

AGENTES DE LA PROPIEDAD INMOBILIARIA. INTRUSISMO PROFESIONAL. COMENTARIO A LA SENTENCIA 111/1993, DE 25 DE MARZO

Cristina Pujol Cardenal
Departamento de Derecho Administrativo
de la Universidad de Barcelona

La Sentencia que comentamos tiene su origen en el recurso de amparo interpuesto contra la sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 6 de Alicante, de 8 de noviembre de 1990, y contra la Sentencia de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de esa misma ciudad, de fecha 17 enero de 1991. El supuesto de hecho de la sentencia de amparo fue el siguiente: el recurrente, miembro de la autodenominada Asociación Profesional de Gestores Intermediarios en Promociones de Edificaciones, venía ejerciendo profesionalmente la actividad de intermediario inmobiliario, sin estar en posesión de título oficial de Agente de la Propiedad Inmobiliaria, cuando, como consecuencia de una denuncia presentada por el Colegio Oficial de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria de Alicante, fue condenado por el Juzgado de lo Penal de esa ciudad como autor de un delito de intrusismo del art. 321.1 del Código Penal (CP), a la pena de prisión menor, así como a satisfacer al citado Colegio la cantidad de 1.000.000 de pesetas en concepto de indemnización.

Presentado recurso de apelación contra la anterior resolución, fue parcialmente estimado por la Sección Primera de la Audiencia Provincial, que procedió a declarar improcedente la indemnización fijada por la sentencia de instancia, confirmándola en todo lo restante.

Estimadas parcialmente sus pretensiones, el recurrente formula demanda de amparo, alegando que las sentencias impugnadas han vulnerado, en primer lugar, el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y el derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes (art. 24.2 CE), por haberse negado tanto el órgano judicial de instancia como el de apelación a plantear ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, una cuestión prejudicial acerca de la compatibilidad del RD 1464/1988, que atribuye la exclusividad de las actividades en el sector inmobiliario a los agentes de la propiedad inmobiliaria y a los administradores de fincas, con lo dispuesto en la Directiva 67/43/CEE, relativa a la realización de la libertad de establecimiento y de la libre prestación de servicios para las actividades no asalariadas incluidas en el sector de los negocios inmobiliarios.

En segundo lugar, aduce que la condena le ha sido impuesta como consecuencia de una interpretación extensiva del art. 321.1 CP así como del Decreto 3248/1969 —al que el art. 321.1 reenvía, dada su naturaleza de norma penal en blanco—, interpretación que resulta prohibida en virtud de las exigencias derivadas del principio de legalidad penal consagrado en el art. 25.1. CE.

En cuanto a los fundamentos jurídicos de la demanda de amparo, los argumentos en los que el Tribunal Constitucional fundamenta su fallo se pueden reconducir sistemáticamente a los siguientes:

Por lo que respecta a las invocadas vulneraciones del derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes (art. 24.1 y 2 CE), el alto Tribunal considera que la decisión sobre el planteamiento de la cuestión prejudicial corresponde de forma exclusiva al órgano judicial y no impide la defensa del derecho fundamental de las partes ante el Tribunal Constitucional. Además, y refiriéndose a una resolución del TJCEE, añade: «la Directiva 67/43/CEE no se opone a una normativa nacional que reserva ciertas actividades incluidas en el sector de los negocios inmobiliarios a las personas que ejercen la profesión regulada de API, no pudiendo, por consiguiente, considerarse incumplida por las previsiones que se contienen, respectivamente, en el Decreto 3248/1969 y en el Real Decreto 1464/1988».

Por ello concluye afirmando que no ha existido vulneración alguna de los derechos invocados.

No procede hacer más comentarios al respecto por no ser ésta la cuestión central de la Sentencia comentada.

Entrando en el fondo del asunto y por lo que se refiere a la vulneración del principio de legalidad penal¹ (art. 25.1 CE) —en el que centraremos el objeto de nuestro estudio—, el Tribunal Constitucional procede a examinar lo aducido por el recurrente que fundamenta en los siguientes extremos:

1. Las actividades desarrolladas como gestor intermediario en promociones de edificaciones no coinciden con las «propias» de la profesión de API.

2. El tipo delictivo constituye una norma penal en blanco para cuyo complemento se recurre a una norma de rango reglamentario opuesta a los art. 35 (libertad de elección de profesión u oficio) y 36 CE (reserva de ley en materia de régimen jurídico de colegios profesionales y ejercicio de las profesiones tituladas).

