

# La aplicación de los principios de culpabilidad y proporcionalidad en los procedimientos sancionadores de defensa de la competencia. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 2005

Por Ana Rodríguez Encinas, Abogado (Uría Menéndez)

## 1. Introducción

El 9 de marzo de 2005, la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (“TS”) dictó sentencia estimando el recurso de casación interpuesto por el Consejo General de los Colegios Oficiales de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria de España (el “**Consejo General**”), así como por varios Colegios Oficiales de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria (“**COAPIS**”)<sup>1</sup> contra la sentencia de la Audiencia Nacional que confirmó la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia (“**TDC**”), por la que se imputaba a estas entidades la comisión de determinadas prácticas contrarias a los artículos 1 y 7 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (“**LDC**”).

## 2. Procedimiento

Con fecha 19 de noviembre de 1998, el TDC adoptó una resolución en el Expediente 357/95, “*Expertos Inmobiliarios*” (la “**Resolución del TDC**”) por la que declaraba la comisión por el Consejo General y los COAPIS de dos prácticas restrictivas de la competencia contrarias a los artículos 1.1. y 7 LDC e imponía al primero una sanción por importe de quinientas mil pesetas.

Las prácticas que el TDC consideró restrictivas fueron las siguientes:

- Una práctica consistente en recomendar a los COAPIS la adopción de medidas cautelares al objeto de que ningún API contratase sus servicios con personas cuya actividad u objeto social fuera la prestación de servicios relacionados con las funciones propias de los API. El TDC consideró que esta práctica se encontraba prohibida por el Art. 1.1 LDC y declaró responsable al Consejo General, imponiéndole una sanción por importe de quinientas mil pesetas (3.005 Euros).
- Una práctica consistente en la publicación de anuncios que contenían frases o expresiones falsas o denigratorias de los operadores no API, que el TDC estimó susceptibles de alterar de modo significativo el funcionamiento competitivo del mercado de prestación de servicios de intermediación inmobiliaria. El TDC consideró que esta práctica se encontraba prohibida por el Art. 7 LDC y declaró responsables a los COAPIS recurrentes, si bien no impuso a éstos sanción alguna en atención a que en su conducta no concurrió dolo o culpa.

Contra la Resolución del TDC, el Consejo General y los COAPIS interpusieron recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, que fue desestimado mediante

---

<sup>1</sup> Los recurrentes son los COAPIS de Álava, Badajoz, Guipúzcoa, Huelva, La Rioja, La Coruña, Las Palmas de Gran Canaria, Santa Cruz de Tenerife y Vizcaya.

sentencia de fecha 12 de abril de 2002 (la “**Sentencia Recurrída**”). Contra ésta el Consejo General y los COAPIS interpusieron recurso de casación el 28 de junio de 2002, cuya sustanciación ha dado lugar a la sentencia del Tribunal Supremo objeto del presente comentario.

### 3. Motivación de la Sentencia Recurrída

La Sentencia Recurrída confirma en todos sus pronunciamientos la Resolución del TDC, sobre la base de dos razonamientos principales que, a su juicio, desvirtúan las alegaciones formuladas por los recurrentes.

En primer lugar, el Consejo General alegó durante el procedimiento que su actuación - la adopción de una recomendación dirigida a los APIS para evitar la contratación de servicios con terceros - se encontraba cubierta por el artículo 2.1 de la LDC - en la medida en que quedaba inscrita dentro de las funciones que les atribuye el artículo 5.i) de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, que aprueba las normas reguladoras de los Colegios Profesionales (“LCP”)<sup>2</sup>. La controversia existente en aquel momento acerca de cuáles eran las titulaciones requeridas para el desarrollo de la actividad de intermediación inmobiliaria justificaría que el Consejo General estimase como propio de sus funciones la adopción de la recomendación controvertida. Frente a ello, la Audiencia Nacional estima que dicha recomendación excedió de las funciones públicas que el Consejo General tenía atribuidas como Colegio Profesional, por lo que no se encontraba amparada por precepto legal alguno. En consecuencia, la Sentencia Recurrída concluye que debe reputarse como una recomendación colectiva contraria a la libre competencia y, en particular, al artículo 1.1. LDC, en la medida en que restringía la posibilidad de que los APIS concluyesen contratos de arrendamiento de servicio con terceros operadores.

