

# AGENTS DE LA PROPIETAT IMMOBILIÀRIA. INTRUSISME PROFESSIONAL. COMENTARI A LA SENTÈNCIA 111/1993, DE 25 DE MARÇ

Cristina Pujol Cardenal

Departament de Dret Administratiu  
de la Universitat de Barcelona

La Sentència que comentem té el seu origen en el recurs d'empara interposat contra la sentència del Jurjat penal núm. 6 d'Alacant, de 8 de novembre de 1990, i contra la sentència de la Secció Primera de l'Audiència Provincial de la mateixa ciutat, amb data 17 de gener de 1991. El supòsit de fet de la sentència d'empara va ser el següent: el recurrent, membre de l'autodenominada Associació Professional de Gestors Intermediaris en Promocions d'Edificacions, exercia professionalment l'activitat d'intermediari immobiliari, sense tenir el títol oficial d'Agent de la Propietat Immobiliària, quan, a conseqüència d'una denúncia presentada pel Col·legi Oficial d'Agents de la Propietat Immobiliària d'Alacant, va ser condemnat pel Jurjat penal d'aquesta ciutat com a autor d'un delictes d'intrusisme de l'art. 321.1 del Codi Penal (CP), a la pena de presó menor, com també a satisfer la quantitat d'un milió de pessetes en concepte d'indemnització.

Presentat el recurs d'apel·lació contra aquesta resolució, va ser parcialment estimat per la Secció Primera de l'Audiència Provincial, que va procedir a declarar improcedent la indemnització que fixava la sentència d'instància, i la va confirmar quant a la resta.

Estimades parcialment les seves pretensions, el recurrent formula demanda d'empara, i al·lega que les sentències impugnades han vulnerat, en primer lloc, el dret a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) i el dret a la utilització dels mitjans de prova pertinents (art. 24.2 CE), en haver-se negat tant l'òrgan judicial d'instància com el d'apel·lació a plantejar davant el Tribunal de Justícia de les Comunitats Europees una qüestió prejudicial sobre la compatibilitat del Reial Decret 1464/1988, que atribueix l'exclusivitat de les activitats en el sector immobiliari als agents de la propietat immobiliària i als administradors de finques, amb el que disposa la Directriu 67/43/CEE, relativa a la realització de la llibertat d'establiment i de la lliure prestació de serveis per a les activitats no assalariades incloses en el sector dels negocis immobiliaris.

En segon lloc, addueix que la condemna li ha estat imposada a conseqüència d'una interpretació extensiva de l'art. 321.1 CP, com també del Decret 3248/1969 —al qual reexpedeix l'art. 321.1, a causa de la seva naturalesa de norma penal en blanc—, interpretació prohibida en virtut de les exigències derivades del principi de legalitat penal que consagra l'art. 25.1 CE.

Quant als fonaments jurídics de la demanda d'empara, els arguments en què el Tribunal Constitucional fonamenta la seva decisió es poden reconduir sistemàticament als següents:

Pel que fa a les vulneracions invocades del dret a la tutela judicial efectiva i el dret

a utilitzar els mitjans de prova pertinents (art. 24.1 i 24.2 CE), l'alt Tribunal considera que la decisió sobre el plantejament de la qüestió prejudicial correspon exclusivament a l'òrgan judicial i no impedeix la defensa del dret fonamental de les parts davant el Tribunal Constitucional. A més, i en referència a una resolució del TJCEE, afegeix: «la Directriu 67/43/CEE no s'oposa a una normativa nacional que reserva certes activitats incloses en el sector dels negocis immobiliaris a les persones que exerceixen la professió regulada d'API; consegüentment, no es pot considerar incompleta per les previsions que contenen, respectivament, el Decret 3248/1969 i el Reial Decret 1464/1988».

Per això, arriba a la conclusió que no hi ha hagut cap vulneració dels drets invocats.

No escau fer-ne més comentaris pel que fa al cas, ja que aquesta no és la qüestió central de la Sentència comentada.

Tot endinsant-nos en el fons de l'assumpte i pel que fa a la vulneració del principi de legalitat penal<sup>1</sup> (art. 25.1 CE) —en el qual centrarem l'objecte del nostre estudi—, el Tribunal Constitucional procedeix a examinar el que va adduir el recurrent, que fonamenta en els extrems següents:

1. Les activitats exercides com a gestor intermediari en promocions d'edificacions no coincideixen amb les «pròpies» de la professió d'API.

2. El tipus delictiu constitueix una norma penal en blanc per al complement de la qual es recorre a una norma de rang reglamentari oposada als art. 35 (llibertat d'elecció de professió o ofici) i 36 CE (reserva de llei en matèria de règim jurídic de col·legis professionals i exercici de les professions titulades).