3. Y finalmente, que el título al que se refiere el art. 321.1 CP no es el exigido para ejercer la profesión de API.

I. Respecto a la primera de las cuestiones apunradas, conviene precisar que el recurrente en amparo llevó a cabo actividades de «mediación y corretaje», que según el art. 1 del Decreto 3248/1969^{1bis} se consideran «propias» de la profesión de API, sin estar en posesión del título oficial requerido y sin estar inscrito en el correspondiente Colegio. Hechos que, por otra parte, han sido declarados probados por las sentencias de instancia y apelación y en los que el Tribunal Constitucional no puede entrar a conocer, limitándose por ello a rechazar la pretensión del recurrente.

Es más, y como se desprende de la sentencia de apelación (FD 3.º), el ahora recurrente pretendió ampararse en un carnet expedido por la denominada Asociación Profesional de Gestores Intermediarios en Promociones de Edificaciones² y en el hecho

1. Tanto el Colegio Oficial de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria de Alicante como el ministerio fiscal rechazan que se haya producido una infracción del art. 25.1 CE por el hecho de haber procedido los órganos judiciales a la aplicación del art. 321.1 CP, ya que la interpretación que de los tipos penales lleven a cabo los órganos judiciales constituye una cuestión de mera legalidad que no puede ser revisada por el Tribunal Constitucional.

1bis. Decreto que aprueba el Reglamento de los colegios de agentes de la propiedad inmobiliaria y de su junta central.

2. En cuanto a la legalidad de esta Asociación Profesional de Gestores Intermediarios en Promociones de Edificaciones, es importante poner de manifiesto que en Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia de Málaga, de fecha 2 de marzo de 1990, el órgano judicial declaró la nulidad e

de que ésta se hubiera constituido al amparo de la Ley de 1 de abril de 1977 que regula el derecho de asociación sindical.

Sin embargo, la pertenencia a la mencionada asociación carece de relevancia a los efectos que ahora nos interesan, por cuanto se produjo una invasión de la actividad reservada a los API por un sujeto no capacitado legalmente para ello.

II. Respecto al segundo de los argumentos planteados, el recurrente cuestiona la constitucionalidad del Decreto 3248/1969 (disposición legal a la que de remite el art. 321.1 CP),³ y declara que no habiendo sido aprobado el Reglamento del Colegio Oficial de API por Ley sino por Decreto, ha de considerarse contrario a lo dispuesto en los arts. 36 y 53.1 CE. Asimismo entiende que determinados preceptos (art. 5.1 y 8) del mencionado Decreto vulneran el art. 35 CE por oponerse al derecho a la libre elección y acceso al ejercicio profesional. Alega también la infracción por el Decreto de otros preceptos constitucionales, entre ellos, los art. 24.1 y 26 CE.

La discusión se plantea entorno a la cobertura legal del Decreto 3248/1969, por cuanto una norma de rango reglamentario incide en la regulación del ejercicio de las profesiones tituladas, materia que es objeto de una reserva legal específica (art. 36 CE).

La determinación del ámbito competencial de una profesión o el establecimiento de condiciones para su efectivo ejercicio (exigencia de determinada titulación y/o incorporación a un colegio), implica regular el ejercicio profesional y en virtud del art. 36 CE entra en juego la reserva de ley. No obstante, como ha señalado el Tribunal Constitucional, «el principio de la reserva de ley no excluye la posibilidad de que las leyes contengan remisiones a normas reglamentarias, pero sí que tales remisiones hagan una regulación independiente y no claramente subordinada a la ley...» (STC 83/1984).

Lo que ocurre es que la normativa que regula la profesión de API no cumple con estas exigencias. Tanto la creación del Colegio como la aprobación del Reglamento regulador del ejercicio de la profesión y del funcionamiento de los colegios se produjo a través de un Decreto, sin habilitación legal alguna.

Para salvar la falta de cobertura legal de esta disposición reglamentaria, el Tribunal Constitucional, recogiendo la doctrina contenida en anteriores sentencias, entiende que, al ser el Decreto una norma preconstitucional, no es posible exigir de manera retroactiva la reserva de ley que impone el art. 36 CE (STC 11/1981, 83/1984, 219/1989).^{3bis}

inexistencia del contrato societario por el que se constituyó la asociación demandada por ser su objeto ilícito «en el sentido de coincidir las funciones de sus asociados con aquellas otras que por ley vienen exclusivamente atribuidas a los miembros del Colegio de API».

3. En su escrito de alegaciones, el recurrente planteó una cuestión de inconstitucionalidad en relación con el referido Decreto 3248/1969, cuestión que fundamenta en la infracción por el Decreto de los art. 14, 24.1, 26, 35, 36, 53.1 CE. En este sentido, el Tribunal Constitucional declara la improcedencia del planteamiento por el recurrente de la cuestión de inconstitucionalidad, ya que corresponde exclusivamente a los jueces y tribunales, de oficio o a instancia de parte, cuando consideren que una norma con rango de ley (lo que aquí no ocurre), que sea aplicable al caso y de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución (FJ 1).

