

RESOLUCIÓN (Expte. A 30/92)

Pleno

Excmos. Sres.:
Fernández Ordóñez, Presidente
Martín Canivell, Vocal
Bermejo Zofío, Vocal
Alonso Soto, Vocal
Alcaide Guindo, Vocal
de Torres Simó, Vocal
Soriano García, Vocal
Menéndez Rexach, Vocal

En Madrid, a 10 de noviembre de 1.992.

Reunido el Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia, constituido por los señores que se expresan al margen, para ver y fallar el recurso interpuesto por D. Jesús Manuel Pernas Bilbao, en representación de la Asociación Profesional de Expertos Inmobiliarios, contra el Acuerdo del Director General de Defensa de la Competencia de 27 de julio de 1992 decretando el archivo de actuaciones iniciadas por denuncia presentada anteriormente por el recurrente.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El 29 de mayo de 1992 tuvo entrada en la Dirección General de Defensa de la Competencia escrito de denuncia de D. Jesús Manuel Pernas Bilbao, en representación de la Asociación Profesional de Expertos Inmobiliarios, contra el Consejo General de los Colegios Oficiales de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria de España por realizar actos de acusación de intrusismo a quienes no tengan la condición de agentes de esos Colegios y se dediquen a la mediación inmobiliaria, adjuntándose a la denuncia recortes de prensa para probar las aseveraciones hechas por el denunciante y copias de Sentencias, según las cuales, decía, aparecía que los citados agentes no tienen la exclusiva en el ejercicio de funciones mediadoras inmobiliarias.
2. La Dirección General de Defensa de la Competencia acordó llevar a cabo una información reservada, dando a estas actuaciones el número 843/92 y requerir al Consejo General de Colegios Oficiales de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria para que informara sobre el número de agentes colegiados, explicara la situación jurídica actual sobre la profesión en España y en la Comunidad Europea, indicara el número de agencias y

profesionales no APIs y proporcionara cualquiera otra información que considerara oportuno aportar.

Una vez completados por el denunciante datos sobre requisitos exigidos para ser experto inmobiliario y número de los existentes en la actualidad y recibida contestación del Consejo General de los Colegios Oficiales de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria, que indicó eran 6.978 los APIs existentes en España, de los que 5.361 en ejercicio, el Director General de Defensa de la Competencia acordó, el 27 de julio siguiente, el archivo de las actuaciones.

3. El 3 de agosto de 1992 el Sr. Pernas Bilbao dirigió a este Tribunal escrito planteando recurso contra el Acuerdo de archivo de su denuncia por la Dirección General, alegando que los profesionales no APIs son competidores de los mismos en el mercado inmobiliario, que no existe disposición con rango de Ley que regule estas actividades profesionales y que no señala el Acuerdo que recurre qué artículo de la Ley de Colegios Profesionales autoriza prácticas prohibidas.
4. El Servicio de Defensa de la Competencia remitió las actuaciones practicadas, en unión de informe en el que manifestaba que el recurso se había interpuesto dentro de plazo y reiteraba su argumentación para dictar el Acuerdo objeto de recurso.
5. Puesto de manifiesto el expediente a los interesados, ha presentado escrito el Procurador D. Santos de Gandarillas Carmona, en nombre y representación del Consejo General de Colegios Oficiales de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria, manifestando: que la regulación de actividades de esta profesión está recogida en el Decreto de 4 de diciembre de 1969, ratificado

por una norma con rango de Ley, cual es la de 13 de febrero de 1974, de Colegios Profesionales; que en esa disposición de 1969 se atribuye la mediación profesional en el mercado inmobiliario con carácter de propio a los agentes de la propiedad inmobiliaria; que el Tribunal de Justicia de las CEE ha declarado que el Derecho Comunitario "no se opone a una normativa nacional que reserve ciertas actividades incluidas en el sector de los negocios inmobiliarios a las personas que ejercen la profesión regulada de Agente de la Propiedad Inmobiliaria"; que la jurisprudencia ha sido constante en sancionar como intrusismo la actividad de este tipo realizada por quien no tuviera el título de API; que no se explica en ningún momento por el denunciante quién ha dado el título de experto inmobiliario a quienes lo ostentan; y, en fin, la conveniencia de obtener seguridad jurídica en la regulación de títulos profesionales como el de API de gran transcendencia para la economía del país.

