

Id. Cendoj: 28079230062005100034
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 6
Nº de Resolución:
Fecha de Resolución: 28/01/2005
Nº de Recurso: 551/2003
Jurisdicción: Contencioso
Ponente: MARIA ASUNCION SALVO TAMBO
Procedimiento: CONTENCIOSO
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

DEFENSA DE LA COMPETENCIA: CONDUCTA PROHIBIDA POR EL ART. 7 LEY 16/1989; REALIZACIÓN DE UNA CAMPAÑA DE DESPRESTIGIO CONTRA LOS COMPETIDORES MEDIANTE LA PUBLICACIÓN DE UN ANUNCIO EN EL PERIÓDICO "EL MUNDO. LA CRÓNICA DE LEÓN" REFERIDA A LA EXCLUSIVIDAD DE LOS APIS EN DETRIMENTO DE LOS DEMÁS AGENTES INMOBILIARIOS. SANCIÓN PROCEDENTE.

SENTENCIA

Madrid, a veintiocho de enero de dos mil cinco.

Visto el recurso contencioso-administrativo que ante esta Sección Sexta de la Sala de lo

Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional y bajo el número 551/2003, se tramita a

instancia de D. Lorenzo , representado por la Procuradora D^a.

Magdalena Ruiz de Luna González, contra resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de

fecha 4 de julio de 2003; sobre Practicas Restrictivas de la Competencia y en el que la

Administración demandada ha estado representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado,

siendo la cuantía del mismo 1.500 euros.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. La parte indicada interpuso, en fecha 17 de septiembre de 2003, este recurso respecto de los actos antes aludidos, admitido a trámite, anunciada la interposición del mismo en el Boletín Oficial del Estado y reclamado el expediente administrativo, se

entregó éste a la parte actora para que formalizara la demanda, lo que hizo en tiempo; y en ella realizó una exposición fáctica y la alegación de los preceptos legales que estimó aplicables, concretando su petición en el suplico de la misma, en el que literalmente dijo: "que se sirva admitir el presente escrito de formalización de demanda, con sus copias y documentos adjuntos, así como el expediente que igualmente se adjunta, teniendo por devuelto, y por deducida la demanda del presente recurso contencioso- administrativo núm. recurso núm. 551/03 Sala de lo Contencioso, en representación de Don Lorenzo , cuya representación ya consta acreditada en el escrito de interposición del presente recurso, contra la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de fecha 4 de julio de 2003 (Expte. 548/02), y seguido el procedimiento por sus trámites, dicte Sentencia en su día, por la cual se acuerde la anulación de la Resolución indicada y por tanto, se deje sin efecto la parte dispositiva de la misma así como toda aquellas declaraciones, intimaciones y multas que de la misma se deriven., condenando en costas a la parte que se oponga de forma temeraria a este recurso a la demanda. ...se sirva en su día de acordar el procedimiento del recurso a prueba".

2. De la demanda se dió traslado al Sr. Abogado del Estado, quien en nombre de la Administración demandada contestó en un relato fáctico y una argumentación jurídica que sirvió al mismo para concretar su oposición al recurso en el suplico de la misma, en el cual solicitó: "que habiendo por recibido este escrito se tenga por contestada la demanda y previos los trámites legales se dicte sentencia por la que se desestime la pretensión del presente recurso, confirmando íntegramente la resolución impugnada, por ser conforme a Derecho. ...Se impugna las costas a los recurrentes, de acuerdo con lo establecido en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. ...Se rechace el recibimiento a prueba pedido en el escrito de demanda, en la medida en que se refiere a cuestiones de indole estrictamente jurídica, y no fáctica".

3. Solicitado el recibimiento a prueba del recurso, la Sala dictó auto de fecha 4 de febrero de 2004 , acordando el recibimiento a prueba con el resultado obrante en autos, tras lo cual siguió el trámite de Conclusiones a través del cual las partes, por su orden, han concretado sus posiciones y reiterado sus respectivas pretensiones, quedando los autos pendientes de señalamiento, lo que se hizo constar por medio de providencia de 14 de julio de 2004 y, finalmente, mediante providencia de 5 de enero de 2005, se señaló para votación y fallo el día 25 de enero de 2005, en que efectivamente se deliberó y votó.