3. I, finalment, que el títol al qual es refereix l'art. 321.1 CP no és el que s'exigeix per exercir la professió d'API.

I. Respecte a la primera de les qüestions que hem apuntat, convé precisar que el recurrent en empara va exercir activitats de «mediació i corretatge», que d'acord amb l'art. 1 del Decret 3248/1969<sup>1bis</sup> es consideren «pròpies» de la professió d'API, sense tenir el títol oficial que es requereix i sense estar inscrit en el Col·legi corresponent. Fets que, d'altra banda, han estat declarats provats per les sentències d'instància i apel·lació i en els quals el Tribunal Constitucional no pot entrar a conèixer; per això s'ha de limitar a rebutjar la pretensió del recurrent.

Encara més, i com es desprèn de la sentència d'apel·lació (FD 3), el recurrent va pretendre emparar-se en un carnet expedit per l'anomenada Associació Professional de Gestors Intermediaris en Promocions d'Edificacions<sup>2</sup> i en el fet que aquesta s'hagués

1. Tant el Col·legi Oficial d'Agents de la Propietat Immobiliària d'Alacant com el ministeri fiscal rebutgen que hagi tingut lloc una infracció de l'art. 25.1 CE pel fet d'haver procedit els òrgans judicials a l'aplicació de l'art. 321.1 CP, ja que la interpretació que els òrgans judicials fan dels tipus penals constitueix una qüestió de mera legalitat que no pot ser revisada pel Tribunal Constitucional.

1bis. Decret que aprova el Reglament dels col·legis d'agents de la propietat immobiliària i de la seva junta central.

2. Quant a la legalitat d'aquesta Associació Professional de Gestors Intermediaris en Promocions d'Edificacions, és important posar de manifest que en la Sentència dictada pel Jutjat de Primera Instància de Màlaga, amb data 2 de març de 1990, l'òrgan judicial va declarar la nul·litat i la inexistència del contracte societari pel qual es va constituir l'associació demandada a causa del seu objecte il·lícit «en el sentit de coincidir les funcions dels seus associats amb aquelles que per llei són exclusivament atribuïdes als membres del Col·legi d'API».

constituït a l'empara de la Llei d'1 d'abril de 1977, que regula el dret d'associació sindical.

De tota manera, la pertinença a l'associació esmentada no té rellevància a l'efecte que ara ens interessa, ja que va tenir lloc una invasió de l'activitat reservada als API per un subjecte no capacitat legalment per fer-ho.

II. Respecte al segon dels arguments plantejats, el recurrent qüestiona la constitucionalitat del Decret 3248/1969 (disposició legal a la qual remet l'art. 321.1 CP),<sup>3</sup> i declara que, en no haver estat aprovat el Reglament del Col·legi Oficial d'API per Llei sinó per decret, s'ha de considerar contrari al que disposen els art. 36 i 53.1 CE. Així mateix, entén que determinats preceptes (art. 5.1 i 8) del Decret esmentat vulneren l'art. 35 CE en oposar-se al dret a la lliure elecció i accés a l'exercici professional. Al·lega també que el Decret infringeix altres preceptes constitucionals, entre d'altres, els art. 24.1 i 26 CE.

La discussió es planteja entorn de la cobertura legal del Decret 3248/1969, ja que una norma de rang reglamentari incideix en la regulació de l'exercici de les professions titulades, matèria que és objecte d'una reserva legal específica (art. 36 CE).

La determinació de l'àmbit competencial d'una professió o l'establiment de condicions per al seu exercici efectiu (exigència de determinada titulació i/o incorporació a un col·legi), implica regular l'exercici professional i, en virtut de l'art. 36 CE, entra en joc la reserva de llei. No obstant això, com ha assenyalat el Tribunal Constitucional, «el principi de la reserva de llei no exclou la possibilitat que les lleis continguin remissions a normes reglamentàries, però sí que aquestes remissions facin una regulació independent i no clarament subordinada a la llei...» (STC 83/1984).

El problema és que la normativa que regula la professió d'API no compleix aquestes exigències. Tant la creació del Col·legi com l'aprovació del Reglament regulador de l'exercici de la professió i del funcionament dels Col·legis va tenir lloc per mitjà d'un decret, sense cap habilitació legal.

Per suplir la manca de cobertura legal d'aquesta disposició reglamentària, el Tribunal Constitucional, recollint la doctrina que contenen sentències anteriors, entén que, com que el Decret és una norma pre-constitucional, no és possible exigir d'una manera retroactiva la reserva de llei que imposa l'art. 36 CE (STC 11/1981, 83/1984, 219/1989).<sup>3bis</sup>

3. En el seu escrit d'al·legacions, el recurrent va plantejar una qüestió d'inconstitucionalitat en relació amb el Decret 3248/1969 esmentat, qüestió que fonamenta en la infracció per part del Decret dels art. 14, 24.1, 26, 35, 36 i 53.1 CE. En aquest sentit, el Tribunal Constitucional declara la improcedència del plantejament d'inconstitucionalitat pel recurrent, ja que correspon exclusivament als jutges i als tribunals, d'ofici o a instància de part, quan considerin que una norma amb rang de llei (cosa que aquí no succeeix), que sigui aplicable al cas i de la validesa de la qual depengui la decisió, pugui ser contrària a la Constitució (FJ 1).