A su escrito une copia del poder en favor del Sr. Procurador que firma el escrito, copias de Sentencias del TCEE de 28 de enero y 25 de junio de 1992, del Tribunal Supremo de 10 de junio de 1992 y de varios escritos del Ministerio de Obras Públicas.

6. Son interesados la Asociación Profesional de Expertos Inmobiliarios y el Consejo General de Colegios Oficiales de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria.

Ha sido Ponente el Sr. D. Joaquín Martín Canivell.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

- 1.- El Acuerdo del Servicio de Defensa de la Competencia objeto de recurso entiende que, por aplicación del artículo 2.1 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia, no es aplicable en el presente caso el artículo 1 de esta última Ley, al existir una normativa reglamentaria de los Agentes de la Propiedad Inmobiliaria -el Decreto 3248/69 del Ministerio de la Vivienda- y establecer la disposición transitoria 1ª de la Ley de Colegios Profesionales que continúen vigentes las disposiciones reguladoras de esos Colegios promulgadas con anterioridad.
- 2.- Se hace preciso, pues, un análisis de lo que establece el artículo 2.1 de la Ley de Defensa de la Competencia para verificar si, en efecto, en el presente caso, debe aplicarse su contenido. Dice ese artículo: "Las prohibiciones del artículo 1º no se aplicarán a los acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas que resulten de la aplicación de una Ley o de las disposiciones reglamentarias que se dicten en aplicación de una Ley".

Son dos las cuestiones que se plantean:

- 3.- En primer lugar, la cuestión general de decidir qué normas administrativas pueden convertir las conductas prohibidas en el artículo 1º en autorizadas, de acuerdo con la excepción prevista en el artículo 2.1. El Tribunal considera que en aplicación de la Ley 16/1989, está obligado a considerar prohibidas todas las conductas descritas en el artículo primero de la misma, y sólo aceptar como autorizadas aquellas conductas que, como dice el artículo 2.1, resulten de la aplicación de una ley o de las disposiciones reglamentarias que se dicten en aplicación de una ley. En consecuencia, el Tribunal considera que las conductas descritas en el artículo 1º están prohibidas, incluso aunque estén amparadas por normas administrativas, salvo que éstas cumplan con los requisitos descritos en el artículo 2.1.

Entiende el Tribunal que no cabe hacer una interpretación laxa, según la cual las conductas pasarían de ser prohibidas a ser autorizadas en cuanto estuvieran amparadas por cualquier tipo de norma, han de ser normas que estén directamente relacionadas con la conducta objeto de consideración.