^{3bis}. Concretamente, en la STC 219/1989, y respecto a la reserva de ley en materia punitiva (art. 25.1 CE), el Tribunal Constitucional afirmó que «no es posible exigir la reserva de ley de manera retroactiva para considerar nulas e inaplicables disposiciones reglamentarias respecto de las cuales esa exigencia formal no existía antes de la Constitución» (FJ 2).

Ello no le impide entrar a examinar si el mencionado Decreto, en la medida en que establece condiciones para el ejercicio de la actividad profesional de API, es conforme con lo establecido en la Ley 2/1974, reguladora de colegios profesionales. Centra su atención en la exigencia de titulación y en la obligatoriedad de incorporación a un colegio profesional (requisitos contemplados en los art. 5 y 7 del Decreto 3248/1969).

Según la Ley 2/1974, presupuesto necesario para incorporarse a un colegio profesional es estar en posesión de la «titulación requerida» (art. 3.1 LCP). Pese a la ambigüedad del legislador, conviene precisar, como ha señalado la doctrina, que la creación y existencia de los entes colegiales se vincula al ejercicio de profesiones tituladas: el Colegio ordena el ejercicio de profesiones que requieren un título académico o profesional.⁴

En cuanto a la obligatoriedad de la colegiación, el alto Tribunal se ha pronunciado en diversas sentencias a favor de la constitucionalidad de esta exigencia, afirmando que el requisito de la incorporación obligatoria no vulnera ni la libertad asociativa en su vertiente negativa (art. 22 CE) ni la libertad de elección profesional (art. 35.1 CE) por la presencia de intereses públicos vinculados al ejercicio de determinadas profesiones (STC 89/1989). Asimismo ha declarado que la colegiación obligatoria está justificada por la tutela del interés general que concurre en el ejercicio de determinadas profesiones (disciplina profesional, normas deontológicas...), cuya protección va unida a la de valores y derechos constitucionales que están en juego con ocasión del ejercicio profesional (vida, salud, integridad física...) (STC 131/1989).⁵

De lo expuesto se desprende que los preceptos impugnados son conformes a lo exigido por la Ley de colegios profesionales y a la doctrina jurisprudencial, no vulnerando, por tanto, los preceptos constitucionales invocados. Así lo entiende el Tribunal Constitucional, que concluye afirmando: «ha de rechazarse la pretensión de que los órganos judiciales hayan lesionado el art. 25.1 CE por haber aplicado una norma penal en blanco que toma como complemento una disposición nula por contraria a los art. 35 y 36 CE».

Sin embargo, el Tribunal Constitucional se detiene aquí y omite la referencia a la vulneración por el Decreto 3248/1969 del art. 26 CE. Ello merece algún comentario.

Asimismo interesa poner de manifiesto que el Tribunal Constitucional ha rechazado la insuficiencia de rango normativo del Decreto 3248/1969 en términos parecidos a como lo hiciera el Tribunal Supremo. En este sentido es interesante la STS 25-2-1990, en la que declara que la derogación implícita por la Constitución del Decreto regulador de la profesión de API «sólo tendrá lugar cuando se desarrolle el art. 36 CE y entre en vigor la ley a la que el mismo se refiere».

4. Ahora bien, es importante poner de manifiesto que, si bien inicialmente los colegios nacen vinculados a las profesiones liberales, con título universitario o académico, con posterioridad, y a partir de la modificación de la Ley de colegios profesionales por la Ley 74/1978, se suprime esa exigencia, y se producirá una extensión de la institución colegial a otras profesiones que no requieren un título universitario (por ejemplo, delinquentes, agentes de seguros, ópticos...). Este fenómeno de proliferación de los colegios profesionales ha sido criticada por la doctrina (Fanlo, Ariño, Souvirón, Baena), que ha puesto de manifiesto la necesidad de restringir el reconocimiento de la organización colegial sólo en favor de aquellas profesiones «tituladas» muy calificadas por la incidencia social de su actividad. En este sentido *vide* Fanlo Loras, *El debate sobre Colegios profesionales y Cámaras oficiales*, Ed. Civitas, 1992.

5. Recientemente, el alto Tribunal ha vuelto a pronunciarse sobre el tema. Concretamente, en la STC 35/1993, de 8 de febrero, en la que se plantea el carácter obligatorio de la colegiación en relación a un profesional, ayudante técnico sanitario, que prestaba sus servicios en institución dependiente del INSALUD. El Tribunal Constitucional reitera la doctrina contenida en las sentencias 89/1989 y 131/1989.