4. En el presente recurso contencioso-administrativo no se han quebrantado las forma legales exigidas por la Ley que regula la Jurisdicción. Y ha sido Ponente la Ilma. Sra. D^a María Asunción Salvo Tambo, Presidente de la Sección.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. Se impugna en el presente recurso contencioso-administrativo la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia fecha 4 de julio de 2003 por la que en el expediente incoado contra la Agencia Inmobiliaria Eurohogar Sarmiento de la que es titular Don Lorenzo - ahora recurrente- se acuerda:

"1. Declarar que en el presente expediente se ha acreditado la realización de una práctica restrictiva de la competencia, prohibida por el art. 7 de la Ley 16/1989 , consistente en la publicación durante 19 días en el periódico "El Mundo. La Crónica de León" de un anuncio que incluye manifestaciones falsas y susceptibles de inducir a error al público, así como denigrantes para los demás operadores que no son Agentes

de la Propiedad Inmobiliaria, perturbando gravemente la estructura del mercado y afectando al interés público al obstaculizar la existencia de una competencia suficiente en el mismo. Se considera autora de dicha práctica restrictiva de la competencia a la Agencia Eurohogar Sarmiento de la que es titular D. Lorenzo .

2. Intimar a la autora y a su titular D. Lorenzo para quien, en lo sucesivo, se abstengan de realizar prácticas semejantes.

3. Imponer a la infractora una multa de 1.500 euros.

4. Ordenar la publicación, en el plazo de dos meses, de la parte dispositiva de esta Resolución en el Boletín Oficial de Castilla y León y en el mismo diario donde se publicó el anuncio objeto de este expediente, a costa de la Agencia Eurohogar Sarmiento de la que es titular D. Lorenzo .

Imponer a la infractora una multa coercitiva de 300 euros por cada día de retraso en el cumplimiento de cada una de las obligaciones de publicación.

5. El Cumplimiento de lo ordenado en los apartados anteriores deberá justificarse ante el Servicio de Defensa de la Competencia".

2. Son antecedentes fácticos con relevancia jurídica para la resolución del presente litigio los siguientes, tal y como derivan del expediente administrativo:

1º) Con fecha 26 de junio de 2000 formuló denuncia contra el Colegio de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria de León, por supuestas practicas restrictivas de la competencia, consistentes en la realización de una campaña de desprestigio contra sus competidores, mediante la publicación de un anuncio en el periódico "El Mundo. La Crónica de León" de fecha 7 de junio de 2000, referida a la exclusividad de los APIS en detrimento de los demás agentes inmobiliarios.

2º) Tras admisión a trámite de la denuncia y la incoación de expediente sancionador contra el Colegio Oficial de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria de León, por supuesta infracción del artículo 7 de la Ley de Defensa de la Competencia se presentaron alegaciones por el citado Colegio en el que se manifestaba que el anuncio aportado por la denunciante y objeto de la citada denuncia había sido insertado por la Agencia EUROHOGAR de la que es titular el colegiado Don Lorenzo , por lo que consideraba que no era responsable el Colegio de León ya que no acordó ni autorizó de forma expresa o tácita dicha inserción.

3º) Tras las oportunas investigaciones quedando demostradas las anteriores alegaciones se acordó, mediante Acuerdo del Secretario General de 11 de septiembre de 2001 el sobreseimiento del expediente en cuanto a la responsabilidad del Colegio de León y la admisión a trámite y la incoación de expediente sancionador contra la mencionada Agencia Inmobiliaria de la que efectivamente era titular el hoy recurrente, Don Lorenzo .

4º) En 6 de septiembre de 2002 se redactó informe-propuesta en el que se consideraba que los hechos descritos en el pliego de concreción de hechos que le precedía eran actos desleales, que menoscababan el crédito del resto de profesionales no API, que también pueden intervenir en una intermediación inmobiliaria, siendo, por ello, susceptibles de producir una desviación de clientela hacia los API en la provincia de León. Se consideró que distorsionaba así la libre competencia en el mercado de los

servicios de intermediación inmobiliaria en dicha región y se consideraba la conducta constitutiva de infracción del artículo 7 de la Ley de Defensa de la Competencia, formulándose en consecuencia, propuesta que es aceptada por el Tribunal de Defensa de la Competencia en la resolución que constituye el objeto de la presente impugnación.

3. La resolución impugnada aceptando los hechos del informe-propuesta del Servicio de Defensa de la Competencia más arriba mencionado, considera que el anuncio de actual referencia, con la difusión que tuvo, al presentar como cierta -no siéndolo- la exclusividad o reserva de funciones de intermediación inmobiliaria para quienes tengan el título API, menoscaba la credibilidad de los demás profesionales que legítimamente intermedian en el mercado inmobiliario lo cual es, según el criterio del Servicio, un acto de engaño y denigración, encuadrable entre los que prohíbe la Ley en sus artículos 7 y 9, respectivamente, por lo que procede declararlo así e imponer a sus autores las correspondientes sanciones y la publicación a costa de ellos de la parte dispositiva de la propia Resolución, en los términos más arriba indicados.