- 4.- En segundo lugar, se plantea la cuestión concreta de si la norma en la que se ampara la conducta en este caso -el Decreto 3248/1969, de 4 de diciembre-, es o no un "reglamento en aplicación de la Ley". El Decreto 3248 de 1969, de 4 de diciembre, establece que son funciones propias de los agentes de la propiedad inmobiliaria las actividades de mediación y corretaje en compra-ventas, permutas, préstamos hipotecarios, arrendamientos, cesiones y trasposos de fincas rústicas y urbanas, así como la evacuación de consultas y dictámenes sobre su valor. Este Decreto sólo podrá ser obstáculo a la posibilidad de perseguir hechos que parezcan contrarios a la competencia si ha sido dictado en aplicación de una Ley. Y para averiguar esto se hace preciso examinar dos cuestiones: Una, si la Ley de Colegios Profesionales autoriza a dictar el Decreto 3248/1969. La segunda, si debe entenderse que la Disposición Transitoria Primera de la Ley de Colegios Profesionales deja subsistente este Decreto.
- 5.- El artículo 36 de la Constitución Española establece que la Ley regulará las peculiaridades propias del régimen jurídico de los Colegios Profesionales y el ejercicio de las profesiones tituladas. Respecto a las peculiaridades de los Colegios, existe la Ley de Colegios Profesionales cuya finalidad, como su propio nombre indica, es la regulación de esos órganos colegiales que encuadran a los profesionales. Sin embargo, no establece esa Ley las condiciones que los profesionales mismos han de reunir y cuáles son las actividades y funciones que sean propias de cada clase de ellos. Los Colegios sólo pueden colaborar, a través de sus órganos superiores, informando sobre los proyectos de disposiciones que se refieren a las condiciones generales de las funciones profesionales (artículo 2.2 de la Ley de 13 de febrero de 1974 de Colegios Profesionales), pero no puede decidir la definición de actividades propias de una profesión aunque la misma Ley establezca entre los fines esenciales de los Colegios la ordenación del ejercicio de las profesiones (artículo 2.3), porque en esa facultad de ordenación no se puede incluir la determinación de la clase de actividades, que corresponde hacerse por Ley, sino sólo la forma de realizar su ejercicio.
- 6.- La disposición transitoria 1ª de la misma Ley de Colegios Profesionales no deja subsistentes más que las normas reguladoras de los mismos Colegios, de sus Consejos Superiores y sus Estatutos, por lo que no puede cubrir el contenido total del citado Decreto de 1969 en aquellos aspectos que no se refieren a la organización colegial, como son los Capítulos I y II del Título I,

que se refieren, respectivamente, a las funciones de los agentes de la propiedad inmobiliaria y a los requisitos necesarios para el ejercicio de la profesión de API.

- 7.- En ausencia, pues, de un precepto legal del que pudiera ser aplicación el Decreto 3248/69, no puede estimarse que constituya una reglamentación de aplicación de una Ley y, por tanto, no es suficiente obstáculo para que no pueda, en principio, ser aplicado el artículo 1º de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia, a unos actos denunciados que pudieran, en definitiva, ser contrarios a la competencia, según logre establecerse en el correspondiente expediente.
- 8.- No es preciso para llegar a la anterior conclusión estimar que carece de validez el Decreto 3248/1969, cuestión que, por otra parte, no es de la competencia de este Tribunal, órgano administrativo que, en ningún caso, puede resolver sobre la validez de una norma de carácter general, toda vez que es cuestión reservada a los Tribunales que controlan la potestad reglamentaria (artículo 106.1 de la Constitución Española) y ante los que, en su jurisdicción contencioso-administrativa, podrán ser impugnadas directamente las disposiciones de carácter general que dictare la Administración del Estado (artículo 39.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa). Sólo es posible al Tribunal de Defensa de la Competencia, según el artículo 2.2 de la Ley 16/1989, dirigir propuesta motivada al Gobierno de modificación o supresión de situaciones de restricción de la competencia establecidas de acuerdo con normas legales.

Pero, sin negar la validez de una norma y sin por ello impedir su aplicación a otras cuestiones, sí puede decidir el Tribunal que el Decreto 3248/1969, en los dos primeros Capítulos de su Título I -al no constituir "prima facie" disposición reglamentaria que aplica un precepto con rango de Ley- no puede servir para fundamentar una excepción a la aplicación del artículo 1º de la Ley 16/1989, ya que no constituye disposición reglamentaria dictada en aplicación de una Ley. Todo ello sin prejuzgar el resultado de las investigaciones que se realicen en el curso del expediente cuya apertura procede.