El art. 26 CE prohíbe los tribunales de honor en el ámbito de las organizaciones profesionales. Después de la Constitución los actos deshonorosos, si se cometen en el ejercicio de la profesión, pueden ser sancionados, pero no con los criterios ni por la vía de los tribunales de honor.⁶

En este sentido, y de acuerdo con la disposición derogatoria tercera de la CE, deberíamos entender derogados los art. 7.*e* y 29 del Decreto, que se refieren a los tribunales de honor, por ser contrarios a lo establecido en la Constitución (art. 26). Lo mismo cabe decir respecto al art. 73, por cuanto la imposición de sanción disciplinaria sin previa formación de expediente, entendemos, como el recurrente, que vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva y a no padecer indefensión (art. 24.1 CE).

Conviene recordar que aunque la Ley dota a los colegios de una importante potestad disciplinaria en el ámbito profesional y colegial (art. 5.*i* LCP 2/1974), ello no significa que no deban respetar los postulados de la seguridad jurídica y las garantías materiales y formales impuestas por la Constitución.

Hasta ahora las cuestiones analizadas por el alto Tribunal se refieren al defecto formal del Decreto regulador de la profesión de API, es decir, a su falta de cobertura legal, y por otra parte, al problema sustantivo que plantea la articulación de esta normativa —preconstitucional— con las exigencias derivadas de la CE de 1978.

III. Por último, el Tribunal Constitucional examina si la supuesta interpretación extensiva llevada a cabo por las sentencias impugnadas en la aplicación del art. 321 CP, ha supuesto o no lesión del principio de legalidad penal (art. 25.1 CE).

Para ello aborda tres cuestiones: *a*) La naturaleza del título a que se refiere el art. 321.1 CP; *b*) El ámbito de protección de dicho precepto; *c*) La titulación exigida para ejercer la profesión de agente de la propiedad inmobiliaria.

a) El alto Tribunal centra su atención en el origen y evolución legislativa del art. 321.1 CP y entiende que el título a que se refiere este precepto es un «título académico oficial». Además, precisa que aunque el precepto haya omitido el adjetivo «académico» no por ello se puede ampliar el tipo del delito de intrusismo para incluir en el mismo conductas como la llevada a cabo el recurrente.

La insistencia y los argumentos utilizados por el Tribunal Constitucional para justificar la existencia de un título académico o universitario podrían interpretarse en el sentido de reconducir la realización de «actos propios» de la profesión de API a la desaparecida falta de intrusismo del art. 572.1 CP (derogada por Ley orgánica 3/1989), que tipificaba como falta la conducta «de quien no estando comprendido en el art. 321 ejerciere actos propios de una profesión reglamentada por disposición legal, sin poseer la capacitación o habilitación requerida».

Sin embargo, este tipo de argumentaciones pueden ser objeto de ciertas consideraciones.

En primer lugar porque rompe con la doctrina del Tribunal Supremo que, en una

6. Ahora bien, y como ha señalado Sáinz Moreno, la prohibición de los tribunales de honor no implica la de cualquier procedimiento que imponga la disciplina colegial. La aplicación por los colegios de normas disciplinarias y reglas deontológicas con las garantías exigidas por la Constitución es compatible con la prohibición de los tribunales de honor. *Vide Comentarios a las leyes Políticas. Constitución Española de 1978*, a cargo de Óscar Alzaga y Villamil, Tomo III, Madrid 1983. «Comentario al art. 36 CE», *op. cit.*, pág. 576-581.

reiterada jurisprudencia, ha considerado la profesión de API como una de las profesiones merecedoras de la protección penal que dispensa el art. 321 CP.⁷ El Supremo, hasta ahora, ha venido considerando como delito de usurpación, el ejercicio de funciones de intermediación inmobiliaria propias de la profesión de API sin ostentar la titulación legal correspondiente y los demás requisitos exigidos por su normativa reguladora. Como el art. 321 CP constituye una norma penal en blanco, que no especifica las profesiones protegidas y para cuya aplicación hay que recurrir a preceptos extrapenales normalmente de naturaleza administrativa, la doctrina jurisprudencial entendía que la profesión de API se encontraba subsumida en el ámbito de protección del mencionado precepto, por exigir titulación oficial y por la incidencia social del ejercicio de la profesión.

Pero, además, la interpretación del Tribunal Constitucional crea un vacío legal. La doctrina que deriva de esta sentencia y la desaparición, por Ley orgánica 3/1989, de la otrora falta de intrusismo contenida en el art. 572.1 CP, nos conducen a plantearnos: ¿cómo sancionar la conducta del profesional infractor?, ¿cuál es la norma que tipifica el ejercicio de actos propios de la profesión de API sin poseer la capacitación legal requerida?

Pues bien, en los momentos actuales, no aparecen tipificados ni como infracción penal ni como infracción administrativa, con la peligrosa consecuencia de que mientras no se cubra esta laguna normativa se estará permitiendo la actuación, en el mercado inmobiliario, de profesionales sin la titulación oficial exigida y sin ningún tipo de responsabilidad frente a terceros.