4. En la demanda se alega en pos de la anulación de la resolución administrativa impugnada los siguientes motivos:

En primer lugar, se dice que en el momento de la publicación del anuncio en cuestión la profesión API es la única regulada por Estado español en el ámbito inmobiliario y que no es cierto que la actividad de intermediación inmobiliaria haya sido siempre libre. Sólo lo es a partir del Real Decreto 4/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes de Liberalización en el Sector Inmobiliario y Transporte.

En segundo término, se indica que los hechos que motivaron el expediente no constituyen actos que pudieran suponer un falseamiento de la libre competencia ni pueden determinar que se trate de una actuación que afecte al interés público económico, al tratarse de un único anuncio, de tamaño limitado y encuadrado en una de las partes del periódico de menor relevancia, en un medio de comunicación cuya repercusión mediática en el mercado de referencia es muy limitada.

Finalmente se alega en la demanda la ausencia de culpabilidad.

Por su parte el Abogado del Estado invoca el precedente que viene constituido por la sentencia dictada por esta misma Sala y Sección con fecha 6 de octubre de 1997, en el recurso nº 2703/1992; recurso promovido con ocasión de una serie de decisiones adoptadas en el mismo expediente administrativo que el finalizado mediante la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia. Y, a mayor abundamiento, destaca que la atribución de los denominados APIS, integrados como tales en los correspondientes Colegios Oficiales, de las funciones de intermediación inmobiliaria, no se efectúa por el Decreto 4 de diciembre de 1969 con el pretendido carácter de exclusividad, invocando al efecto las consideraciones contenidas en la sentencia del Tribunal Constitucional 111/1993, de 25 de marzo, amén de las conclusiones a las que llegan las sentencias del Tribunal Supremo Sala de lo Civil, de 31 de enero de 1990 y de 3 de octubre de 1995.

5. La cuestión a resolver aquí y ahora es si la publicación del anuncio reiteradamente (durante diecinueve días) en el diario "El Mundo, La Crónica de León", desde el día 2 de junio al día 20 de junio de 2000, ambos inclusive, y con el contenido que a continuación se dirá, es, o no, constitutiva de la infracción tipificada en el artículo 7 de la Ley de Defensa de la Competencia.

El anuncio en cuestión literalmente decía:

"COMPRADORES Y PROPIETARIOS

"En España, solamente están facultados para mediar en las transacciones inmobiliarias LOS AGENTES DE LA PROPIEDAD INMOBILIARIA COLEGIADOS.

Incurrirán en ILÍCITO ADMINISTRATIVO (sentencia Tribunal Constitucional 25-3-93) quienes ejercieran tal mediación sin poseer el Título Oficial de Agente de la Propiedad Inmobiliaria.

No pague honorarios o comisiones a personas sin titulación oficial. No confíe una operación inmobiliaria a quien este fuera de la Ley".

Dicho artículo 7 de LDC establece 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".

Se trata, pues, de analizar si tal conducta denunciada es constitutiva de competencia desleal.

Ante todo, hemos de recordar que no existe ninguna norma con rango de Ley que reserve con el pretendido carácter de exclusividad que defiende el hoy recurrente, la actividad de intermediación inmobiliaria a las personas que ostenten el denominado título de Agente de la Propiedad Inmobiliaria, y estén integradas como tales en los correspondientes Colegios Oficiales. En este sentido la Sala ya ha venido razonando en anteriores ocasiones (SAN de 6 de octubre de 1997) que a los efectos de la Ley 16/1989 , de Defensa de la Competencia, sólo quedaría justificada una conducta restrictiva de la competencia como la que estamos analizando en el caso actualmente considerado, cuando venga amparada en un precepto con rango de Ley; no, por lo tanto, cuando venga amparada por un precepto que tenga rango meramente reglamentario y que no haya sido dictado en ejecución o con amparo suficiente de un precepto con rango de Ley formal.

Y ello con independencia de que el principio constitucional de reserva de Ley no se haya aplicado por el Tribunal Constitucional con carácter retroactivo, por respecto de reglamentos preconstitucionales; porque una cosa es el tratamiento de la reserva de Ley establecidas en el Texto Constitucional, la Jurisprudencia constitucional dictada en aplicación de estas normas constitucionales y otra muy distinta es la interpretación del artículo 2º de la Ley 16/1989 .

En tal sentido, esta Sala (citemos , por todas, las SSAN de 12 de abril de 2002 y de 15 de octubre de 2003 recaídas, respectivamente, en los recursos nº 417/1999 y 541/2002, respectivamente) ha señalado.