VISTOS los preceptos legales aplicables, el Tribunal

RESUELVE

Estimar el recurso interpuesto por D. Jesús Manuel Pernas Bilbao, representante de la Asociación Profesional de Expertos Inmobiliarios, contra el Acuerdo de la Dirección General de Defensa de la Competencia, de 27 de julio de 1992, decretando el archivo de las actuaciones seguidas por dicha Dirección General con el número 843/92, cuyo Acuerdo se revoca y deja sin efecto. Procédase por el Servicio de Defensa de la Competencia a la instrucción del correspondiente expediente en averiguación de los hechos denunciados.

Notifíquese esta Resolución a los interesados y comuníquese al Servicio de Defensa de la Competencia al que se remitirán las actuaciones que ya ha practicado y participése a los interesados que contra esta Resolución podrán interponer recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses contados desde el momento de haberseles notificado.

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL SR. SORIANO GARCÍA

No coincido con el parecer de la mayoría por razones procesales. A mi juicio, es claro que el Tribunal de Defensa de la Competencia no puede perseguir conductas, aunque sean claramente anticompetitivas, si están amparadas por normas reglamentarias.

1º El análisis de la potestad reglamentaria solamente corresponde realizarlo a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (art. 1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en conexión con el artículo 106.1 y 117.3 de la Constitución Española). Mientras esté en vigor un Reglamento, los órganos de la Administración tienen el deber de acatarlo y no pueden ni omitirlo, ni desconocerlo, ni inaplicarlo. Y cuando juzguen que es ilegal un Reglamento, deben acudir a los remedios procesales previstos en el Ordenamiento; en concreto, cuando quepa, habrán de utilizar la fórmula de la revisión de oficio, o el recurso de lesividad, según sean los distintos supuestos, o la abrogación de la norma.

Siendo así que en este caso existe un Decreto (3248/1969, de 4 de diciembre), este Tribunal, que es un órgano administrativo y sin personalidad distinta de la Administración General del Estado, debió de acatarlo y cumplirlo en su Resolución, sin perjuicio de utilizar la fórmula prevista en el art. 2.2 de la Ley de Defensa de la Competencia.

- 2º Ello no obsta a que la interpretación que se haga sea siempre muy estricta a fin de salvaguardar en la medida legal posible los poderes del Tribunal de Defensa de la Competencia. No toda norma supuestamente reglamentaria tiene que ser soportada por este Tribunal como si fuera efectivamente un Reglamento.

Entiendo por Reglamento solamente aquella norma escrita dictada por la Administración en uso de una habilitación y realizada por el órgano legalmente competente.

Cuando no se den todos esos requisitos, que además hay que analizar muy rigurosamente, creo que con todo fundamento este Tribunal de Defensa de la Competencia puede desconocer al acto presuntamente reglamentario y puede, en consecuencia, entrar a enjuiciar una conducta aunque existiera una norma aparentemente reglamentaria que la cubriera.

- 3º Esta interpretación del art. 2.1. de la Ley 16/1989 de Defensa de la Competencia (que dice: "Las prohibiciones del artículo 1º no se aplicarán a los acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas que resulten de la aplicación de una Ley o de las disposiciones reglamentarias que se dicten en aplicación de una Ley"), se confirma precisamente en el art. 2.2. de la citada Ley, ("El Tribunal de Defensa de la Competencia podrá formular propuesta motivada al Gobierno, a través del Ministro de Economía y Hacienda, de modificación o supresión de las situaciones de restricción de la competencia establecidas de acuerdo con las normas legales"). No en vano se encuentra éste último precepto precisamente bajo el mismo epígrafe legal que el anterior, "conductas autorizadas por Ley", cerrando así el círculo de las potestades que este Tribunal de Defensa de la Competencia tiene cuando ha de enfrentarse con el enjuiciamiento de conductas anticompetitivas autorizadas por una norma administrativa.

Para eso, precisamente, está esa facultad de elevar mociones, que virtualmente el ordenamiento atribuye a muy contados y excepcionales órganos administrativos.

