

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAÍS VASCO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO N° 275/2018**

**PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

**SENTENCIA NÚMERO 397/2018**

ILMOS. SRES.

PRESIDENTE:

D. LUIS JAVIER MURGOITIO ESTEFANÍA

MAGISTRADOS:

D. JUAN ALBERTO FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ

DÑA. PAULA PLATAS GARCÍA

En Bilbao, a veintiocho de diciembre de dos mil dieciocho.

La Sección 1<sup>a</sup> de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, compuesta por el Presidente y Magistrados/as antes expresados, ha pronunciado la siguiente SENTENCIA en el recurso registrado con el número 275/2018 y seguido por el procedimiento ordinario, en el que se impugna la Resolución de 30 de enero de 2018 del Consejo Vasco de la Competencia que sancionó a la recurrente por la comisión de dos infracciones del artículo 1 de la Ley de defensa de la competencia.

Son partes en dicho recurso:

**-DEMANDANTE:** EL COLEGIO DE AGENTES DE LA PROPIEDAD INMOBILIARIA DE BIZKAIA, representado por la Procuradora Doña ELSA PACHECO GURPEGUI y dirigido por el Letrado Don JOSÉ ANTONIO PÉREZ GRIJELMO.

**-DEMANDADA:** La AUTORIDAD VASCA DE LA COMPETENCIA, representada y dirigida por el SERVICIO JURIDICO CENTRAL DEL GOBIERNO VASCO.

Ha sido Magistrado Ponente el Iltmo. Sr. D. JUAN ALBERTO FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ.



## I.- ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** El día 28 de marzo de 2018 tuvo entrada en esta Sala escrito en el que Doña ELSA PACHECO GURPEGUI actuando en nombre y representación del COLEGIO DE AGENTES DE LA PROPIEDAD INMOBILIARIA DE BIZKAIA, interpuso recurso contencioso-administrativo contra la Resolución de 30-01-2018 del Consejo Vasco de la Competencia que sancionó a la recurrente por la comisión de dos infracciones del artículo 1 de la Ley de defensa de la competencia; quedando registrado dicho recurso con el número 275/2018.

**SEGUNDO.-** En el escrito de demanda se solicitó de este Tribunal el dictado de una sentencia en base a los hechos y fundamentos de derecho en el expresados y que damos por reproducidos.

**TERCERO.-** En el escrito de contestación, en base a los hechos y fundamentos de derecho en ellos expresados, se solicitó de este Tribunal el dictado de una sentencia por la que se desestimen los pedimentos de la actora.

**CUARTO.-** Por Decreto de 27 de septiembre de 2018 se fijó como cuantía del presente recurso la de 600 euros.

**QUINTO.-** El procedimiento se recibió a prueba, practicándose con el resultado que obra en autos.

**SEXTO.-** En los escritos de conclusiones las partes reprodujeron las pretensiones que tenían solicitadas.

**SÉPTIMO.-** Por resolución de fecha 14 de diciembre de 2018 se señaló el pasado día 20 de diciembre de 2018 para la votación y fallo del presente recurso.

**OCTAVO.-** En la sustanciación del procedimiento se han observado los trámites y prescripciones legales.

## II.-FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** El recurso contencioso-administrativo se ha presentado contra la Resolución de 30-01-2018 del Consejo Vasco de la Competencia que sancionó a la recurrente por la comisión de dos infracciones del artículo 1 de la Ley de defensa de la competencia.

La Resolución recurrida acordó:

1º.- Declarar acreditada la comisión de una infracción del artículo 1 de la LDC por el mantenimiento en los Estatutos inscritos de funciones expresamente prohibidas y contrarias a la competencia.

2º.- Declarar acreditada la comisión de otra infracción por la realización de una conducta prohibida por el artículo 1.1 de la LDC, consistente en el silencio negativo ofrecido por el Colegio a la solicitud de inclusión realizada en 2015 del denunciante en las listas de peritos judiciales del Colegio, su inclusión tardía el 3 de noviembre de 2016.

3º.- Declarar responsable de las infracciones al Colegio de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria de Bizkaia, cuyo domicilio se encuentra en la calle Colón de Larreategui, 1, 1º izda., de Bilbao (48001).

4º.- Imponer una sanción de multa 400 € por el mantenimiento en los Estatutos de funciones expresamente prohibidas y contrarias a la competencia.

5º.- Imponer una sanción de multa de 200 € por la conducta restrictiva de la competencia en el acceso a la lista de peritos del Colegio.