3bis. Concretament, en la STC 219/89 i respecte a la reserva de llei en matèria punitiva (art. 25.1 CE), el Tribunal Constitucional ha afirmat que «no és possible exigir la reserva de llei d'una manera retroactiva per considerar nul·les i inaplicables disposicions reglamentàries, per a les quals aquesta exigència formal no existia abans de la Constitució» (FJ 2). Així mateix, és interessant posar de manifest que el Tribunal Constitucional ha rebutjat la insuficiència de rang normatiu del Decret 3248/1969 amb termes semblants als que va utilitzar el Tribunal Suprem. En aquest sentit, és interessant la STS 25-2-1990, en què declara que la derogació implícita per la Constitució del decret regulador de la professió d'API «només tindrà lloc quan es desplegui l'art. 36 CE i entri en vigor la llei a la qual es refereix aquest article».

Això no li impedeix entrar a examinar si el Decret esmentat, en la mesura que estableix condicions per a l'exercici de l'activitat professional d'API, és conforme al que estableix la Llei 2/1974, reguladora de col·legis professionals. Centra la seva atenció en l'exigència de titulació i en l'obligatorietat d'incorporació a un col·legi professional (requisits que preveuen els art. 5 i 7 del Decret 3248/1969).

Segons la Llei 2/1974, el pressupòsit necessari per incorporar-se a un col·legi professional és tenir la «titulació requerida» (art. 3.1 LCP). Malgrat l'ambigüitat del legislador, convé precisar, tal com ha assenyalat la doctrina, que la creació i l'existència dels ens col·legials es vincula a l'exercici de professions titulades: el Col·legi ordena l'exercici de professions que requereixen un títol acadèmic o professional.<sup>4</sup>

Quant a l'obligatorietat de la col·legiació, l'alt Tribunal s'ha pronunciat en diverses sentències a favor de la constitucionalitat d'aquesta exigència, tot afirmant que el requisit de la incorporació obligatòria no vulnera ni la llibertat associativa en el vessant negatiu (art. 22 CE) ni la llibertat d'elecció professional (art. 35.1 CE) a causa de la presència d'interessos públics vinculats a l'exercici de determinades professions (STC 89/1989). Així mateix, ha declarat que la col·legiació obligatòria està justificada per la tutela de l'interès general que concorre en l'exercici de determinades professions (disciplina professional, normes deontològiques...), la protecció del qual va unida a la d'uns valors i drets constitucionals que estan en joc amb ocasió de l'exercici professional (vida, salut, integritat física...) (STC 131/1989).<sup>5</sup>

Del que hem exposat fins ara es desprèn que els preceptes impugnats són conformes al que exigeix la Llei de col·legis professionals i a la doctrina jurisprudencial; per tant, no vulneren els preceptes constitucionals invocats. Així ho entén el Tribunal Constitucional, que acaba afirmant: «s'ha de rebutjar la pretensió que els òrgans judicials hagin lesionat l'art. 25.1 CE per haver aplicat una norma penal en blanc que pren com a complement una disposició nul·la per tal com és contrària als art. 35 i 36 CE».

No obstant això, el Tribunal Constitucional es detura aquí i omet la referència a la vulneració de l'article 26 CE que fa el Decret 3248/1969. Això mereix algun comentari.

L'art. 26 CE prohibeix els tribunals d'honor en l'àmbit de les organitzacions professionals. Després de la Constitució, els actes deshonorosos, si es cometen en l'exercici de la professió, poden ser sancionats, però no amb els criteris ni per la via dels tribunals d'honor.<sup>6</sup>

4. Ara bé, és important posar de manifest que, si bé inicialment els col·legis neixen vinculats a les professions liberals, amb títol universitari o acadèmic, posteriorment, i a partir de la modificació de la Llei de col·legis professionals per la Llei 74/1978, se suprimeix aquesta exigència, i té lloc una extensió de la institució col·legial a d'altres professions que no requereixen un títol universitari (per exemple, delinants, agents d'assegurances, òptics...). Aquest fenomen de proliferació dels col·legis professionals ha estat criticada per la doctrina (Fanlo, Ariño, Souvirón, Baena), que ha posat de manifest la necessitat de restringir el reconeixement de l'organització col·legial només a favor d'aquelles professions «titulades» molt qualificades per la incidència social de la seva activitat. En aquest sentit, *vide* Fanlo Loras: *El debate sobre Colegios profesionales y Cámaras oficiales*, Ed. Civitas, 1992.

5. Recentment, l'alt Tribunal s'ha tornat a pronunciar sobre el tema. Concretament, en la STC 35/1993, de 8 de febrer, en què es planteja el caràcter obligatori de la col·legiació en relació amb un professional, ajudant tècnic sanitari, que prestava servei en una institució dependent de l'Insalud. El Tribunal Constitucional reitera la doctrina que contenen les sentències 89/1989 i 131/1989.