En segundo lugar, por lo que se refiere a la conducta consistente en la publicación por los COAPIS de anuncios en los que se señalaba que el título de experto inmobiliario no facultaba para el desarrollo de la actividad de intermediación inmobiliaria, la Audiencia mantiene la calificación de desleal atribuida por el TDC. Y ello pese a reconocer que no concurrió dolo o culpa en la conducta de los COAPIS, en la medida en que el tenor literal del Real Decreto 3248/1969, de 4 de diciembre, por el que se aprobaba el Reglamento de los Colegios Oficiales y de su Junta Central (el “**Real Decreto 3248/1969**”) permitía sostener una interpretación conforme a la cual el título oficial de API era el único que habilitaba para el ejercicio de la actividad señalada. Tal interpretación venía además avalada por diversas sentencias del Tribunal Supremo, lo que demuestra que no existía una doctrina jurisprudencial clara y uniforme respecto de la legitimidad de las atribuciones a los COAPIS para emprender acciones destinadas a evitar el intrusismo profesional.

El razonamiento de la Audiencia para llegar a esta conclusión parte de considerar que lo que permite justificar la ausencia de elemento volitivo o culposo es únicamente la exención de responsabilidad sancionadora por la comisión de la infracción y, en

---

<sup>2</sup> El artículo 5.i) recoge entre las funciones de los Colegios Profesionales la ordenación de la actividad de los colegiados, velando por la ética y la dignidad profesionales.

consecuencia, la no imposición de sanción. Sin embargo, el principio de buena fe no debe tomarse en consideración para la determinación del carácter infractor de una conducta - en el presente supuesto de la conducta desleal derivada de la publicación de informaciones que no resultaban veraces, exactas, correctas o pertinentes - ya que la realización del tipo objetivo de la infracción no requiere de la concurrencia de intencionalidad. Junto a ello, la Audiencia Nacional señala que la actuación de los COAPIS tenía aptitud para distorsionar de modo efectivo la competencia en el mercado de la intermediación inmobiliaria, incidiendo en la decisión de los consumidores en relación con la elección de los intermediarios. En consecuencia, la Sentencia Recurrída concluye confirmando la comisión por los COAPIS de una infracción del artículo 7 LDC.

#### **4. Motivos de casación invocados por los recurrentes**

El recurso de casación interpuesto por el Consejo General y los diversos COAPIS contra la Sentencia Recurrída se articula sobre la base de siete motivos de casación susceptibles de agrupación en dos categorías:

- (i) Vulneración del deber de congruencia.
- (ii) Infracción de normas del ordenamiento jurídico<sup>3</sup>.

Dentro de esta segunda categoría de motivos - que, como se expondrá en el apartado quinto del presente comentario, será acogida por la sentencia del Tribunal Supremo - los recurrentes alegaban la vulneración por la Audiencia Nacional del principio de culpabilidad al sancionarse a los COAPIS recurrentes, pese a reconocerse por el TDC al ausencia de dolo o culpa en su conducta (motivo sexto del recurso de casación).

#### **5. Motivación subyacente a la estimación del recurso. La aplicación de los principios de culpabilidad y proporcionalidad en los procedimientos sancionadores en materia de competencia**

El Tribunal Supremo acoge parcialmente los motivos de casación alegados por los recurrentes, en particular, los relativos a la infracción de normas. El Alto Tribunal estima que la Sentencia Recurrída ha incurrido en error de Derecho al declarar los actos imputados al Consejo General y a los diversos COAPIS como constitutivos de una infracción de los artículos 1 y 7 LDC.

---

<sup>3</sup> En concreto los recurrentes alegan la vulneración por la Sentencia Recurrída de los siguientes preceptos legales: el artículo 5.1 LCP y el artículo 27 del Real Decreto 3248/1969, al confirmar la validez de la sanción económica impuesta al Consejo General por la realización de una conducta que podría reputarse legal a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Supremo; los artículos 1, 10.1 y 2.1 LDC, en la medida en que la conducta del Consejo General no produjo el efecto de restringir o falsear la competencia, puesto que la recomendación no llegó a ser ejecutada. Junto a ello se alega que la conducta debía considerarse amparada por el artículo 2.1 LDC; el artículo 5.1) LCP y los artículos 1 y 5 del Real Decreto 3284/1969, entre otras normas, en la medida en que la sentencia incurre en error de derecho al considerar ilícitos los anuncios publicados por los COAPIS, puesto que su contenido se ajustaba a la legalidad vigente y a la jurisprudencia; y el artículo 7 LDC, puesto que la conducta enjuiciada no constituyó un acto de competencia desleal.