- 4º No entenderlo así implica, a mi juicio, colocar al administrado ante una disyuntiva irresoluble: o acomoda su conducta a lo dispuesto en el Reglamento, en cuyo caso podría resultar sancionado por este Tribunal, o tiene que incumplir lo establecido en el Reglamento, en cuyo caso por definición infringe esa norma reglamentaria. Esta es cabalmente la situación en que puede hacer su aparición el principio de "confianza legítima", principio éste que sirve para demostrar, una vez más, que la interpretación correcta consiste en que corresponde con exclusividad a los órganos de la Jurisdicción

Contencioso-Administrativa depurar los Reglamentos ilegales, ilegalidad ésta que puede producirse, desde luego, por violación de esta Ley de Defensa de la Competencia, al ser una ley general y al superarse la concepción de jurisdicción especial que latía en la Ley 110/1963, de 20 de julio, de Represión de Prácticas Restrictivas de la Competencia.

- 5º Es cierto que existe una "vinculación más fuerte a la Ley que al Reglamento". De igual manera que existe una "vinculación más fuerte a la Constitución que a la Ley". Pero precisamente para resolver la primacía de una norma sobre otra se han creado las respectivas jurisdicciones constitucional y contencioso-administrativa, sin que un órgano administrativo, como es este Tribunal de Defensa de la Competencia, pueda obviar la vinculación reglamentaria so pena de violar el principio de jerarquía normativa establecido en la Constitución (art. 9.3) y en la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado (art. 23), en conexión con el art. 2 de la Ley 16/1989.
- 6º El art. 2.1 de la Ley de Defensa de la Competencia ha de interpretarse en conexión con el resto del Ordenamiento. En este caso, en conexión con el art. 97 de la Constitución -que atribuye al Gobierno la potestad reglamentaria- y con el art.106 (Los Tribunales controlan la potestad reglamentaria).

Así, en mi opinión, cuando el art. 2.1 de la Ley de Defensa de la Competencia permite que conductas anticompetitivas puedan ser establecidas por Ley o por Reglamento en ejecución de Ley, lo que nos está diciendo es que la genuina potestad reglamentaria es un obstáculo definitivo para que este Tribunal de Defensa de la Competencia pueda enjuiciar las conductas anticompetitivas. Cuando se refiere a los reglamentos ejecutivos, mi punto de vista es que la Ley 16/1989 se ha limitado a especificar un tipo de Reglamento, precisamente el que más habitualmente se utiliza para cubrir una conducta anticompetitiva. Pero no está diciendo, porque constitucionalmente no lo puede decir, que, cuando un Reglamento orgánico o independiente ampare una conducta anticompetitiva, este Tribunal de Defensa de la Competencia lo pueda desconocer. Tan Reglamento es un Reglamento independiente como un Reglamento ejecutivo. Y tan norma lo es en uno u otro caso, supuesto que quepa la figura de reglamento independiente. Quizás la verdadera razón de que el art. 2.1 de la Ley 16/1989 se haya referido solamente a los Reglamentos ejecutivos se encuentra en la conocida polémica doctrinal que afirma que solamente existen Reglamentos ejecutivos de la Ley y que el Reglamento independiente no existe.

Sea como sea, e incluso para el caso de que efectivamente tenga carta constitucional el Reglamento independiente, a mi juicio este Tribunal de Defensa de la Competencia, como órgano administrativo que es, no puede dejar de tenerlo en cuenta. Tal es mi deducción del art. 97 de la Constitución

en relación con los arts. 9, 103 y 106 de la Carta Magna, que en todo caso son los parámetros interpretativos del art. 2.1 de la Ley 16/89.

Por todo ello, en mi opinión, debió confirmarse el archivo de la Dirección General de Defensa de la Competencia, por razones estrictamente procesales, sin perjuicio de que en cuanto al fondo pueda en su momento coincidir con las razones materiales de la futura Resolución, basándome en ese hipotético momento en razones de Derecho sustantivo de la competencia.