

Id Cendoj: 28079230062002100360
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 6
Nº de Recurso: 0063/1999
Nº de Resolución:
Procedimiento: Recurso contencioso-administrativo
Ponente: CONCEPCION MONICA MONTERO ELENA
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

Madrid, a doce de abril de dos mil dos.

Visto el recurso contencioso administrativo que ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido Consejo General de los Colegios Oficiales de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria de España y Colegios Oficiales de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria de Álava, Badajoz, Guipuzcoa, Huelva, La Rioja, La Coruña, Las Palmas de Gran Canaria, Santa Cruz de Tenerife, Tarragona y Vizcaya, y en su nombre y representación el Procurador Sr. Dº Santos de 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 19 de noviembre de 1998, siendo Codemandada Asociación Profesional de Expertos Inmobiliarios y la cuantía del presente recurso indeterminada.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Se interpone recurso contencioso administrativo por Consejo General de los Colegios de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria de España, y en su nombre y representación la Procurador Sr. Dº Santos de 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 19 de noviembre de 1998, solicitando a la Sala, se declare la nulidad del acto impugnado.

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 a tal fin lo que estimó oportuno, e igualmente hizo la codemandada.

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 tres de abril de dos mil dos.

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 JURÍDICOS

PRIMERO: Es objeto de impugnación en autos la Resolución del Tribunal de Defensa de la **Competencia** de fecha 19 de noviembre de 1998, por la que se declara al Consejo General de Colegios de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria incurso en la conducta descrita en el artículo 1.1 de la Ley 16/1989, y al resto de los Colegios, en la descripción del artículo 7 de la Ley 16/1989; el primero en cuanto acordó la recomendación a los API no contratar sus servicios con persona cuya actividad u objeto social fuere el de prestación de servicios a terceros en cualquiera de las funciones propias de los API, y en su caso adoptar las medidas oportunas al efecto; los Colegios por la publicación de anuncios en los que, de una forma u otra, venía a afirmarse que el título de experto inmobiliario no faculta para la realización de actividades de intermediación inmobiliaria.

Al Consejo se le impuso la sanción de 500.000 pesetas, pero no se impuso sanción respecto de los Colegios pues no concurría el elemento subjetivo, en sus formas de dolo o culpa, de la infracción administrativa.

SEGUNDO: El artículo 1.1 de la Ley 16/1989 por el que se sanciona a los actores, dispone: "Se prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva o práctica concertada o conscientemente 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...", a continuación el precepto señala determinadas conductas, a título de ejemplo, constitutivas de la infracción anteriormente definida - que lo es con sustantividad propia con independencia de las conductas a continuación enumeradas, que suponen la concreción ejemplificativa de algunos de los supuestos que son subsumibles en el tipo infractor definido -. De entre tales conductas, debemos resaltar la prevista en la letra a), fijación de forma directa o indirecta de precios u otras condiciones comerciales o de servicios.

La determinación del ajuste a la legalidad de la Resolución impugnada, parte del análisis de las siguientes cuestiones:

- A) Naturaleza de los Colegios Oficiales y de su actividad.
- B) Contenido y ejercicio de sus **competencias** .
- C) Alcance del artículo 2.1 de la Ley 16/1989.

TERCERO: Conforme al artículo 1 de la Ley de Colegios Profesionales, los Colegios Profesionales son corporaciones de Derecho Público, con personalidad jurídica propia y plena capacidad para el cumplimiento de sus fines. Del contenido del precepto, se deduce claramente que los Colegios Profesionales se insertan dentro de la Administración Corporativa, tienen por ello encomendadas funciones al servicio del interés público, y en tal función actúan potestades exorbitantes propias de la Administración Pública. Ahora bien, junto a tal ejercicio de potestades exorbitantes, pueden ejercer otras funciones ajenas al interés público y a las que por Ley se les encomienda. Ello resulta evidente si atendemos al contenido del artículo 8.1 de la propia Ley, que somete a la jurisdicción contenciosa aquellos actos emanados de los Colegios Profesionales sujetos a Derecho Administrativo, lo que presupone la existencia de otros actos ajenos al Derecho Administrativo y por ello a las **competencias** exorbitantes propias de éste.

Con ello se concluye, que los Colegios Oficiales actúan como Administración Pública, y como entes privados; en el primer caso se le reconocen las potestades propias de tal Administración, en el segundo actúa como mero particular y en condiciones de igualdad con los restantes sujetos de Derecho. Ahora bien, antes de seguir con el análisis de la incidencia de las descritas posiciones de los Colegios en la tipificación de la conducta sancionada, es importante señalar que la dualidad que se expone en la actuación de la Administración Corporativa, se observa igualmente en la Administración Territorial e Institucional. La Administración Pública actúa sometida a Derecho Administrativo y en el ejercicio de potestades exorbitantes por éste reconocidas, pero también lo hace sometida a Derecho Privado y en la posición que cualquier sujeto privado de Derecho ocuparía en una relación jurídica - con independencia de determinados privilegios y limitaciones que se observan en tal posición dada la naturaleza del sujeto, pero que en absoluto pueden identificarse con el ejercicio de las potestades de imperio propias de la posición Pública -. Con tales precisiones nos adentramos en una de las cuestiones controvertidas en autos, reflejada tanto en los razonamientos de la Resolución objeto de este recurso.

En esencia la cuestión conflictiva puede resumirse como sigue: la naturaleza pública y privada de la recurrente, justifican el sometimiento a la Ley de Defensa de la **Competencia** cuando actúan con

sometimiento a Derecho Privado; o bien, el carácter de Administración Pública de los Colegios, actuando en ejercicio de las funciones que les viene atribuida por Ley, impide el sometimiento de estos a los preceptos de la Ley 16/1989.