6. Ara bé, i com ha assenyalat Sáinz Moreno, la prohibició dels tribunals d'honor no implica la de qualsevol procediment que imposi la disciplina col·legial. L'aplicació de normes disciplinàries i regles

En aquest sentit, i d'acord amb la disposició derogatòria tercera de la CE, hauríem d'entendre derogats els art. 7.e i 29 del Decret, que es refereixen als tribunals d'honor, ja que són contraris al que estableix la Constitució (art. 26). Es pot dir el mateix respecte a l'art. 73, perquè entenem, com el recurrent, que la imposició d'una sanció disciplinària sense la instrucció prèvia d'expedient vulnera el dret a la tutela judicial efectiva i a no patir indefensió (art. 24.1 CE).

Convé recordar que, tot i que la Llei dota els col·legis d'una potestat disciplinària important en l'àmbit professional i col·legial (art. 5.i LCP 2/1974), això no vol dir que no hagin de respectar els postulats de la seguretat jurídica i les garanties materials i formals que imposa la Constitució.

Fins ara, les qüestions analitzades per l'alt Tribunal es refereixen al defecte formal del Decret regulador de la professió d'API, és a dir, a la manca de cobertura legal, i, d'altra banda, al problema substantiu que planteja l'articulació d'aquesta normativa —pre-constitucional— amb les exigències que resulten de la Constitució espanyola de 1978.

III. Finalment, el Tribunal Constitucional examina si la pretesa interpretació extensiva duta a terme per les sentències impugnades en l'aplicació de l'art. 321 CP ha comportat lesió del principi de legalitat penal o no (art. 25.1 CE).

A aquest efecte analitza tres qüestions: a) La naturalesa del títol a què fa referència l'art. 321.1 CP; b) L'àmbit de protecció d'aquest precepte; c) La titulació que s'exigeix per exercir la professió d'agent de la propietat immobiliària.

a) L'alt Tribunal centra la seva atenció en l'origen i l'evolució legislativa de l'art. 321.1 CP i entén que el títol a què es refereix aquest precepte és un «títol acadèmic oficial». A més, precisa que, tot i que el precepte hagi omès l'adjectiu «acadèmic», no per això es pot ampliar el tipus de delictes d'intrusisme per incloure-hi conductes com la que ha tingut el recurrent.

La insistència i els arguments que ha utilitzat el Tribunal Constitucional per justificar l'existència d'un títol acadèmic o universitari es podrien interpretar en el sentit de reconduir l'execució d'«actes propis» de la professió d'API a la desapareguda falta d'intrusisme de l'art. 572.1 CP (derogada per la Llei orgànica 3/1989), que tipificava com a falta la conducta «de qui, sense estar comprès en l'art. 321, exerceixi actes propis d'una professió reglamentada per disposició legal, sense tenir la capacitat o habilitació que es requereix».

De tota manera, aquesta mena d'argumentacions pot ser objecte de certes consideracions.

En primer lloc, perquè es distancia de la doctrina del Tribunal Suprem que, en una jurisprudència reiterada, ha considerat la professió d'API una de les professions que mereixen la protecció penal que dispensa l'art. 321 CP.<sup>7</sup> El Suprem, fins ara, ha

---

deontològiques pels Col·legis amb les garanties que exigeix la Constitució és compatible amb la prohibició dels tribunals d'honor. *Vide Comentarios a las leyes políticas. Constitución Española de 1978*, a càrrec d'Óscar Alzaga Villaamil, volum III, Madrid 1983. «Comentario al art. 36 CE», *op. cit.*, pàg. 576-581.

7. *Vide* STS 19-12-1974, 23-12-1978, 5-5-1980, 3-10-1980, 23-2-1983, 23-12-1985, 13-5-1989, 6-6-1989 i 10-7-1990.

A més, en algunes sentències, i pel que fa a les activitats pròpies dels API, la jurisprudència ha exigut la nota de l'habitualitat per delimitar el tipus delictiu de l'art. 321.1 CP (STS 23-12-1978, 23-2-1983, 4-3-1988, entre d'altres). Ha distingit, dins el delictes d'usurpació en general, entre els actes duts a

considerat delictes d'usurpació l'exercici de funcions d'intermediació immobiliària pròpies de la professió d'API sense tenir la titulació legal corresponent i els altres requisits que exigeix la seva normativa reguladora. Com que l'art. 321 CP constitueix una norma penal en blanc, que no especifica les professions protegides i per a l'aplicació del qual s'ha de recórrer a preceptes extrapenals normalment de naturalesa administrativa, la doctrina jurisprudencial entenia que la professió d'API es trobava subsumida en l'àmbit de protecció del precepte esmentat, en exigir titulació oficial i per la incidència social de l'exercici de la professió.

Però, a més, la interpretació del Tribunal Constitucional crea un buit legal. La doctrina que resulta d'aquesta sentència i la desaparició, per Llei orgànica 3/1989, de l'antiga falta d'intrusisme, que contenia l'art. 572.1 CP, ens porten a plantejar-nos: com s'ha de sancionar la conducta del professional infractor? Quina és la norma que tipifica l'exercici d'actes propis de la professió d'API sense posseir la capacitat legal necessària?

