

RESOLUCIÓN (Expte. 405/97, Expertos Inmobiliarios 2)

Pleno

Excmos. Sres.:

Petitbò Juan, Presidente
Berenguer Fuster, Vicepresidente
Bermejo Zofío, Vocal
Alonso Soto, Vocal
Hernández Delgado, Vocal
Rubí Navarrete, Vocal
Castañeda Boniche, Vocal

En Madrid, a 28 de julio de 1998.

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (en adelante, el Tribunal), con la composición arriba expresada y siendo Ponente el Vocal D. José Hernández Delgado, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente 405/97 (1512/97 del Servicio de Defensa de la Competencia, en adelante, el Servicio), iniciado por denuncia presentada por la Asociación Profesional de Expertos Inmobiliarios (en adelante, APEI) contra el Colegio Oficial de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria de Aragón y Soria (en adelante, COAPI de Aragón y Soria) por supuestas conductas prohibidas por la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante, LDC), consistentes en la toma de decisiones restrictivas de la competencia materializadas en la decisión de publicar, por la Junta de Gobierno del Colegio denunciado, anuncios sobre su exclusividad en la mediación inmobiliaria y las dudosas gestiones efectuadas por los operadores no pertenecientes a dicho Colegio.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El expediente se inició como consecuencia de la denuncia presentada, con fecha 27 de enero de 1997, por D. Salvador Palomo Torres como Presidente de la APEI, contra el COAPI de Aragón y Soria por supuestas conductas prohibidas por la LDC consistentes en la toma de decisiones restrictivas de la competencia materializadas en la decisión de publicar anuncios en el periódico "El Heraldo de Aragón" desacreditando a los operadores no agentes de la propiedad inmobiliaria (en adelante, API's) y atribuyéndose las funciones de mediación inmobiliaria en exclusiva.
2. Por Providencia de 29 de enero de 1997 del Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia se acordó la admisión a trámite de la denuncia y la incoación del oportuno expediente por prácticas restrictivas de la

competencia prohibidas en los artículos 1.1.b) y 7 de la LDC.

Con esa misma fecha se notificó a las partes interesadas dando traslado de la denuncia.

3. Los hechos que se consideraron probados se recogieron en un Pliego de Concreción de Hechos formalizado con fecha 21 de febrero de 1997, y que se transcribe a continuación (folio 47 del expediente del Servicio).

I.- HECHOS ACREDITADOS

El Colegio Oficial de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria de Aragón y Soria, a través de su Junta de Gobierno, insertó, en el Heraldo de Aragón, el 10 y 24 de febrero y el 17 de abril de 1994, diversos anuncios alertando al público de la dudosa gestión efectuada por operadores no API en general y los Expertos Inmobiliarios en particular, al carecer dichos operadores del correspondiente título o habilitación oficial. Además, indican que la mediación en dicho mercado es exclusiva de los API y que las funciones propias de los API por personas físicas o jurídicas que carecen de título expedido por el Estado constituye un delito de intrusismo definido y penado por el artículo 321 del Código Penal, lo cual no se corresponde con la situación legal vigente, según establece la sentencia del Tribunal Constitucional de 25 de marzo de 1993.

II.- VALORACION JURIDICA

Los hechos acreditados podrían constituir, a juicio de la Instructora, una conducta prohibida por los artículos 1.1. y 7 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia y dan lugar a los siguientes cargos:

CARGO 1º: *Por la toma de decisiones que restringen y falsean la competencia en el mercado nacional.*

Procedimiento seguido por el Colegio en la lucha contra el intrusismo, materializado en la decisión de publicar en su nombre anuncios alertando al público de las dudosas gestiones efectuadas por operadores no API.

CARGO 2º: *Por falseamiento de la competencia por medios desleales.*

Competencia desleal derivada de la publicación de anuncios contra operadores no API, con textos parcialmente falsos y denigrantes, con el objetivo de eliminar del mercado al resto de los operadores, perturbando gravemente la estructura del mercado y afectando al interés público al obstaculizar la

existencia de una competencia suficiente.

Todas estas actuaciones podrían infringir los arts. 1.1b) y 7 de la Ley 16/89 de 17 de julio de Defensa de la Competencia al restringir y falsear la competencia en el mercado inmobiliario de las provincias de Aragón y Soria, tratando de limitar la prestación de los servicios de mediación inmobiliaria y podrían dar lugar a las sanciones previstas en los artículos 9, 10 y 11 de la citada Ley.

Se considera responsable de estos cargos al Colegio de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria de Aragón y Soria."