El Tribunal Constitucional se limita a declarar que la desaparición de la falta de intrusismo, en la que parece subsumir la conducta enjuiciada, se ha inspirado en el principio de proporcionalidad con el propósito de descriminalizar dicha conducta convirtiéndola en infracción administrativa.⁸

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 y 10-7-1990.

Además, en algunas sentencias, y en lo que concierne a las actividades propias de los API, la jurisprudencia ha venido exigiendo la nota de la habitualidad para delimitar el tipo delictivo del art. 321.1 CP (STS 23-12-1978, 23-2-1983, 4-3-1988, entre otras). Ha distinguido, dentro del delito de usurpación en general, entre los actos realizados como propios de una profesión para los que se requiere una capacitación específica técnica, bajo la exigencia de un título académico, en cuyo caso basta un acto aislado para cometer el delito (STS 20-12-1967), y aquellas profesiones que sólo exigen colegiación, en cuyo supuesto se requiere habitualidad (STS 2-3-1972). En tal sentido se ha manifestado en la reciente sentencia 8-9-1992: «el intrusismo no requiere, para su perfección, de una habitualidad o repetición de actos, por lo que, puede consistir indiferentemente en el ejercicio continuado o en un simple acto aislado, siempre que sea idóneo y peculiar de la profesión invadida...», no obstante la exigencia de habitualidad, por lo que se refiere a los agentes de la propiedad inmobiliaria, puede provenir de la misma profesión si su propio título y regulación específica contemplan como requisito tal continuidad». Habitualidad que ha sido claramente exigida en las STS 5-5-1992 y 7-7-1992.

8. Según el Tribunal Constitucional, junto a la destipificación penal del intrusismo en la profesión de intermediación inmobiliaria, tanto a título de delito como de falta, la Ley orgánica 3/1989 lo ha convertido en infracción administrativa. Sin embargo ello resulta discutible por cuanto que, pese a lo establecido por la disposición adicional quinta CP, que establece la administrativización de las faltas hasta la entrada en vigor de la ley, la brevedad de esta transitoria no sirve de cobertura para sancionar el intrusismo. Además, el Decreto 3248/1969 no contiene previsión alguna sancionadora para los que ejerzan sin la debida homologación la profesión que regula. Vide «Intrusismo en la intermediación inmobiliaria. Sentencia del TC de 25 marzo 1993», artículo a cargo de Rogelio Gómez Guillamón (Fiscal) en «Estudios de Jurisprudencia». *Revista Colex* núm. 6, mayo/junio 1993, pág. 65 y 66.

Por lo tanto, a partir de esta sentencia, este tipo de actuaciones se tipifican como «ilícito administrativo»: sólo pueden ser sancionadas como infracciones administrativas y dejan de ser consideradas como infracción penal.⁹

Sin embargo, insistimos, los problemas no se plantean por el acierto o no del legislador en destipificar penalmente esta conducta, sino por el hecho de que se ha originado una laguna legal en relación con la tipificación de este tipo de infracciones, la realización de actos propios de la profesión de API sin la titulación legal correspondiente.

Por ello, y en aras al principio de seguridad jurídica, es necesario que, a la mayor brevedad posible, el legislador proceda a reglamentar administrativamente las conductas infractoras y sus correspondientes sanciones.¹⁰

b) Una vez justificado que el título a que se refiere el art. 321.1 CP es un título oficial académico, el Tribunal Constitucional trata de delimitar el ámbito de aplicación del mencionado precepto, es decir, las profesiones protegidas penalmente frente a un delito de intrusismo profesional.

Para ello parte de la distinción entre «título oficial académico», que identifica con aquellas profesiones tituladas para cuyo ejercicio se requiere poseer estudios universitarios acreditados, y «capacitación oficial», que hace referencia a los requisitos o condiciones exigidas para ejercer determinada actividad profesional.

Pone el acento en la posibilidad de que se instrumenten diversos grados de control estatal sobre la actividad profesional en función de la mayor o menor importancia constitucional de los intereses que con su ejercicio se ponen en juego, y afirma: «cuanta más relevancia social tuvieran dichos intereses, mayor sería el nivel de conocimientos requeridos para el desempeño de la actividad profesional que sobre ellos incidiera; y lógicamente mayor habría de ser el control estatal sobre los mismos...».