Doncs, bé, en aquests moments no apareixen tipificats ni com a infracció penal ni com a infracció administrativa, amb la conseqüència perillosa que mentre no es cobreixi aquest buit normatiu s'estarà permetent l'actuació, en el mercat immobiliari, de professionals sense la titulació oficial exigida i sense cap mena de responsabilitat davant tercers.

El Tribunal Constitucional es limita a declarar que la desaparició de la falta d'intrusisme, en què sembla subsumir la conducta enjudiciada, s'ha inspirat en el principi de proporcionalitat amb el propòsit de descriminalitzar aquesta conducta, tot convertint-la en una infracció administrativa.<sup>8</sup>

Per tant, a partir d'aquesta sentència, aquesta mena d'actuacions es tipifiquen com a «il·lícit administratiu»: només poden ser sancionades com a infraccions administratives i deixen de ser considerades infraccions penals.<sup>9</sup>

---

terme com a propis d'una professió per als quals es necessita una capacitat específica tècnica, sota l'exigència d'un títol acadèmic, i en aquest cas n'hi ha prou amb un acte aïllat per cometre delictes (STS 20-12-1967), i aquelles professions que només exigeixen col·legiació, per a les quals s'exigeix el requisit de l'habitualitat (STS 2-3-1972). En aquest sentit, s'ha manifestat en la Sentència 8-9-1992 recent: «l'intrusisme no necessita, per a la seva perfecció, una habitualitat o repetició d'actes, per la qual cosa pot consistir indiferentment en l'exercici continu o en un simple acte aïllat, sempre que sigui idoni i peculiar de la professió invadida..., no obstant l'exigència d'habitualitat, pel que fa als agents de la propietat immobiliària, pot procedir de la mateixa professió si el mateix títol i la regulació específica preveuen com a requisit aquesta continuïtat». L'habitualitat ha estat clarament exigida en les STS 5-5-1992 i 7-7-1992.

8. D'acord amb el Tribunal Constitucional, juntament amb la destipificació penal de l'intrusisme en la professió d'intermediació immobiliària, tant a títol de delictes com de falta, la Llei orgànica 3/1989 l'ha convertit en infracció administrativa. Tanmateix, això és discutible ja que, malgrat el que estableix la disposició addicional 5 CP, que estableix l'administrativització de les faltes fins a l'entrada en vigor de la Llei, la brevetat d'aquest període transitori no serveix de cobertura per sancionar l'intrusisme. A més, el Decret 3248/1969 no conté cap previsió sancionadora per als qui exerceixin sense l'homologació necessària la professió que regula. *Vide* «Intrusismo en la intermediación inmobiliaria. Sentencia del TC de 25 de marzo 1993», article a càrrec de Rogelio Gómez Guillamón (fiscal) a «Estudios de Jurisprudencia», *Revista Colex* núm. 6, maig/juny 1993; pàg. 65 i 66.

9. No obstant això, convé precisar que, posteriorment a la reforma del Codi Penal, també el Tribunal Suprem s'ha qüestionat, en alguna sentència, la necessitat de la protecció penal de la professió d'API. Concretament en la Sentència 3-2-1992 ha manifestat que la doctrina tradicional en aquest àmbit hauria de ser revisada «en el sentit de valorar els «títols» que genèricament esmenta el precepte, tenint en compte la dificultat d'obtenció d'aquests títols i la incidència social que pot tenir en l'ordre social no obtenir-los. Hem de recordar que la *ratio legis* de l'art. 321 CP no té el fonament essencial en una

De tota manera, hi insistim, els problemes no es plantegen per l'encert o no del legislador a l'hora de destipificar penalment aquesta conducta, sinó pel fet que s'ha originat un buit legal en relació amb la tipificació d'aquesta mena d'infraccions, l'execució d'actes propis de la professió d'API sense la titulació legal corresponent.

Per això, i en nom del principi de seguretat jurídica, és necessari que, com més aviat millor, el legislador procedeixi a reglamentar administrativament les conductes infractores i les sancions corresponents.<sup>10</sup>

b) Un cop justificat que el títol a què fa referència l'art. 321.1 CP és un títol oficial acadèmic, el Tribunal Constitucional tracta de delimitar l'àmbit d'aplicació del precepte esmentat, és a dir, les professions protegides penalment davant un delictes d'intrusisme professional.

Per fer-ho, parteix de la distinció entre «títol oficial acadèmic», que identifica amb aquelles professions titulades per a l'exercici de les quals es necessita tenir estudis universitaris acreditats, i «capacitació oficial», que fa referència als requisits o les condicions exigides per exercir determinada activitat professional.

Posa èmfasi en la possibilitat que s'instrumentin diversos graus de control estatal sobre l'activitat professional en funció de la major o menor importància constitucional dels interessos que amb el seu exercici es posen en joc, i afirma: «com més rellevància social tinguin aquests interessos, major ha de ser el nivell de coneixements requerits per a l'exercici de l'activitat professional que hi fa referència; i, lògicament, major hauria de ser el control estatal d'aquests coneixements...».