4. Con fecha 18 de marzo de 1997 el Presidente del COAPI de Aragón y Soria presentó escrito de alegaciones al Pliego de Concreción de Hechos.
5. Declaradas concluidas las actuaciones, el Instructor procedió a redactar el informe previsto en el art. 37.3 de la Ley 16/1989. En dicho informe, de fecha 16 de junio de 1997, se propone al Tribunal, entre otros pronunciamientos:
 - 1º.- Que declare que las decisiones tomadas por la Junta de Gobierno del COAPI de Aragón y Soria al publicar en el Heraldo de Aragón los días 10 y 24 de febrero y 17 de abril de 1994, alertando al público de la dudosa gestión efectuada por operadores no API por carecer dichos operadores del correspondiente título o habilitación oficial, atribuyéndose en exclusiva las funciones de mediación inmobiliaria y acusando de intrusismo a los Expertos Inmobiliarios, constituyen una decisión prohibida por el artículo 1.1.b) de la LDC de la que es responsable el COAPI de Aragón y Soria .
 - 2º.- Que asimismo declare que las actuaciones llevadas a cabo por el COAPI de Aragón y Soria constituyen una conducta prohibida por el artículo 7 de la LDC, consistentes en la publicación de anuncios contra operadores no API, con textos parcialmente falsos y denigrantes, con el objetivo de eliminar del mercado al resto de los operadores, imputable al citado COAPI.
6. Recibido el expediente en el Tribunal el 19 de junio de 1997, mediante Providencia de 25 de junio se acordó, de acuerdo con lo establecido en el artículo 39 de la Ley 16/1989, admitir a trámite el expediente, así como nombrar Ponente y, de acuerdo con el art. 40.1 LDC, dar plazo para solicitar la celebración de vista y proponer las pruebas que estimaran necesarias.
7. Los interesados en el expediente evacuaron el trámite, proponiendo la admisión y práctica de diversas pruebas.

8. Mediante Auto de fecha 24 de septiembre de 1997 el Tribunal acordó admitir y declarar pertinentes determinadas pruebas propuestas por las partes, denegar otras -bien por ser de conocimiento del Tribunal al haber sido publicadas en el B.O.E., bien por considerarlas innecesarias-, no considerar necesaria la celebración de vista que sería sustituida por el trámite de conclusiones y que el pronunciamiento solicitado sobre la caducidad del expediente tendría lugar en la Resolución final que recaiga sobre el mismo.
9. Por Providencia de 28 de noviembre de 1997 el Tribunal acordó, conforme al art. 40.3 LDC, poner de manifiesto a los interesados el resultado de las diligencias de prueba para que alegaran lo que estimasen pertinente sobre su alcance e importancia. Dicho trámite fue evacuado por los interesados.
10. Mediante Providencia de 19 de diciembre de 1997 el Tribunal, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 41.1 LDC, puso de manifiesto el expediente a los interesados para que formularan conclusiones.
11. Los interesados evacuaron el trámite. En su escrito la AEPI formuló las siguientes conclusiones:
 1. El COAPI denunciado publicó varios anuncios en el "Heraldo de Aragón" informando al público en general para que no contratara con otros intermediarios no API's. Su única pretensión al respecto era eliminar competencia del sector.
 2. El COAPI, como interviniente en el mercado, puede ser sujeto pasivo de la actuación de este Tribunal.
 3. El COAPI de Aragón y Soria ha podido incurrir en sendas conductas prohibidas en los arts. 1.1 y 7 LDC.

Por su parte, el COAPI de Aragón y Soria alegó:

1. Nulidad de todas las actuaciones del Tribunal y de la Resolución que, en su caso, se dicte por el mismo dentro de este expediente sancionador, por la inconstitucionalidad de este Tribunal especial que vulnera el principio de unidad jurisdiccional consagrado por el art. 117.5 de la C.E., según declara la Sentencia del Tribunal Constitucional 80/1983, de 10 de octubre.
2. Incompetencia de jurisdicción del Tribunal por las siguientes razones:
 - a) al ser un Colegio Profesional el asunto corresponde la jurisdicción contenciosa;
 - b) al tratarse de informaciones publicadas sería un supuesto de publicidad ilícita cuya conocimiento es exclusivo de la

jurisdicción civil.

3. Caducidad del expediente por transcurso de más de 6 meses desde su inicio por el Servicio.
 4. Inaplicabilidad de la LDC a los hechos imputados, pues los API's son la única profesión reconocida para ejercicio de la mediación inmobiliaria. Tienen exclusividad y oficialidad de su título.
 5. Cobertura legal de las prácticas y acuerdos corporativos (art. 2.1 LDC).
 6. Falta de tipificación específica como infracción en los arts. 1 y 7 LDC de los hechos imputados.
 7. Nulidad por la no comunicación de propuesta sancionadora.
 8. Los hechos denunciados no son infracciones del COAPI, ni infringen la LDC y no han producido alteración en el mercado (ni en precio de inmuebles ni en honorarios de API's), consisten en informaciones del Colegio.
12. Son interesados:
- Asociación Profesional de Expertos Inmobiliarios.
 - Colegio Oficial de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria de Aragón y Soria.

HECHOS PROBADOS

El Tribunal considera probados los siguientes hechos que son admitidos por las partes:

1. El Colegio Oficial de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria de Aragón y Soria, insertó en el diario denominado "Heraldo de Aragón" cuatro anuncios, todos ellos bajo el rótulo de "COLEGIO OFICIAL DE AGENTES DE LA PROPIEDAD INMOBILIARIA de Aragón y Soria", que con el encabezamiento "INFORMA AL PUBLICO EN GENERAL" vienen firmados por "LA JUNTA DE GOBIERNO".
2. El anuncio número 1 (folio 17 del expediente del Servicio) hace, entre otras, las siguientes afirmaciones:

"En relación con la aparición de diversos anuncios y publicidad relacionada con diversos cursos de enseñanza tipo <<MASTER>>, incluso por correspondencia, dirigidos a personas que quieran obtener un diploma que le

permita el ejercicio de Gestión de Fincas, Gestión de la Propiedad Inmobiliaria, Asesoría de la Propiedad Inmobiliaria, Asesor Técnico Inmobiliario, Experto Inmobiliario, Gestor Inmobiliario Promotor Edificaciones (GIPE), etcétera, etcétera y afirmando, al propio tiempo, que pueden ejercer libre y profesionalmente tal supuesta profesión, sin indicar cuál es realmente la actividad profesional tal supuesta profesión, sin indicar cuál es realmente la actividad profesional y contenido de la misma, pero que luego en la práctica lo que se pretende es realizar auténticos actos de mediación inmobiliaria y contestando a la vez a numerosas y constantes consultas a este Colegio, se cree necesario hacer público lo siguiente:

1) *Que la mediación en el mercado inmobiliario (compraventas, permutas, traspasos, hipotecas, arrendamientos...) está reservada profesionalmente a los Agentes de la Propiedad Inmobiliaria por los Decretos de 4 diciembre 69, 25 diciembre 91 y otras disposiciones legales.*

.....

4) *Que la Sentencia del Tribunal Constitucional número 111/93, de 25 de marzo, declara vigente el Decreto de 4-XII-89, y según su artículo 5º para ejercer las actividades de mediación inmobiliaria es necesario poseer el Título Oficial de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria y estar dado de alta en el Colegio Profesional.*

5) *Que el Tribunal de Justicia de la CEE, en su Sentencia de 28 enero 92, y en otras posteriores, ha establecido que las funciones de intermediación reconocidas por el Estado Español, en exclusiva a las personas que ejercen la profesional REGULADA de Agente de la Propiedad Inmobiliaria, están ajustadas al Derecho Comunitario.*

6) *Que por no informar adecuadamente a los receptores de la publicidad los Centros de Enseñanza responsables de aquélla de las actividades de carácter profesional y lucrativo, que por supuesto no pueden ser coincidentes con los de mediación inmobiliaria propias de los Agentes de la Propiedad Inmobiliaria, dicha publicidad puede estar incurso en la ilicitud legal de la publicidad engañosa sancionada por el artículo 5º de la Ley General de Publicidad de 11 noviembre 88 y el art. 2º de la Directiva de la Comunidad Económica Europea 84/450/CEE de 10 de septiembre de 1984.*

Lo que este Colegio hace público para evitar que se abuse de la buena fe de las personas a quienes van dirigidos tales anuncios, señalando que se están ejercitando y se ejercerán las oportunas acciones contenciosas contras

aquéllos que a sabiendas y basándose en tales diplomas ejercitan actividades propias de los Agentes de la Propiedad Inmobiliaria."

3. Los anuncios números 2, 3 y 4 (folios 18, 19 y 20 del expediente del Servicio) básicamente reproducen, con alguna ligera alteración (resaltado de algunas frases en negrilla), respuestas dadas por el Gobierno de la Nación a dos preguntas escritas formuladas por dos diputados, una sobre la previsión del Gobierno para reconocer o regular la profesión de experto inmobiliario y otra sobre el carácter de los cursos realizados por entidades privadas ofreciendo Diplomaturas de Gestión Inmobiliaria y similares, que se acompañan con determinados comentarios. En el anuncio 2 (folio 18 del expediente del Servicio), entre otras cosas, se dice: *"Por ello se recomienda a todos los usuarios y consumidores se aseguren de que el que ofrece tal servicio (el de mediación inmobiliaria y asesoría) en Aragón y Soria pertenece a este Colegio Oficial."*

En los anuncios 3 y 4 (folios 19 y 20 del expediente del Servicio) se hace referencia a la "Asociación Profesional de Expertos Inmobiliarios" indicando que reivindica la legalidad de la profesión de "experto inmobiliario" y que *"el COLEGIO OFICIAL DE AGENTES DE LA PROPIEDAD INMOBILIARIA DE ARAGON Y SORIA se ve en la obligación de poner en conocimiento de los usuarios de los servicios profesionales de la mediación inmobiliaria que la profesión de <<experto inmobiliario>> no está reconocida para el ejercicio de actividades de cualquier género dentro del sector inmobiliario en el Estado Español por la legislación vigente, y no se considera como profesión, ni existe, pues, una formación ni titulación oficial que dé lugar a facultades específicas distintas de la de Agente de la Propiedad Inmobiliaria o de Administrador de Fincas."*

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. En primer lugar, es necesario examinar las siguientes cuestiones previas alegadas por el COAPI de Aragón y Soria: a) nulidad de actuaciones por inconstitucionalidad del Tribunal y por la no comunicación de la propuesta sancionadora; b) incompetencia del Tribunal por corresponder al asunto a la jurisdicción contenciosa o tratarse de un supuesto de publicidad ilícita y c) caducidad.
2. En relación con la primera de las cuestiones planteadas por el COAPI, que el Tribunal es inconstitucional puesto que el art. 117.5 de la C.E. establece el principio de unidad jurisdiccional como base de la organización y funcionamiento de los Tribunales, hay que señalar que en la LDC se concibe al Tribunal de Defensa de la Competencia, aún conservando su nombre

histórico, como un órgano administrativo, adscrito orgánicamente al Ministerio competente por razón de la materia -actualmente el Ministerio de Economía y Hacienda- y que ejerce funciones con plena independencia y sometimiento al ordenamiento jurídico, existiendo un posterior control jurisdiccional de la Audiencia Nacional. A pesar de la interpretación que hace el COAPI, la constitucionalidad del Tribunal de Defensa de la Competencia ha sido reconocida por la Sentencia del Tribunal Constitucional 80/1983, de 10 de octubre, en la que se desestima un recurso de amparo formulado en relación con una de sus Resoluciones.