**SEGUNDO.-** El recurso contencioso-administrativo presentado contra la Resolución citada en el anterior se funda en los motivos siguientes:

1.- El COAPI de Bizkaia no recibió la solicitud de inclusión del denunciante en la lista de peritos judiciales: el certificado de Correos que obra en el expediente (folio 2) acredita, tan solo, el envío de un escrito fechado el 3-09-2015 a la dirección incompleta del destinatario (“Colegio APLls”, identificada únicamente por la calle y el portal).

2.- Las solicitudes presentadas por el mismo API, colegiado en el COAPI de Barcelona en 2013, 2014 y 2016 para su inclusión en la lista de peritos judiciales fueron contestadas por el COAPI de Bizkaia, con información de los requisitos exigidos a dichos efectos; los mismos que a los profesionales colegiados en Bizkaia.

3.- La solicitud de incorporación que se dice presentada en 2015 debió entenderse estimada por silencio positivo, de conformidad con el artículo 24.1 de la Ley 39/2015; idem, el artículo 3.2 del RD 1294/2007 de 28 de septiembre que aprobó el Estatuto General de los CAPI.

4.- El COAPI de Bizkaia adaptó sus Estatutos en 2009 a las normas de la libre competencia con anterioridad, incluso, a la Ley 25/2009, y si bien la aprobación de la modificación estatutaria y su publicación no se produjeron sino con posterioridad a la entrada en vigor de la precitada norma legal, los preceptos modificados dejaron de estar vigentes desde ese momento, y en ningún caso fueron aplicados.

- Cita la sentencia de esta Sala, y Sección, nº 46/2018-

5.- La tipificación genérica (sin mención a la infracción específica entre las tipificadas por el art. 1.1 de la Ley de defensa de la competencia) de la conducta aludida en el anterior.

6.- La inexistencia de culpabilidad en las conductas imputadas al COAPI de Bizkaia.

**TERCERO.-** La demandada, Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco se ha opuesto a la estimación del recurso contencioso por los siguientes motivos:

1.- La falta de contestación a la solicitud dirigida por el denunciante al COAPI de Bizkaia de inclusión en la lista de peritos judiciales, reiterada en septiembre de 2015, dio lugar a la incorporación tardía (en noviembre de 2016) del interesado a dicha lista (la prevalente en el llamamiento de los API para su intervención como peritos en el procedimiento judicial), esto es, una conducta restrictiva de la competencia tipificada por el artículo 1.1 de la LDC.

2.- El mantenimiento en los Estatutos del COAPI de Bizkaia de funciones (Artículos 7-baremos de honorarios-, 10- obligatoriedad de colegiación-, 13- requisitos de incorporación al Colegio-, 14- habilitaciones-; etc.) expresamente prohibidas y contrarias a la libre competencia constituye también una infracción del artículo 1 de la LDC, pues entretanto no se procedió a la aprobación y publicación de su modificación estuvieron en vigor los antedichos preceptos.

3.- La concurrencia de culpabilidad en las conductas imputadas al OAPI de Bizkaia, sancionadas por la Resolución recurrida, bien por dolo bien por negligencia.

**CUARTO.-** La estimación presunta de la solicitud de inclusión en la lista de peritos judiciales y la facultad del interesado de hacer valer el silencio positivo ante el Colegio profesional sancionado no excusaba el deber de este de resolver oportunamente dicha solicitud (Art. 43 de la Ley 30/1992), so pena de demorar el acceso del solicitante a dicha lista o requerir del mismo una nueva solicitud para hacer efectiva la antedicha estimación, evitables con el cumplimiento del mencionado deber.

Ahora bien, no hay constancia en las actuaciones de que el COAPI de Bizkaia hubiese recibido la solicitud fechada en Septiembre de 2015, sino únicamente de su envío por correo certificado (sin acuse de recibo) a la dirección (incompleta) de esa entidad.

Al revés, si el COAPI de Bilbao, o cualquier Administración Pública, alegase la notificación de una resolución debería acreditar no solo su envío sino su recepción o intento de notificación personal al interesado (artículo 59.1 de la Ley 30/1992).

Pero la Autoridad Vasca de la Competencia, primero, y la demandada en este procedimiento, después, han hecho caso omiso a la alegación del sancionado de no haber recibido la precitada solicitud del denunciante y, así, es que han dado por acreditada dicha recepción a la vista de lo alegado por aquel, sin atender a su constancia (?) en el expediente o intentar acreditar tal hecho por otros medios.

Además, los actos del COAPI de Bizkaia, anteriores y posteriores a la solicitud que se dice enviada en septiembre de 2015, concretamente, las solicitudes dirigidas al mismo Colegio profesional con el mismo objeto de aquella en 2013, 2014 y 2016 fueron contestadas en tiempo y forma por dicha entidad.