En aquest sentit, entén que l'àmbit d'aplicació de l'art. 321.1 CP quedaria reservat a aquelles professions que, en afectar béns jurídics de màxima rellevància —vida, integritat corporal, llibertat i seguretat—, no sols necessiten per al seu exercici la realització d'estudis que requereixen la possessió d'un títol universitari, sinó que també mereixen la protecció especial que garanteix l'instrument penal davant qualsevol intromissió que lesioni o posi en perill aquests béns jurídics.

De tota manera, i a la vista del que hem exposat, hem de revisar i analitzar més detalladament algunes de les afirmacions que apareixen en aquesta Sentència.

L'alt Tribunal parteix de la distinció «títol acadèmic oficial» i «capacitació oficial», per tal d'entendre que, ja que la professió d'API incideix sobre interessos socials d'entitat menor, la protecció i el control públic d'aquesta professió se satisfan per mitjà de l'exigència d'una «simple capacitació oficial» per al seu exercici.

---

protecció dels títols administratius, siguin quins siguin, ni, per tant, de protecció corporativa, sinó d'emparar la societat en conjunt per evitar possibles mals causats per persones ineptes desconexades de la seva professió; per aquest motiu no ha de tenir la mateixa incidència sancionadora l'exercici, per exemple, de la medicina sense ser metge, que la d'intermediari en les compravendes sense ser API».

10. La discussió al voltant de la possibilitat de sancionar administrativament aquesta mena d'infraccions, l'exercici d'actes propis d'API sense titulació o capacitació legal, no està, ni de bon tros, tancada. Des de la publicació de la sentència, el tema és a les mans del Ministeri d'Obres Públiques, que està elaborant un projecte de reglament en què es tipifica la conducta ara enjudiciada com a il·lícit administratiu. Es preveu una taula d'infraccions amb les sancions corresponents i es crea un cos o servei d'inspecció específic per investigar l'actuació de mediació per aquells que no derentin el títol corresponent. La promulgació d'aquest reglament ha estat valorada positivament pels col·legis implicats ja que, en ser l'Administració la competent per sancionar, s'aconseguirà una agilitat i rapidesa més grans en la tramitació dels expedients disciplinaris, i s'evitarà el retard que implicava anar a la jurisdicció penal.

No obstant això, entenem que la distinció es planteja d'una manera una mica dràstica, ja que hi ha altres professions «titulades» que exigeixen per al seu exercici tenir un títol oficial que, tot i no ser estrictament universitari, és expedit per l'Estat en la seva funció de garantir la capacitació tècnica de determinats professionals, i que no es pot reconduir a una simple autorització o habilitació administrativa. Pensem, per exemple, en la professió d'òptic, administrador de finques, delineant, etc.

Potser hauria estat més convenient, com ha fet el Tribunal Suprem, parlar de la distinció entre títols majors i menors segons la importància dels estudis exigits i la incidència de l'activitat professional en aspectes importants de la vida social.<sup>11</sup>

Un examen de la legislació vigent en matèria educativa posa de manifest que el legislador utilitza un concepte ampli de professió titulada, que identifica amb aquella per a l'exercici de la qual es necessita tenir un títol acadèmic o professional. A més, i tal com ha exposat Sáinz Moreno,<sup>12</sup> en els darrers temps ha estat notòria la proliferació de nous títols professionals per a les més diverses activitats.

En tot cas, la conversió d'una professió lliure en titulada o la creació de noves professions titulades és una decisió que correspon al legislador estatal (art. 149.1.30 CE), el qual haurà de jutjar la conveniència d'exigir una major o menor titulació en funció dels interessos implicats. Com ha assenyalat el Tribunal Constitucional: «És competència del legislador, tot atenent les exigències de l'interès públic i les dades produïdes per la vida social, considerar quan existeix una professió, quan aquesta ha de deixar de ser plenament lliure per convertir-se en una professió titulada, és a dir, professió per a l'exercici de la qual es requereixen els títols...» (STC 42/1986).

El que realment importa és que, per mitjà de l'exigència de titulació sigui estrictament acadèmica o professional, es garanteix una determinada capacitació respecte a la qual l'Estat exerceix un determinat poder de policia.<sup>13</sup>

Però cal fer una altra puntualització.

Si ens traslladem a l'àmbit de protecció de l'art. 321.1 CP, el problema es podria

11. STS 28-6-1989 (Ar. 5670), 30-3-1990 (Ar. 3019), 3-2-1990. Concretament, en la STS de 30 de març de 1990 declara que la distinció entre l'àmbit punitiu reservat a l'art. 321 CP i la falta de l'art. 572.1 CP —falta d'intrusisme avui derogada i només sancionable com a infracció administrativa— «s'ha de fer per la major o menor importància de la titulació exigida per a l'exercici de la professió de què es tracta, i, en conseqüència, per la major o menor transcendència que pugui tenir per a la comunitat el fet que actes propis d'aquesta professió es puguin dur a terme sense l'habilitació legal corresponent».