En este sentido, entiende que el ámbito de aplicación del art. 321.1 CP quedaría reservado a aquellas profesiones que, por incidir sobre bienes jurídicos de máxima

9. No obstante, conviene precisar que con posterioridad a la reforma del Código Penal, también el Tribunal Supremo se ha cuestionado, en alguna sentencia, la necesidad de la protección penal de la profesión de API. Concretamente, en la Sentencia 3-2-1992 ha manifestado que la doctrina tradicional en este ámbito debería ser revisada «en el sentido de valorar los "títulos" de los que genéricamente habla el precepto teniendo en cuenta su dificultad de obtención y la incidencia social que su no obtención pueda tener en el orden social. No cabe olvidar que la *ratio legis* del art. 321 CP no tiene su fundamento esencial en una protección de los títulos administrativos, cualquiera que éstos fuesen, ni, por tanto, de protección corporativa sino de amparar a la sociedad en su conjunto en evitación de los posibles males causados por personas ineptas desconocedoras de su profesión; de ahí que no deba tener la misma incidencia sancionadora el ejercicio por ejemplo, de la medicina sin ser médico, que la de intermediario en las compraventas sin ser API».

10. La discusión en torno a la posibilidad de sancionar administrativamente este tipo de infracciones, el ejercicio de actos propios de API sin titulación o capacitación legal, no está ni mucho menos cerrada. Desde la publicación de la sentencia, el tema está en manos del Ministerio de Obras Públicas, que está elaborando un proyecto de reglamento en el que se tipifica la conducta ahora enjuiciada como ilícito administrativo. Se contempla una tabla de infracciones con sus correspondientes sanciones y se crea un cuerpo o servicio de inspección específico para investigar la actuación de mediación por quien no ostente el correspondiente título.

La promulgación de ese reglamento ha sido valorada positivamente por los colegios implicados por cuanto al ser la Administración la competente para sancionar se conseguirá una mayor agilidad y rapidez en la tramitación de los expedientes disciplinarios, evitando la demora y retraso que suponía acudir a la jurisdicción penal.

relevancia —vida, integridad corporal, libertad y seguridad—, no sólo necesitan para su ejercicio la realización de estudios que requieren la posesión de un título universitario, sino que también merecen la especial protección que garantiza el instrumento penal frente a toda intromisión que lesionara o pusiera en peligro tales bienes jurídicos.

Sin embargo, y a la vista de lo expuesto, debemos revisar y analizar con mayor detalle algunas de las afirmaciones vertidas en esta Sentencia.

El alto Tribunal parte de la distinción «título académico oficial» y «capacitación oficial», para entender que como la profesión de API incide sobre intereses sociales de menor entidad, la protección y control público de dicha profesión se satisface mediante la exigencia de una «simple capacitación oficial» para su ejercicio.

No obstante entendemos que la distinción se plantea de una forma un tanto drástica, por cuanto existen otras profesiones «tituladas» que exigen para su ejercicio estar en posesión de un título oficial que, aunque no sea estrictamente universitario, es expedido por el Estado en su función de garantizar la capacitación técnica de determinados profesionales, y no puede reconducirse a una mera autorización o habilitación administrativa. Pensemos por ejemplo, en la profesión de óptico, administrador de fincas, delineante, etc.

Quizás hubiera sido más conveniente, como ha hecho el Tribunal Supremo, hablar de la distinción entre títulos mayores y menores en función de la importancia de los estudios exigidos e incidencia de la actividad profesional en aspectos importantes de la vida social.¹¹

Un examen de la legislación vigente en materia educativa pone de manifiesto que el legislador utiliza un concepto amplio de profesión titulada, que identifica con aquella para cuyo ejercicio se requiere estar en posesión de un título académico o profesional. Además, y como ha puesto de manifiesto Sáinz Moreno,¹² en los últimos tiempos ha sido notoria la proliferación de nuevos títulos profesionales para las más variadas actividades.

En cualquier caso, la conversión de una profesión libre en titulada o la creación de nuevas profesiones tituladas es una decisión que corresponde al legislador estatal (art. 149.1.30 CE), quien deberá juzgar la conveniencia de exigir una mayor o menor titulación en función de los intereses implicados. Como ha señalado el Tribunal Constitucional: «Compete al legislador, atendiendo a las exigencias del interés público y a los datos producidos por la vida social, considerar cuándo existe una profesión, cuándo ésta debe dejar de ser enteramente libre para pasar a ser profesión titulada, esto es, profesión para cuyo ejercicio se requieren títulos...» (STC 42/1986).

Lo realmente importante es que a través de la exigencia de titulación —sea estrictic-

11. STS 28-6-1989 (Ar. 5670), 30-3-1990 (Ar. 3019), 3-2-1992. Concretamente, en la STS de 30 de marzo de 1990 declara que la distinción entre el ámbito punitivo reservado al art. 321 CP y la falta del art. 572.1 CP, —falta de intrusismo hoy derogada y sólo sancionable como infracción administrativa—, «debe hacerse por la mayor o menor importancia de la titulación exigida para el ejercicio de la profesión de que se trate, y, en consecuencia, por la mayor o menor trascendencia que pudiera tener para la comunidad el que actos propios de tal profesión puedan realizarse sin la correspondiente habilitación legal».