3. El COAPI también plantea la nulidad de actuaciones por lo que considera la *"omisión de la comunicación de la propuesta de resolución sancionadora con los hechos definitivamente imputados y la propuesta de sanción que el Instructor formula al órgano decisorio"*. Sin embargo, no tiene en cuenta el alegante que se trata de un procedimiento administrativo especial que se desarrolla en dos fases y la propuesta ha sido conocida cuando en la Providencia de admisión a trámite se citaba el art. 40.1 LDC donde se establece que si el Tribunal admitiese a trámite el expediente lo pondrá de manifiesto a los interesados por el plazo de 15 días, dentro del cual podrán solicitar la celebración de vista y proponer las pruebas que estimen necesarias. Por supuesto, el COAPI ha podido tomar vista del expediente y este Tribunal nunca ha negado dicho derecho.
4. Por lo que se refiere a la cuestión suscitada de incompetencia, es doctrina constante de este Tribunal que la LDC es, en cuanto a su aplicación, una Ley de ámbito general, sin excepciones sectoriales, que obliga a todos los sujetos públicos y privados y ha de ser respetada por todos ellos en sus actuaciones como operadores económicos. Dado que la valoración de si existe o no infracción de la LDC corresponde exclusivamente a este Tribunal (con el posterior control jurisdiccional de la Audiencia Nacional, como se ha señalado), no puede alegarse una incompetencia de tipo previo pues corresponde al Tribunal estudiar cada caso concreto para resolver si el Colegio Profesional actúa como operador económico o, por el contrario, realiza una actuación de tipo administrativo que queda al margen de las prohibiciones de la LDC, así como si existe o no amparo legal. De otro modo, nos encontraríamos ante una situación de impunidad de las actuaciones anticompetitivas de los Colegios Profesionales cuando actúan como agentes económicos, lo que sería de todo punto inaceptable.

En este sentido, existen numerosas Resoluciones de este Tribunal. Entre ellas las de 20 de noviembre de 1992 (Expte. 313/92, Colegio Oficial de Arquitectos Vasco-Navarro), de 30 de diciembre de 1993 (Expte. 333/93, PLACONSA), de 28 de julio de 1994 (Expte. 339/93, COAM), de 26 de julio de 1995 (Expte. r 122/95, Cirujanos Taurinos), de 25 de junio de 1996 (Expte. r 160/96,

Aparejadores de Madrid), de 5 de junio de 1997 (Expte. 372/96, Arquitectos de Madrid), de 8 de mayo de 1998 (Expte. 390/96, Arquitectos Asturias), y de 10 de julio de 1998 (Expte. 397/97, Aparejadores Madrid).

En esta misma línea se ha pronunciado la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en sentencia de 12 de noviembre de 1997, en relación con el recurso (número 6/331/1994) del Colegio Oficial de Arquitectos Vasco-Navarro contra la Resolución de este Tribunal de fecha 20 de noviembre de 1992 antes mencionada, que confirma dicha Resolución, declarándola ajustada a derecho.

5. En lo referente a la caducidad del expediente sancionador por el transcurso de más de seis meses desde su iniciación, de acuerdo con lo prescrito en el art. 20.6 del Real Decreto 1398/93, de 4 de agosto, en relación con el art. 43.4 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJAP), también es doctrina constante de este Tribunal (véase por todas la Resolución de 8 de mayo de 1998, Expte. 390/96, Arquitectos Asturias) que hay que tener en cuenta que la LDC es una Ley especial en materia de procedimiento, que en su art. 50 señala la supletoriedad de la Ley de Procedimiento Administrativo. Por su parte, la LRJAP, que ha sustituido a la anterior, establece en el apartado 3 de la Disposición derogatoria que *"se declaran expresamente en vigor las normas, cualesquiera que sea su rango, que regulen procedimientos de las Administraciones Públicas en lo que no contradigan o se opongan a lo dispuesto en la presente Ley."* Por tanto, es evidente que la LDC sigue en vigor en sus aspectos procedimentales en todo lo que no se oponga a la LRJAP, siendo ésta supletoria de aquélla.

El procedimiento de la LDC, además de su vertiente pública, incluye, en la mayoría de los casos, la salvaguardia de un interés privado por lo que, dada la posibilidad de denuncia, en la que el denunciante tenga un interés legítimo y sea considerado como parte en el expediente, dilucidándose un interés privado, no es de extrañar que la iniciación del mismo pueda ser a instancia de parte interesada. Además, incluso en los expedientes iniciados de oficio por conductas prohibidas por la LDC (bien directamente por el Servicio o mediante denuncia de personas no interesadas), dado que, como se señala en el art. 36.4 LDC, se prevé la posibilidad de publicar una nota sucinta sobre los extremos fundamentales del expediente en el BOE y, en su caso, en un diario de circulación nacional o en el de mayor tirada de la provincia en la que se realicen las prácticas objeto del expediente, esto puede dar lugar a la aparición de interesados en el expediente y ser su resolución susceptible de producir los efectos favorables a los mismos.