Pues bien, lo esencial en la cuestión que se examina, no es determinar la naturaleza jurídica de la actora, sino determinar qué **competencias** actúan, esto es, debe establecerse si la conducta sancionada se siguió en ejercicio del imperio propio de la Administración, o bien las facultades actuadas quedaban fuera del Derecho Público, y ello, porque en el primer caso nos encontraríamos ante una habilitación legal que justificaría la conducta, aún siendo ésta subsumible en el tipo infractor. Podemos afirmar en un primer momento, que la Administración Pública, actuando como tal, no se encuentra sometida al principio de libre **competencia** - y ello dada la habilitación legal de las potestades actuadas y la posición de Derecho Público que ocupa -, pero otra cosa es, cuando actúa sometida a Derecho Privado, como sujeto de Derecho privado, y al margen de la habilitación legal de potestades. Este supuesto se nos plantea, cuando la Administración ejerce funciones que no le son propias como ente de Derecho Público revestido de imperio, esto es, cuando actúa al margen de la habilitación legal de potestades exorbitantes para el cumplimiento de sus fines. Tales circunstancias, son examinadas en la Resolución impugnada.

CUARTO: Con lo dicho hasta ahora, entramos en el examen de la segunda de las cuestiones enunciadas: naturaleza y alcance de las funciones públicas de los Colegios Profesionales. Es obvia la incidencia de tal extremo en el conflicto de autos: la afirmación de que el comportamiento de la recurrente lo fué en el ejercicio de funciones propias de su ámbito administrativo, nos llevaría a la ineludible conclusión, dado el principio de habilitación legal, de que opera el artículo 2 de la Ley 16/1989, y por ello que la conducta no podría ser sancionada ni prohibida por el Tribunal de Defensa de la **Competencia**. Pero si la actuación discutida se encuentra fuera del contenido de las funciones públicas, tal conducta carecería de la cobertura del precepto citado. Pues bien, el artículo 1.2 de la Ley de lops Colegios Profesionales, determina como funciones propias de la Administración Corporativa profesional, la ordenación del ejercicio de las profesiones, la representación de las mismas y la defensa de los intereses profesionales. Tal precepto contiene la delimitación conceptual de las funciones públicas de los Colegios, y por ello a su luz han de interpretarse los contenidos de los preceptos que de una forma concreta reconocen facultades a los mismos. De entre tales funciones concretas hemos de detenernos en una, la recogida en la letra i) del artículo 5 de la Ley, puesto que en ella pretende el Consejo recurrente amparar su actuación, consistente en ordenar la actividad de los colegiados, velando por la ética y dignidad profesional.

En este momento debemos recordar los hechos en virtud de los cuales se impuso la sanción recurrida: la restricción o regulación del arrendamiento de servicios de los API con terceros operadores como acto restrictivo de su libertad de empresa. Tal restricción, no amparada por precepto legal alguno, pues no puede decirse que ello responda a la salvaguarda de la ética y dignidad, es contraria a la libre **competencia**, en los términos descritos en el artículo 1.1 de la Ley 16/1989.

QUINTO: Respecto de los Colegios Recurrentes, el artículo 7 de la Ley 16/1989 dispone: "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 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".

El análisis de la cuestión controvertida parte del examen de las conductas objeto de autos desde la perspectiva de su subsunción en los citados preceptos, pues el elemento subjetivo, al no haber sido apreciado por la Resolución impugnada, queda fuera del presente recurso. Es por tanto ajeno a este debate todo lo relativo a la cuestión de la interpretación realizada por la recurrente del Decreto 3248/1969, con más o menos base en la dicción del mismo, pues la interpretación de buena fe justifica, como ha ocurrido, la exención de la responsabilidad sancionadora y con ello la no imposición de sanción, pero tal interpretación no puede prevalecer frente a la realizada por los órganos administrativos de control competentes o por los Tribunales de Justicia, y por ello, y en lo que ahora nos interesa, si la información que se transmitió mediante medios de difusión no era correcta o era falsa, menoscababa el crédito de terceros sin ser exacta, verdadera o pertinente, es evidente que la conducta es subsumible en los preceptos citados, por más que quien la difundió lo hiciese creyendo la veracidad de las aseveraciones, pues la exactitud, veracidad o pertinencia de una información responde a criterios objetivos no a las subjetivas apreciaciones del informante.

Sentado que no se entra en el examen de la responsabilidad sancionadora de las actoras, pues no se ha impuesto sanción alguna partiendo de la idea de que la apariencia de legalidad del Decreto cuya interpretación dio origen a la publicación, la exime de responsabilidad; hemos de examinar si la concreta información antes descrita es constitutiva de una conducta de **competencia** desleal.

SEXTO: Las normas de aplicación definen la conducta partiendo de los conceptos de exactitud, pertinencia, falsedad o incorrección de la información transmitida.

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 descredito 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.

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.

SÉPTIMO: Por último hemos de señalar que con independencia de que las conductas puedan ser subsumidas en Leyes distintas, lo cierto es que inciden en el ámbito que la Ley de Defensa de la **Competencia** define como propio de ésta, siendo por ello competente el TEDC para resolver sobre la cuestión.

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 Consejo General de los Colegios Oficiales de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria de España y Colegios Oficiales de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria de Álava, Badajoz, Guipuzcoa, Huelva, La Rioja, La Coruña, Las Palmas de Gran Canaria, Santa Cruz de Tenerife, Tarragona y Vizcaya, y en su nombre y representación el Procurador Sr.

Dº Santos de 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 19 de noviembre de 1998, debemos declarar y declaramos ser ajustada a Derecho la Resolución impugnada, y en consecuencia debemos confirmarla y la confirmamos en todos sus extremos, 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.