12. Es interesante la lectura del artículo de Sáinz Moreno sobre el ejercicio de las profesiones tituladas. Vide *Comentarios a las Leyes Políticas. Constitución Española de 1978*, dirigida por Óscar Alzaga Villaa-mil. «Comentario al art. 36 CE», pág. 511-555.

tamente académica o profesional— se garantiza una determinada capacitación respecto de la cual el Estado ejerce un determinado poder de policía.¹³

Pero conviene hacer otra puntualización.

Si nos trasladamos al ámbito de protección del art. 321.1 CP, el problema se podría plantear en los siguientes términos: si el tipo delictivo contemplado en el mencionado precepto sólo se reserva a aquellas profesiones tituladas «muy cualificadas» que requieren un título académico *ad hoc*, ¿qué ocurre con el resto de las profesiones tituladas (= aquellas que requieren un título «menor» de carácter profesional u oficial)?

El problema antes referido de la laguna legal también sería predicable de esas otras profesiones tituladas, no subsumibles en el ámbito del art. 321 CP pero tampoco reconducibles a una mera capacitación o habilitación administrativa.

c) Delimitado el ámbito de protección del art. 321 CP, el Tribunal Constitucional examina la naturaleza de la titulación exigida para ejercer la profesión de API.

Tras un análisis de la normativa reguladora de esta profesión, entiende que el título de API no es un título académico, por cuanto 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; por ello mismo, considera que no puede incluirse dentro de los márgenes de la conducta tipificada en el art. 321.1 CP la de quien realizare actos propios de dicha profesión careciendo de la capacitación oficialmente reconocida para ello.

Concluye afirmando que al condenar al recurrente como autor del delito de intrusismo tipificado en el art. 321.1 CP, las sentencias impugnadas han llevado a cabo una aplicación extensiva *in malam partem* del término «título» contenida en dicho precepto que no es conforme a los principios y valores constitucionales. Lo que le lleva a la estimación del recurso de amparo por infracción del art. 25.1 CE.

Expuesta de manera sintética la doctrina resolutoria del fallo del Tribunal Constitucional, conviene introducir algunas consideraciones de carácter crítico.

Si nos centramos en la naturaleza de la profesión de API, lo primero que hay que señalar es que nos encontramos ante una profesión titulada y colegiada.

Titulada porque, de acuerdo con el art. 5 del Decreto 3248/1969, para ejercer la profesión de API se exige estar en posesión de un título profesional que el Ministerio de la Vivienda (hoy Ministerio de Obras Públicas) expide cuando se acredita suficiente aptitud en los exámenes correspondientes (art. 8), siendo requisitos para tomar parte

13. En este sentido, *Vide* STS 13-5-1989 (Ar. 4193). En esta sentencia declara: «El concepto de «título oficial» es un elemento normativo del tipo que requiere una interpretación que se debe orientar al fin de protección de la norma. Con el delito de intrusismo se quiere proteger la confianza del público en un ejercicio ordenado de ciertas actividades profesionales, que requieren una cierta capacitación respecto de la que el Estado ejerce un determinado poder de policía. Este poder de policía tiene precisamente una finalidad preventiva respecto de los daños que podría sufrir un particular en el caso de recurrir a una persona que no acreditó una mínima capacitación técnica o científica para el ejercicio de la profesión». Crítica la doctrina dominante, que identifica el título que se refiere el art. 321.1 CP con un título «académico», y entiende que el ámbito de protección que dispensa el mencionado precepto también se extiende a otros títulos oficiales (en este caso el de API), aunque no requieran estudios universitarios. Concluye afirmando «lo decisivo, por tanto, es quien otorga el título y no a qué actividad se refiere. Partiendo del bien jurídico protegido, el concepto de título oficial se debe vincular con la autoridad que lo expide y con la finalidad policial de garantizar al público la capacidad técnica de una persona».

en estos exámenes estar en posesión de un título oficial expedido por las universidades en el grado de licenciado; por escuelas técnicas en sus grados superior y medio; por escuelas de comercio desde el grado de profesor mercantil; por escuelas normales de magisterio u otro título de carácter oficial legalmente equiparado a éstos, mediante disposición legal o reglamentaria (art. 7.º Decreto).

