 1997, el 15 de febrero de 1998 (folio 48) y 14 de mayo de 1999 (folio 100) y los días 28 de Enero, 5 y 12 de Febrero de 2000 (fol. 65-67) y publi-reportaje (fol.39-47) del citado Colegio publicado en el diario "La Verdad", el 26 de Noviembre de 1997.

7. Manifestaciones del Presidente del Colegio Oficial de Administradores de Fincas de Ávila, D. Jaime Sastre Pons, en un *artículo publicado en el Diario de Ávila (fol. 64), el 29 de Febrero de 2.000*.

8. Anuncio publicado por el Colegio Oficial de Administradores de Fincas de Galicia (fol. 106) en el diario "La Región", el 7 de Mayo de 2000.

No se reproduce el contenido de dichos anuncios ya que esta Sala ya ha declarado respecto a los mismos en las sentencias citadas que la publicación de dichos anuncios vulneran la Ley de Defensa de la Competencia limitándonos en este recurso a determinar si es procedente imponer la sanción.

CUARTO: Para resolver este pleito se debe tener en cuenta la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 2005 (recurso de casación 3895/2002) que anuló las sanciones impuestas por el TDC en relación a unos anuncios de contenido similar al aquí enjuiciado estableció lo siguiente "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".

En este caso se considera que no concurre ninguno de los presupuestos indicados por la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 2005 para imponer la sanción ya que no ha habido una valoración del grado de incidencia que la conducta imputada provoque y por otra parte no concurre el elemento volitivo del injusto.

a) Respecto a la incidencia del mercado, el hecho de que el TDC declare que "los actos desleales descritos distorsionan gravemente las condiciones de competencia en el mercado de administradores de fincas al inducir a los propietarios de fincas a confiar su administración a los miembros de los Colegios de administradores de fincas en detrimento de sus competidores y en detrimento de su propia libertad de decidir libremente la elección del administrador que consideren más conveniente" no es suficiente para imponer una multa sino para considerar la conducta como una práctica restrictiva prohibida por el *artículo 7 de la Ley de Defensa de la competencia*. Hubiera sido necesario que se hubiera incorporado al expediente sancionador los elementos necesarios para cuantificar el daño producido, sin que pueda el recurrente en el recurso contencioso-administrativo aportar pruebas al objeto de subsanar las deficiencias producidas durante la tramitación del procedimiento sancionador (como es el estudio de la Oficina de Justificación de la Difusión OJD en el que consta una tabla de difusión de cada uno de los periódicos donde se publicaron los anuncios que aportó en periodo probatorio en el recurso contencioso-administrativo) siendo relevante que el recurrente, denunciante en el proceso, propuso en el expediente administrativo sancionador como prueba únicamente "dar por reproducidos y ratificados todos y cada uno de los escritos presentados desde la denuncia inicial en adelante" (folio 120 y 126 del expediente) entre los que no se encontraba ningún estudio para cuantificar la difusión de los anuncios publicados.

b) En cuanto al elemento volitivo del injusto hay que tener en cuenta la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 2005 y la de 11 de octubre de 2006 (recurso de casación 10099/2003) que anularon las sanciones impuestas por el TDC en supuestos similares a los aquí enjuiciados al considerar que faltaba el elemento intencional o negligente en las conductas imputadas de ordenar la inserción de unos anuncios en medios de comunicación dada la incertidumbre jurídica existente respecto del ejercicio de la función de intermediación. Debe tenerse en cuenta que la sentencia de 11 de octubre de 2006 se refiere a una resolución del TDC referida a un anuncio publicado el 11 de enero del 2000 por el Colegio Oficial de

Agentes de la Propiedad Inmobiliaria de La Coruña y Provincia en el periódico "El Ideal Gallego" y se excluye la imposición de la sanción porque "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 dada que el *Real Decreto -Ley 4/2000* de medidas urgentes de liberalización en el sector inmobiliario se publicó en el BOE de 24 de junio de 2000 (cuyo *artículo 3* establece 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) y todos los anuncios son anteriores a dicha fecha no se aprecia exista ese elemento intencional para imponer la multa

QUINTO: Conforme a lo razonado se declara conforme a derecho la resolución del TDC sin que se aprecian razones que justifiquen la condena al pago de las costas a ninguna de las partes de conformidad con lo dispuesto en el *art. 139 de la Ley Jurisdiccional* ,

Vistos los preceptos legales citados, y los demás de pertinente aplicación,

FALLAMOS

DESESTIMAR el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la ASOCIACION DE **GESTORES** INMOBILIARIOS Y DE FINCAS (A.G.I.F) contra la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 26 de noviembre de 2002 (expediente 529/01) que se declara conforme a derecho en los extremos examinados. No se hace condena en costas.

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

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

PUBLICACIÓN.- La anterior sentencia fue leída y publicada en la forma acostumbrada por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente, hallándose constituida en audiencia pública, de lo que yo, Secretario, doy fe.