12. És interessant la lectura de l'article de Sáinz Moreno sobre l'exercici de les professions titulades. *Vide Comentarios a las Leyes Políticas. Constitución Española de 1978*, dirigida per Óscar Alzaga Villaamil. «Comentario al art. 36 CE», pàg. 511-555.

13. En aquest sentit, *vide* STS 13-5-1989 (Ar. 4193). En aquesta sentència declara: «El concepte de «títol oficial» és un element normatiu del tipus que requereix una interpretació que s'ha d'orientar al fi protegit per la norma. Amb el delictes d'intrusisme es vol protegir la confiança del públic en un exercici ordenat de certes activitats professionals, que requereixen una certa capacitació respecte a la qual l'Estat exerceix un determinat poder de policia. Aquest poder de policia té, precisament, una finalitat preventiva respecte als danys que podria sofrir un particular en cas de recórrer a una persona que no va acreditar una capacitació tècnica o científica mínima per a l'exercici de la professió.» Crítica la doctrina dominant que identifica el títol a què es refereix l'art. 321.1 CP amb un títol «acadèmic», i entén que l'àmbit de protecció que dispensa el precepte esmentat també s'estén a d'altres títols oficials (en aquest cas, el d'API), tot i que no requereixin estudis universitaris. Acaba afirmant que «allò decisiu, per tant, és qui atorga el títol i no a quina activitat es refereix. Tot partint del bé jurídic protegit, el concepte de títol oficial s'ha de vincular amb l'autoritat que l'expedeix i amb la finalitat policial de garantir la capacitat tècnica d'una persona».



plantejar en els termes següents: si el tipus delictiu que preveu el precepte esmentat només es reserva a aquelles professions titulades «molt qualificades» que requereixen un títol acadèmic *ad hoc*, què passa amb la resta de professions titulades (aquelles que requereixen un títol «menor» de caràcter professional o oficial)?

El problema que abans hem comentat del buit legal també serà predicable d'aquestes altres professions titulades, no subsumibles en l'àmbit de l'art. 321 CP, però tampoc reconduïbles a una simple capacitació o habilitació administrativa.

c) Un cop delimitat l'àmbit de protecció de l'art. 321 CP, el Tribunal Constitucional examina la naturalesa de la titulació exigida per exercir la professió d'API.

Després d'una anàlisi de la normativa reguladora d'aquesta professió, entén que el títol d'API no és un títol acadèmic, ja que ni la seva obtenció requereix la realització d'estudis superiors específics ni és l'autoritat acadèmica qui el concedeix, sinó el Ministeri d'Obres Públiques i Urbanisme; per això, considera que no es pot incloure en els paràmetres de la conducta tipificada en l'art. 321.1 CP la d'aquell que dugui a terme actes propis d'aquesta professió, sense tenir la capacitació oficialment reconeguda per fer-ho.

Acaba afirmant que, en condemnar el recurrent com a autor del delictes d'intrusisme tipificat en l'art. 321.1 CP, les sentències impugnades han dut a terme una aplicació extensiva *in malam partem* del terme «títol» que conté aquest precepte, que no és conforme als principis i els valors constitucionals. Cosa que el porta a l'estimació del recurs d'empara per infracció de l'art. 25.1 CE.

Un cop exposada d'una manera sintètica la doctrina resolutòria de la decisió del Tribunal Constitucional, convé introduir algunes consideracions de caràcter crític.

Si ens centrem en la naturalesa de la professió d'API, primer hem d'assenyalar que ens trobem davant una professió titulada i col·legiada.

Titulada perquè, d'acord amb l'art. 5 del Decret 3248/1969, per exercir la professió d'API s'exigeix tenir un títol professional que el Ministeri de l'Habitatge (actualment, Ministeri d'Obres Públiques) expedeix quan s'acredita una aptitud suficient en els exàmens corresponents (art. 8); essent requisits per prendre part en aquests exàmens estar en possessió d'un títol oficial expedit per les universitats en el grau de llicenciat; per escoles tècniques en els graus superior i mitjà; per escoles de comerç des del grau de professor mercantil; per escoles normals de magisteri o qualsevol altre títol de caràcter oficial legalment equiparat als anteriors, mitjançant disposició legal o reglamentària (art. 7.<sup>e</sup> del Decret).

La naturalesa titulada d'aquesta professió no es desvirtua, tal com ha intentat demostrar el Tribunal Constitucional, pel fet que, per Decret 271/1975, es facilités a persones procedents del Sindicat Nacional d'Activitats Diverses i que exercien activitats pròpies d'aquesta professió, la incorporació als col·legis oficials d'API. Tot i que és ben cert que en l'actualitat conviuen en el Col·legi Oficial d'API diverses menes de titulats molt diferents, la intenció del legislador era configurar-la com a professió titulada. Una prova d'això és que, en l'art. 5.<sup>a</sup> del Reial Decret 1613/1981,<sup>14</sup> pel qual

14. Aquesta disposició, però, va ser declarada nul·la per la Sentència de la Sala Contenciosa Administrativa del Tribunal Suprem de 22 de desembre de 1982, en no haver-se donat audiència en la seva tramitació al Consell General de Col·legis Oficials de Gestors Administratius d'Espanya. La Sentència va ser executada per Ordre del Ministeri d'Obres Públiques i Urbanisme de 5 de maig de 1983.

s'aprovaven els estatuts generals de la professió, s'exigia per accedir a les proves d'API «tenir un títol oficial universitari».