No hay, en definitiva, ni constancia fehaciente de la recepción de la solicitud cuya falta de resolución motivó la sanción de multa de 200 €, ni ninguna razón para suponer tal recepción por parte de su destinatario.

**QUINTO.-** A las fechas de incoación y resolución del expediente sancionador aun no se habían publicado los nuevos Estatutos del COAPI de Bizkaia, adaptados a la legislación sobre libre competencia, que fueron aprobados por Orden de 2-03-2018 del Consejero de Gobernanza Pública y Autogobierno del Ejecutivo Vasco y publicados en el BPPV nº 77 de 23-04-2018. Pero ese hecho no constituye la infracción tipificada con amparo en el artículo 1 (sin especificación del supuesto) de la Ley de defensa de la competencia, pues no puede imputarse al sancionado a título de dolo o culpa, esta última por falta de diligencia en el cumplimiento de sus obligaciones, la aprobación y publicación "tardías" de los Estatutos (modificación de los aprobados por Orden de 13-09-2000 del Consejero de Justicia, Trabajo y Seguridad Social del Gobierno Vasco, publicados en el BOPV nº 233 de 5-12-2000) disconformes con la antedicha legislación,

ya que el COAPI de Bizkaia aprobó tal modificación antes de la entrada en vigor de la Ley 25/2009 de 22 de diciembre en las asambleas generales ordinarias de 29 de abril y 21 de diciembre de ese año (folios 202-208 del expediente) y remitió el nuevo texto al órgano competente para su aprobación en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 33.5 de la Ley 18/1997 de 21 de noviembre del País Vasco de ejercicio de profesiones tituladas y de colegios y consejos profesionales y por el artículo 38 del Decreto 21/2004 de 3 de febrero que aprobó el Reglamento de registro de profesiones tituladas, Colegios y Consejos profesionales.

Además, la entrada en vigor de la Ley 25/2009 comportó la derogación de los Estatutos de las Corporaciones profesionales contrarios a sus preceptos (disposición derogatoria), amén de que tal derogación fuere una consecuencia derivada del principio de jerarquía normativa (Art. 51.2 de la Ley 30/1992) como también ha alegado la parte recurrente.

Así, no puede hablarse de la vigencia, tan siquiera aparente, de los Estatutos modificados o de su virtual aplicación y menos por la acción u omisión culpable del sancionado, además de no haberse producido ningún acto de aplicación de los preceptos de aquellos Estatutos contrarios a las normas sobre la libre competencia.

**SEXTO.-** Hay que imponer a la demandada las costas del procedimiento, de conformidad con el artículo 139.1 de la Ley Jurisdiccional.

### **F A L L A M O S**

Que estimando el recurso contencioso-administrativo presentado por el COLEGIO DE AGENTES DE LA PROPIEDAD INMOBILIARIA DE BIZKAIA contra la Resolución de 30-01-2018 del Consejo Vasco de la Competencia que sancionó a la recurrente por la comisión de dos infracciones del artículo 1 de la Ley de defensa de la competencia, debemos anular y anulamos el acto recurrido; e imponemos a la demandada las costas del procedimiento.

Notifíquese esta resolución a las partes, advirtiéndoles que contra la misma cabe interponer **RECURSO DE CASACIÓN** ante la Sala de lo Contencioso - administrativo del Tribunal Supremo, el cual, en su caso, se preparará ante esta Sala en el plazo de **TREINTA DÍAS** (artículo 89.1 LJCA), contados desde el siguiente al de la notificación de esta resolución, mediante escrito en el que se dé cumplimiento a los requisitos del artículo 89.2, con remisión a los criterios orientativos recogidos en el apartado III del Acuerdo de 20 de abril de 2016 de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, publicado en el BOE nº 162, de 6 de julio de 2016.

Quien pretenda preparar el recurso de casación deberá previamente consignar en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de este órgano jurisdiccional en el Banco Santander, con nº 4697 0000 93 0275 18, un **depósito de 50 euros**, debiendo indicar en el campo concepto del documento resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso".

Quien disfrute del beneficio de justicia gratuita, el Ministerio Fiscal, el Estado, las Comunidades Autónomas, las entidades locales y los organismos autónomos dependientes de todos ellos están exentos de constituir el depósito (DA 15ª LOPJ).

Así por esta nuestra Sentencia de la que se llevará testimonio a los autos, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACIÓN.**- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente de la misma, estando celebrando audiencia pública la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en el día de su fecha, de lo que yo el Letrado de la Administración de Justicia doy fe en Bilbao, a 28 de diciembre de 2018.