"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 fue 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 los 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". . . .

SEXTO: Las normas de aplicación defienden 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 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.

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."

6. En aplicación del anterior criterio y a la vista del anuncio publicado en el referido medio de comunicación, de gran difusión en la provincia de León, esta Sala ha de ratificar la apreciación del Tribunal de Defensa de la Competencia cuando entiende que en él se incluyen frases y manifestaciones respecto de otros profesionales que no son API y que también intervienen en la actividad de mediación inmobiliaria, que, en su conjunto, inducen a error sobre la exclusividad de dichas funciones y menoscaban el crédito de los competidores que nos son Agentes de la Propiedad Inmobiliaria, resultando claro, en definitiva, que con el mensaje que se está transmitiendo al lector, se pretende la atracción de clientela e inducir a error a las personas a las que se dirige para obtener una ventaja concurrencial constituyendo, por lo tanto, actos de competencia desleal incurso en los artículos 7 y 9 de la Ley de Defensa de la Competencia, teniendo en cuenta, que, de una parte, el Artículo 7 considera "desleal la utilización o difusión de indicaciones incorrectas o falsas, la omisión de las verdaderas y cualquier otro tipo de prácticas que, por las circunstancias en que tenga lugar, sea susceptibles de inducir a error a las personas a las que se dirige o alcanza, sobre la naturaleza, modo de fabricación o distribución, características, aptitud en el empleo, calidad o cantidad de los productos y, en general, sobre las ventajas realmente ofrecidas", señalando por su parte el artículo 9 de la propia Ley 16/89 que "se considera desleal la realización o difusión de manifestaciones sobre la actividad... de un tercero que sean actas para menoscabar su crédito en el mercado, a no ser que sean exactas, verdaderas y pertinentes".

Por ello, la Sala considera la conducta enjuiciada un acto de competencia desleal que, además, es susceptible de distorsionar gravemente la competencia al tratarse de un

sector sensible a las ligeras variaciones de precio, debido a la fácil sustituibilidad entre los profesionales que ofrecen sus servicios, y que ello puede determinar al cliente potencial que se decida por uno u otro profesional y, si en principio al cliente potencial puede resultarle indiferente si el intermediario tiene titulación oficial o no, no ocurre lo mismo si se le dice en un anuncio de prensa como el ahora considerado que sólo unos actúan seria y legalmente y los demás son intrusos que actúan en la ilegalidad, siendo claro que en este último caso la alteración del funcionamiento competitivo del mercado puede llegar a ser ciertamente significativa, como así se entendió en la resolución impugnada que, por tanto, deberá ser confirmada en cuanto a los extremos hasta aquí analizados.

7. Finalmente también la Sala considera correcta las sanciones impuestas con arreglo a los artículos 9 y 10 de la Ley de Defensa de la Competencia .

Sin que las dificultades interpretativas alegadas puedan servir para justificar una conducta que resulta objetivamente contraria a las exigencias de la Ley 16/1989 ; ni, por lo tanto, para enervar la declaración de prohibición de dichas conductas, y correspondiente orden de cesación, por parte del Tribunal de Defensa de la Competencia que, además, ya ponderó todas las circunstancias concretas de la conducta al efecto de graduar la cuantía de la sanción impuesta plenamente ajustada al principio de proporcionalidad, una vez atendida la importancia de la infracción en el mercado afectado así como la duración de la publicación del anuncio y demás circunstancias concretas concurrentes, debiendo ser confirmada, en definitiva, también la resolución impugnada en cuanto a este otro extremo se refiere.

8. Todo lo anterior deriva la procedencia de desestimar el recurso con la paralela confirmación de la resolución impugnada por su conformidad a Derecho.

Sin que se aprecien circunstancias que determinen un especial pronunciamiento sobre costas, según el artículo 139.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa .

FALLO

En atención a lo expuesto la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional ha decidido:

DESESTIMAR el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de D. Lorenzo , contra la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 4 de julio de 2003, con el número de expediente 548/02 a que las presentes actuaciones se contraen y, en consecuencia, confirmar dicha resolución por su conformidad a Derecho.

Sin expresa imposición de costas.

Al notificarse la presente sentencia se hará la indicación de recursos que previene el artículo 248.4 de la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio, del Poder Judicial. Así por esta nuestra Sentencia, testimonio de la cual será remitido en su momento a la Oficina Pública de origen, a los efectos legales oportunos, junto con el expediente de su razón, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION

Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por la Magistrada Ponente en la misma, Ilma. Sra. D^a MARÍA ASUNCIÓN SALVO TAMBO estando celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional; certifico.