No hay que olvidar que el art. 13.2 LDC establece que *"la acción de*

resarcimiento de daños y perjuicios, fundada en la ilicitud de los actos prohibidos por esta Ley, podrá ejercitarse por los que se consideren perjudicados, una vez firme la declaración en vía administrativa (por Resolución de este Tribunal) y, en su caso, jurisdiccional.". Así, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera) de 30 de diciembre de 1993 señala que *"es menester que el ejercicio de esas acciones de resarcimiento haya sido precedido de una resolución firme del Tribunal de Defensa de la Competencia en que se haya declarado la existencia de las prácticas restrictivas de la competencia prohibidas, de las que nacen los daños y perjuicios cuyo resarcimiento se pide, constituyendo, por tanto, esa resolución, un requisito de procedibilidad para el ejercicio de la acción indemnizatoria, cuya falta impide a los Juzgados y Tribunales entrar en el conocimiento de las mismas ..."*.

Por tanto, si los denunciados y, en general, los interesados quieren ejercitar acciones de resarcimiento precisan de Resolución de este Tribunal. La caducidad del expediente impediría el ejercicio de las mismas, ocasionándoles un indudable perjuicio.

En este caso, el expediente ha sido iniciado por medio de denuncia y, al tener el denunciante interés legítimo, se le ha considerado interesado en el expediente y el procedimiento es susceptible de producir efectos favorables para los ciudadanos interesados; por lo que no le es de aplicación el art. 43.4 de la LRJAP (sólo aplicable *"cuando se trate de procedimientos iniciados de oficio no susceptibles de producir actos favorables a los ciudadanos"*) y, por lo tanto, no lo es el plazo de caducidad establecido en el Reglamento que la desarrolla.

Otra razón fundamental para la no aplicabilidad del art. 43.4 de la LRJAP, es la multitud de trámites que han de seguirse en dos órganos sucesivamente para que se produzca una resolución que, aún con plazos breves y tasados, haría absurda la aplicación a este procedimiento del plazo de 6 meses establecido en el R.D. 1398/93, que está previsto para actuaciones generales de la Administración en el ámbito sancionador. Así, la Sentencia del Tribunal Constitucional 149/1991 establece que las leyes no pueden interpretarse de forma que conduzcan a resultados absurdos.

La LDC no establece plazos máximos de tramitación, sino plazos para los múltiples trámites previstos en ella, pues se trata de un singular y especial procedimiento a dos niveles: instrucción en el Servicio de Defensa de la Competencia y resolución por el Tribunal. El procedimiento en el Servicio incluye la instrucción de una información reservada, en su caso, la incoación del expediente, la publicación de una nota sucinta en el BOE o en un diario para que cualquiera pueda aportar información en un plazo de hasta 15 días, la práctica de los actos de instrucción necesarios para el esclarecimiento de

los hechos y la determinación de responsabilidades, el establecimiento de un Pliego de Concreción de Hechos, su notificación a los infractores para alegaciones y proposición de pruebas por plazo de 15 días, la valoración de pruebas por plazo de 10 días y la redacción del informe que se eleva al Tribunal (art. 36 y 37 LDC). Llegado el expediente al Tribunal, éste resolverá sobre su admisión en el período de 5 días, poniendo el expediente de manifiesto a los interesados y concediéndoles un período de 15 días para proposición de pruebas y solicitud de celebración de vista; sobre la pertinencia de las pruebas el Tribunal resolverá en el plazo de 5 días; practicada la prueba ante el Tribunal (al menos 20 días), su resultado se pondrá de manifiesto a los interesados para su valoración por un plazo de 10 días; pasando, por fin, a vista o conclusiones (plazo de 15 días), salvo que se aplaze la resolución por acordarse diligencias para mejor proveer o por concurrencia con procedimiento en Organos Comunitarios europeos (arts. 39 a 44). A dichos plazos hay que añadir los de notificación de los citados actos y de recepción de los escritos de los interesados, que pueden presentarlos en multitud de dependencias (art. 38 Ley 30/1992).

Los plazos que la LDC establece para cada uno de los trámites constituyen un equilibrio de garantías para las partes en litigio, asegurando el derecho de contradicción y la igualdad de armas, que hacen imposible que el procedimiento pueda finalizar en su fase administrativa en el plazo de seis meses previsto como norma general por el R.D. 1398/1993. Este hecho es reconocido en la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social que, aparte de establecer en su disposición adicional séptima que *"los procedimientos administrativos en materia de defensa de la competencia se regirán por su normativa específica y supletoriamente por la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común."*, añade un nuevo artículo 56 a la LDC, limitando el plazo máximo de duración del procedimiento a 18 meses ante el Servicio y 12 meses ante el Tribunal con posibilidad de interrupciones por diversas causas.