La naturaleza titulada de esta profesión no se desvirtúa, como así intenta demostrar el Tribunal Constitucional, por el hecho de que por Decreto 271/1975 se facilitara a personas, provenientes del Sindicato Nacional de Actividades Diversas y que vinieran ejerciendo actividades propias de esta profesión, la incorporación a los colegios oficiales de API. Aunque es cierto que en la actualidad conviven en el Colegio Oficial de API muy distintos tipos de titulados, la intención del legislador era configurarla como profesión titulada. Prueba de ello es que en el art. 5.ª del RD 1613/1981,¹⁴ por el que se aprobaban los estatutos generales de la profesión, se exigía para acceder a las pruebas de API «hallarse en posesión de un título oficial universitario».

La exigencia de titulación debe conectarse a la incidencia del ejercicio de la actividad profesional en los intereses públicos. Y es justamente por los intereses o bienes jurídicos que se ven implicados en el ejercicio de la profesión de API (vivienda, propiedad, seguridad), por lo que se hace necesario instrumentar un control estatal que se concreta en la exigencia de una titulación profesional. Contrariamente a lo que el Tribunal Constitucional sostiene, aunque tales intereses sean de menor entidad social para justificar la protección penal, no pueden calificarse de intereses simplemente privados o corporativos. Se trata de una profesión cuyo ejercicio incide en la esfera de la colectividad.

Pero además es una profesión colegiada: para ejercer la profesión no es suficiente con estar en posesión de la titulación oficial requerida, sino que además es necesaria la inscripción en el colegio profesional correspondiente (art. 5.2 Decreto 3248/1969).

En este sentido, interesa destacar que la creación de un colegio profesional se vincula al control del ejercicio de profesiones tituladas de indudable interés público.¹⁵ Pero, además, constituida la organización colegial, la imposición de la obligatoriedad de la colegiación se fundamenta en la concurrencia de un interés público relevante, el interés de que el ejercicio de determinadas profesiones se someta a una disciplina pública colegial.

Colegiación obligatoria que, como ha señalado el Tribunal Constitucional, no sólo garantiza la exigencia de titulación y capacidad necesaria para ejercer la profesión, sino que tutela el interés general que concurre en el ejercicio de determinadas profesiones (STC 131/1989).

Sin embargo como ha precisado algún sector de la doctrina,¹⁶ la transformación de profesión titulada en colegiada no puede ser automática: la creación de una organización colegial y la consiguiente colegiación sólo estará justificada respecto de aquellas profesiones muy cualificadas por la incidencia social de su actividad.

14. Sin embargo, esta disposición fue declarada nula por la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 1982, por no haberse dado audiencia en su tramitación al Consejo General de Colegios Oficiales de Gestores Administrativos de España. Sentencia que fue ejecutada por Orden del Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo de 5 de mayo de 1983.

15. STC 89/1989.

16. En este sentido, Fanlo Loras, *El debate sobre Colegios profesionales y Cámaras...*, Civitas, 1992. También Ariño Ortiz y Souvirón Morenilla, *Constitución y Colegios profesionales*, Unión Editorial SA, Madrid, 1984.

En definitiva y para concluir, lo que interesa destacar es que el control público sobre las actividades profesionales se puede manifestar en grados diversos según la importancia o entidad de los intereses en juego. En el caso de la profesión de API, ese control público se instrumenta a través de la exigencia de un título oficial expedido por el Estado y a través de un control disciplinario y deontológico que aquél delega en los colegios profesionales.

Cuestión distinta sería la relativa a la conveniencia o no de que el ejercicio de esta profesión, por afectar a intereses de la colectividad, tuviera que estar protegida penalmente.

Como ya se ha dicho anteriormente, a partir de esta sentencia, las conductas consistentes en el ejercicio de actos propios de una profesión «sin la capacitación oficial requerida», sólo podrán ser sancionadas por la Administración pública. Lógicamente, la ventaja de que este tipo de actuación se contemple como ilícito administrativo será la rapidez y eficacia con que estos asuntos se ventilarán.

Pero, además la situación no deja de ser paradójica, pues resultará, aplicando el actual art. 572 CP, que quienes tengan habilitación o titulación para tal intervención, si no están colegiados, incurrirán en un comportamiento criminal, aunque sea con la levedad de la falta; en cambio los que carezcan de esta habilitación o titulación, que obviamente no pueden colegiarse, ni siquiera incurrir en una falta administrativa. De donde carecer de lo más —titulación y colegiación— es impune y carecer de lo menos —sólo colegiación— es sancionable. No es aventurado creer que, de no aparecer una pronta regulación de la profesión de API, su colegiación como hasta ahora está concebida va a entrar en una profunda crisis.¹⁷

Quizás lo más grave y reprochable al legislador es la desprotección e indefensión en que se coloca a los particulares o terceros que puedan verse perjudicados por la actuación de profesionales sin la titulación profesional o capacitación legal requerida.

En definitiva, el fallo del Tribunal Constitucional sólo ha contribuido a acentuar la situación de incertidumbre e inseguridad jurídica en el ámbito de la actividad profesional de los API.

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