El aspecto más relevante de la sentencia es, sin lugar a dudas, el análisis que realiza respecto de la aplicación de los principios de culpabilidad y proporcionalidad en el ámbito de un procedimiento sancionador en materia de defensa de la competencia.

En este sentido, el Tribunal Supremo parte de señalar que el enjuiciamiento de una conducta que pueda resultar constitutiva de infracción de la normativa de competencia no puede realizarse de modo abstracto, esto es, desvinculado de los intereses jurídicos que la LDC pretende tutelar. Por el contrario, la valoración de tal conducta debe tomar en consideración tanto la concurrencia del elemento volitivo, que determinará la existencia de responsabilidad en la comisión del ilícito administrativo, como su grado de incidencia sobre el mercado.

El Alto Tribunal subraya que el principio de culpabilidad constituye un principio estructural básico del Derecho Penal y del Derecho Administrativo sancionador y un límite infranqueable al ejercicio del *ius puniendi* del Estado. Este principio, que a su vez actúa como determinante del principio de responsabilidad y protector del derecho a un procedimiento sancionador con todas las garantías, condiciona la imposición de sanciones a la concurrencia del elemento subjetivo de culpa en la conducta del imputado.

A la luz de lo anterior, el Tribunal Supremo enjuicia el análisis realizado por la Sentencia Recurrída y concluye que ésta ha vulnerado los principios de culpabilidad y proporcionalidad.

Así, por lo que se refiere la recomendación del Consejo General que es objeto de valoración, el Alto Tribunal toma en consideración la situación de incertidumbre jurídica existente en el momento de su adopción respecto de existencia de una reserva de carácter exclusivo en favor de los APIS para el desarrollo de las funciones de mediación inmobiliaria, debido a la existencia de sentencias divergentes en la materia.

Junto a ello, el Tribunal analiza la aplicación del principio de proporcionalidad a la conducta enjuiciada y concluye que la sala de instancia ha vulnerado igualmente este principio al no tomar en consideración que la recomendación no ha producido efecto alguno en el mercado afectado, al no haber llegado a concretarse ni a ejecutarse las medidas cautelares recomendadas.

De ambos factores, el Alto Tribunal concluye que la recomendación adoptada por el Consejo General no tenía como objeto directo lesionar la competencia, sino únicamente aplicar el cuerpo normativo vigente en aquel momento en materia de acceso a la profesión de API y que a su vez careció de efecto negativo alguno sobre el mercado, por lo que no cabe reputar dicha conducta como merecedora de sanción alguna.

En cuanto a la aplicación del artículo 7 LDC a los anuncios realizados por los COAPIS recurrentes el Tribunal Supremo, aplicando de nuevo el principio de culpabilidad, concluye que la sentencia ha incurrido en error de Derecho al no tomar suficientemente en consideración la ausencia del elemento intencional o negligente en las conductas reputadas desleales. El Tribunal estima además que no procede considerar que las conductas sean susceptibles de alterar de manera significativa el funcionamiento competitivo de este sector de actividad profesional y que el momento de incertidumbre

legislativa y jurisprudencial en que se produjeron los hechos priva a estos de todo carácter anticompetitivo.

Por último, el Tribunal valora igualmente la necesidad de aplicación del principio de proporcionalidad a la conducta de los COAPIS y considera que la Resolución del TDC que imputa a los COAPIS la realización de actos desleales que falsean de modo sensible la competencia resulta desproporcionada para cumplir el objetivo de preservar el interés público en el mantenimiento de una competencia efectiva, dada la apariencia de legalidad de la actuación colegial en el momento en que se produjo.

Por los motivos expuestos, el Tribunal Supremo acuerda estimar el recurso de casación y anular la Sentencia Recurrída, así como la Resolución del TDC, en todos sus pronunciamientos.

## **6. Conclusión**

La sentencia del Tribunal Supremo viene a confirmar la línea jurisprudencial sostenida en otras sentencias recientes del Alto Tribunal, como la de 23 de marzo de 2005, recurso núm. 4777/2002 - en relación con una conducta de abuso de posición de dominio por parte de Telefónica -, respecto de la necesidad de la concurrencia de dolo o culpa en la conducta del infractor como límite inexcusable e ineludible del ejercicio del *ius puniendi* en el ámbito de los procedimientos sancionadores en materia de competencia.