6. Entrando en el fondo del asunto, es decir, si hay reserva de actividad en favor de los Agentes de la propiedad inmobiliaria (API's), la Sentencia del Tribunal Constitucional 111/1993, de 25 de marzo, en relación con el delito de intrusismo de Agente de la propiedad inmobiliaria, señala, en su fundamento jurídico 10, que el título "en sí" de API no es un "título académico", puesto que ni su obtención requiere la realización de estudios superiores específicos ni es la autoridad académica quien lo concede, sino el Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo (hoy Ministerio de Fomento), y que por ello mismo no puede incluirse dentro de los márgenes de la conducta tipificada en el art. 321.1 del Código Penal, entonces vigente, *"la de quien realizara actos propios de dicha profesión careciendo de la capacitación oficialmente reconocida"*

que para ello se requiere."

En el fundamento jurídico 9 de dicha sentencia se indica que el art. 321.1 del anterior Código Penal debía quedar reservado a "aquellas profesiones que, por incidir sobre bienes jurídicos de la máxima relevancia -vida, integridad corporal, libertad y seguridad-, no sólo necesitan para su ejercicio la realización de aquellos estudios que requieren la posesión de un título universitario ad hoc, sino que también merecen la especial protección que garantiza el instrumento penal frente a toda intromisión que pudiese suponer la lesión o puesta en peligro de tales bienes jurídicos. En tanto que la protección y control de aquellas profesiones que inciden sobre intereses sociales de menor entidad -cual es, sin duda, el caso del patrimonio inmobiliario- quedarían, respectivamente, satisfechas, en su caso, mediante el requerimiento de una simple capacitación oficial para su ejercicio, y con la mera imposición, en su caso, de una sanción administrativa a quienes realizaren <<actos propios>> de las mismas sin estar en posesión de dicha capacitación. Ningún interés público esencial se advierte en la exigencia de un título para la intermediación en el mercado inmobiliario que no responda sino a intereses privados o colegiales, legítimos y respetables, pero insuficientes por sí solos para justificar la amenaza de una sanción penal como la aquí aplicada. Incurriendo, así en una vulneración del principio de la proporcionalidad entre el injusto y la pena que es inherente a un Estado social y democrático de Derecho como el que la Constitución configura (art. 1.1 CE)."

En resumen, según la Sentencia del Tribunal Constitucional el ejercer las funciones propias de Agentes de la propiedad inmobiliaria (o de aquellas otras profesiones que inciden sobre intereses que no merecen la especial protección penal) sin serlo (en este caso, sin cumplir los requisitos de hallarse en posesión del título profesional y estar inscrito en el Colegio correspondiente), no constituiría delito sino que, en su caso, merecería una sanción administrativa. Sin embargo, al no estar prevista dicha sanción en el caso de los API's, por el principio de tipicidad, se ha de concluir que el ejercer las funciones propias de los API's, sin serlo, no es una conducta sancionable, no constituyendo un ilícito administrativo siendo, por tanto, un comportamiento lícito y pudiendo ser realizado libremente.

7. El nuevo Código Penal ha modificado la redacción del artículo dedicado al delito de intrusismo y su nueva redacción ha dado lugar en los Tribunales a sentencias de signo encontrado, sin que pueda hablarse, de momento, de una interpretación uniforme. En cualquier caso, como se examinará a continuación, ello no es relevante para la cuestión que nos ocupa.

En efecto, incluso en el supuesto caso de que se interpretase, de acuerdo

con el art. 403 del nuevo Código Penal, que ejercer las funciones propias de Agente de la Propiedad Inmobiliaria sin serlo fuese un delito de intrusismo, según la jurisprudencia del Tribunal Supremo, ello no quiere decir que los API's tengan la exclusiva de la mediación inmobiliaria. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 1990 (RP 1990, 107), en su fundamento jurídico tercero señala que *"es muy cierto que el artículo 1 del Reglamento de 1969 relaciona, de manera casuística, las operaciones de mediación y corretaje que constituyen el objeto propio de las funciones que desempeñan los profesionales de dicha denominación los cuales, para ser o quedar habilitados como tales han de reunir los requisitos detallados en el artículo 5: titulación profesional e inscripción colegial, como también es cierto que, con arreglo al artículo 3, la actividad profesional de los Agentes está atribuida a las personas físicas y a las sociedades colectivas y comunitarias que hubiesen cumplido los requisitos enumerados en el precepto, pero no deja de tener igual certeza, el dato de que la reglamentación aludida no dedica artículo alguno a proclamar la exclusividad de las <<funciones propias de los Agentes de la propiedad inmobiliaria>>, de tal manera que cupiera entender, inequívocamente al menos en el ámbito del ordenamiento jurídico privado, que sólo y únicamente ellos podían intervenir con plena validez en las operaciones de mediación y corretaje descritas en el artículo 1, característica ésta de la exclusividad que, en cierto modo, no resulta conciliable con la nota de voluntariedad asignada por el artículo a la intervención de los mismos; y, tampoco, ningún otro que estableciera las consecuencias de utilizarse en las operaciones de mediación y corretaje, persona distinta al Agente colegiado."*

Pero es que, además, la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 1995 (RP 1995, 6982), en su fundamento jurídico tercero, señala que las limitaciones de origen reglamentario y preconstitucional del Decreto 3248/1969 entran en pugna con la "libertad de empresa" reconocida "en el marco de la economía de mercado" por el art. 38 de la Constitución y, sobre todo, que *"El criterio de esta Sala, expuesto en la Sentencia de 31 de enero de 1990, que ahora reiteramos y consolidamos, acerca de que el concepto "funciones propias" de los agentes de la propiedad inmobiliaria, no equivale a "exclusividad" de manera que no sólo y únicamente ellos pueden intervenir con plena validez en las operaciones de mediación y corretaje descritas en el art. 1º del Reglamento."*

Por tanto, puede afirmarse que es doctrina jurisprudencial ya consolidada que los API's no tienen exclusividad en la mediación inmobiliaria.