L'exigència de titulació s'ha de connectar amb la incidència de l'exercici de l'activitat professional en els interessos públics. I és justament a causa dels interessos o béns jurídics que es veuen implicats en l'exercici de la professió d'API (habitatge, propietat, seguretat) pel que es fa necessari instrumentar un control estatal que es concreta en l'exigència d'una titulació professional. Contràriament al que el Tribunal Constitucional sosté, tot i que aquests interessos siguin d'entitat social menor per justificar la protecció penal, no es poden qualificar d'interessos simplement privats o corporatius. Es tracta d'una professió l'exercici de la qual incideix en l'esfera de la col·lectivitat.

Però, a més, és una professió col·legiada: per exercir la professió no n'hi ha prou amb tenir la titulació oficial requerida, sinó que, a més, és necessària la inscripció en el col·legi professional corresponent (art. 5.2 Decret 3248/1969).

En aquest sentit, interessa destacar que la creació d'un col·legi professional es vincula al control de l'exercici de professions titulades d'indubtable interès públic.<sup>15</sup> Però, a més, un cop constituïda l'organització col·legial, la imposició de l'obligatorietat de la col·legiació es fonamenta en la concurrència d'un interès públic rellevant, l'interès que l'exercici de determinades professions se sotmeti a una disciplina pública col·legial.

Aquesta col·legiació obligatòria, tal com ha assenyalat el Tribunal Constitucional, no sols garanteix l'exigència de titulació i la capacitat necessària per exercir la professió, sinó que tutela l'interès general que concorre en l'exercici de determinades professions (STC 131/1989).

Tanmateix, com ha precisat algun sector de la doctrina,<sup>16</sup> la transformació de professió titulada en col·legiada no pot ser automàtica: la creació d'una organització col·legial i la col·legiació consegüent només estarà justificada respecte a aquelles professions molt qualificades per la incidència social de la seva activitat.

En definitiva, i com a conclusió, allò que interessa destacar és que el control públic sobre les activitats professionals es pot manifestar en diversos graus segons la importància o l'entitat dels interessos en joc. En el cas de la professió d'API, aquest control públic s'instrumenta per mitjà de l'exigència d'un títol oficial expedit per l'Estat i per mitjà d'un control disciplinari i deontològic que aquell delega en els col·legis professionals.

Una altra qüestió seria la relativa a la conveniència o no que l'exercici d'aquesta professió, en afectar interessos de la col·lectivitat, hagués de ser protegit penalment.

Com ja hem dit anteriorment, a partir d'aquesta sentència les conductes consistents en l'exercici d'actes propis d'una professió «sense la capacitació oficial requerida» només podran ser sancionades per l'Administració pública. Lògicament, l'avantatge que aquesta mena d'actuació sigui prevista com a il·lícit administratiu serà la rapidesa i l'eficàcia amb què aquests assumptes es tractaran.

15. STC 89/1989.

16. En aquest sentit, Fanlo Loras: *El debate sobre Colegios profesionales y Cámaras...*, Ed. Civitas, 1992. També Ariño Ortiz i Souvirón Morenilla: *Constitución y Colegios profesionales*, Unión Editorial SA, Madrid, 1984.

Però, a més, la situació no deixa de ser paradoxal, ja que resultarà, aplicant l'actual art. 572 CP, que aquells que tinguin habilitació o titulació per a aquesta intervenció, si no estan col·legiats, incorren en un comportament criminal, tot i que sigui amb la lleugeresa de la falta; en canvi els que no tinguin aquesta habilitació o titulació, que òbviament no es poden col·legiar, ni tan sols incorren en una falta administrativa. Per tant, no tenir el màxim —titulació i col·legiació— és impune i no tenir el mínim —només col·legiació— és sancionable. No costa gaire arribar a pensar que, si no apareix una regulació immediata de la professió d'API, la seva col·legiació, tal com ha estat concebuda fins ara, entrarà en una crisi profunda.<sup>17</sup>

Potser allò més greu i reprotxable al legislador és la desprotecció i la indefensió en què es col·loca els particulars o els tercers que es puguin veure perjudicats per l'actuació de professionals sense la titulació professional o la capacitació legal requerida.

En definitiva, la decisió del Tribunal Constitucional només ha contribuït a accentuar la situació d'incertesa i d'inseguretat jurídica en l'àmbit de l'activitat professional dels API.

---

17. Vide «Intrusismo en la intermediación inmobiliaria...», *Estudios de Jurisprudencia*, pàg. 66.