8. Por otra parte y a mayor abundamiento, el Anexo II del Acta de Adhesión de España y Portugal a la Comunidad Europea, sobre Derecho de Establecimiento y Libre Prestación de Servicios, modificó el apartado 3 del

art. 2 de la Directiva 67/43/CEE del Consejo, de 12 de enero de 1967, relativa a la realización de la libertad de establecimiento y de la libre prestación de servicios para las actividades no asalariadas incluidas, entre otras, en el sector de los "Negocios inmobiliarios".

Con dicha modificación, el apartado 3 del art. 2 establece que *"quedarán suprimidas las restricciones a las actividades profesionales citadas, sea cual fuere la denominación de las personas que la ejercen.*

En la actualidad, las denominaciones usuales utilizadas en los Estados miembros son las siguientes:

.....
<<En España:

- *agentes de la propiedad inmobiliaria*
- *administradores de fincas urbanas*
- *agencias inmobiliarias y de alquiler*
- *promotoras inmobiliarias*
- *sociedades y empresas inmobiliarias*
- *expertos inmobiliarios*

....."

Además, cabe recordar, por una parte, que el art. 89 del Código de Comercio instauró el sistema de libertad para la mediación en la contratación mercantil en general, en contrapartida al régimen de monopolio establecido para los mediadores dotados de fe pública y, por otra, que la función de ordenar la profesión que contempla con carácter general el art. 3 de la Ley 2/74, de 13 de febrero, de Colegios Profesionales, de conformidad con lo establecido en el art. 36 de la Constitución, sólo puede ser ejercitada dentro de los límites marcados por las atribuciones otorgadas por la Ley, que deben ser objeto de interpretación estricta. Y ello, porque el principio general de libertad que contemplan los arts. 1.1, 10.1 y 38 de la C.E. autoriza a llevar a cabo todas aquellas actividades que la Ley no prohíba o cuyo ejercicio no se subordine a requisitos o condiciones determinadas, con la justificación de un verdadero interés público subyacente. Lo que no concurre en este caso, de conformidad con la doctrina que emana de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 25 de mayo de 1993, antes citada, según la cual *"ningún interés público esencial se advierte en la exigencia de un título para la intermediación en el mercado inmobiliario que no responda sino a intereses privados o colegiales"* por muy legítimos y respetables que sean.

9. En resumen, de todo ello se deduce que los Agentes de la propiedad inmobiliaria no tienen exclusividad en la mediación inmobiliaria, que es una actividad esencialmente libre. Cuestión distinta es que la persona que no tenga

el correspondiente título profesional pueda usar el nombre de "Agente de la propiedad inmobiliaria".

Los anuncios publicados en el "Heraldo de Aragón", objeto del expediente, cuyas afirmaciones principales están transcritas en los Hechos Probados e incluyen frases como: *"la mediación en el mercado inmobiliario (compraventas, permutas, traspasos, hipotecas, arrendamientos...) está reservada profesionalmente a los Agentes de la Propiedad Inmobiliaria por los Decretos de 4 diciembre 69, 25 diciembre 91 y otras disposiciones legales", "Que la Sentencia del Tribunal Constitucional número 111/93, de 25 de marzo, declara vigente el Decreto de 4-XII-89, y según su artículo 5º para ejercer las actividades de mediación inmobiliaria es necesario poseer el Título Oficial de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria y estar dado de alta en el Colegio Profesional"* (hay que indicar que el art. 5 del Decreto de 4-XII-89 lo que dice es que *"por el ejercicio de la profesión de Agente de la propiedad inmobiliaria se requieren los siguientes requisitos: ..."*, no que dichos requisitos sean necesarios para ejercer las actividades de mediación inmobiliaria), *"las funciones de intermediación reconocidas por el Estado Español, en exclusiva a las personas que ejercen la profesional REGULADA de Agente de la Propiedad Inmobiliaria, están ajustadas al Derecho Comunitario"*, *"dicha publicidad puede estar incurso en la ilicitud legal de la publicidad engañosa"*, *"este Colegio hace público para evitar que se abuse de la buena fe de las personas a quienes van dirigidos tales anuncios"*, *"el COLEGIO OFICIAL DE AGENTES DE LA PROPIEDAD INMOBILIARIA DE ARAGON Y SORIA se ve en la obligación de poner en conocimiento de los usuarios de los servicios profesionales de la mediación inmobiliaria que la profesión de <<experto inmobiliario>> no está reconocida para el ejercicio de actividades de cualquier género dentro del sector inmobiliario en el Estado Español"*, etc son mensajes publicitarios publicados en un diario de información general (no especializado) dirigidos al conjunto de la ciudadanía que contienen, por una parte, afirmaciones, omisiones y juicios incorrectos o falsos que, pretendiendo la atracción de la clientela, son susceptibles de inducir a error a las personas a las que se dirigen y, por otra, actos de denigración ya que pueden menoscabar el crédito del resto de los profesionales en el mercado de la mediación inmobiliaria (arts. 4 y 6 de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad y 7 y 9 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal), los cuales son actos de competencia desleal.

10. Una vez acreditado que los anuncios objeto del expediente constituyen actos de competencia desleal es necesario constatar si se dan los otros dos requisitos que según la doctrina constante de este Tribunal son necesarios para aplicar el art. 7 LDC, es decir, si: a) pueden producir un falseamiento de manera sensible de la libre competencia, en todo o en parte del mercado

nacional y b) por su propia dimensión afecten al interés público.

11. En este caso, las actuaciones llevadas a cabo por el COAPI de Aragón y Soria persiguen una configuración monopolística del mercado de la mediación inmobiliaria, en su ámbito territorial, en beneficio propio, sin que ello suponga ninguna ventaja para los usuarios finales ni tenga como objetivo último razones de interés público. Estas actuaciones, que pueden considerarse importantes, tratan de eliminar del mercado competidores que están introduciendo elementos que favorecen la concurrencia entre distintos operadores económicos. Es el consumidor final quién decidirá, en función de la relación coste-calidad del servicio prestado, el profesional que quiere contratar. Por el contrario, la actuación del COAPI tiende a reducir la capacidad de elección del consumidor, con la consiguiente alteración del orden público económico.

Por tanto, dado que dichos actos suponen un falseamiento de la competencia en el mercado, al intentar eliminar por medios desleales al resto de los operadores y que dicha práctica es de dimensiones suficientes para haber alterado el orden público económico, se cumplen los requisitos necesarios para aplicar el art. 7 LDC.

12. El Servicio considera que la conducta del COAPI de Aragón y Soria infringe tanto el art. 7 LDC por el hecho de publicar los anuncios contra los operadores no API's, como el art. 1 LDC por decidir publicarlos, lo cual es defendible. Sin embargo, aunque la LDC prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva que tenga por objeto, produzca o puede producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o en parte del mercado nacional y la ejecución del acuerdo, decisión o recomendación colectiva es sólo una agravante a tener en cuenta en la sanción, en este caso, dado que el objeto del acuerdo del COAPI de Aragón y Soria consiste en el falseamiento de la libre competencia por actos desleales, el Tribunal considera que los elementos desleales prevalecen sobre los colusorios, por lo que teniendo en cuenta los principios de *non bis in idem* y de proporcionalidad, se aplica solamente el art. 7 LDC.
13. El art. 10 LDC, en relación con el 46.2.d) de la misma, faculta al Tribunal para imponer multa a los agentes económicos que deliberadamente o por negligencia infrinjan lo dispuesto, entre otros preceptos, en el art. 7 LDC. Para determinar la cuantía de la sanción hay que tener en cuenta, por una parte, que en el art. 10.1 se establece el límite máximo de la capacidad sancionadora del Tribunal que, por lo que respecta a las personas jurídicas u operadores económicos que no tienen cifras de negocios, asciende a 150 millones de pesetas; y, por otra, que en el número 2 del citado artículo se establecen los criterios a tener en cuenta para la determinación de la sanción, sujeta lógicamente al límite anterior.

Sin embargo, dado que, cuando se produjeron los hechos (febrero a abril de 1994), no se había fallado la segunda de las Sentencias citadas del Tribunal Supremo (la de 3 de octubre de 1995) que reitera y consolida la anterior en lo referente a la no exclusividad de los API's en la mediación inmobiliaria, que la Sentencia 111/1993 del Tribunal Constitucional era relativamente reciente y que podría pensarse que existía una apariencia de legalidad, el Tribunal considera adecuado ejercer prudentemente la potestad sancionadora, bastando en este caso con la declaración de práctica prohibida, sin imponer, por tanto, sanción económica, 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.

14. El Tribunal, de conformidad con lo dispuesto en el art. 46.5 LDC, ordena al COAPI de Aragón y Soria la publicación, a su costa, de la parte dispositiva de esta Resolución en el Boletín Oficial del Estado y en el mismo diario en que fueron publicados los anuncios.

VISTOS los preceptos citados y los demás de aplicación, este Tribunal

HA RESUELTO

Primero. 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 de diversos anuncios que incluyen manifestaciones falsas y susceptibles de inducir a error al público, al afirmar su exclusividad en la mediación inmobiliaria, así como denigrantes, con el objetivo de eliminar del mercado de mediación inmobiliaria de Aragón y Soria a los operadores que no fuesen 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 autor de dicha práctica restrictiva de la competencia al Colegio Oficial de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria de Aragón y Soria.

Segundo. Intimar al autor de la práctica declarada prohibida para que en lo sucesivo se abstenga 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 del Colegio Oficial de

Agentes de la Propiedad Inmobiliaria de Aragón y Soria.

Comuníquese esta Resolución al Servicio de Defensa de la Competencia y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber a éstos que contra la misma no cabe recurso alguno en vía administrativa pudiendo interponer recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses a contar de su notificación.