|  |  |
| --- | --- |
| Auto | 343/1991 |
| Fecha | de 12 de noviembre de 1991 |
| Sala | Pleno |
| Magistrados | Don Francisco Tomás y Valiente, don Francisco Rubio Llorente, don Fernando García-Mon y González-Regueral, don Carlos de la Vega Benayas, don Eugenio Díaz Eimil, don Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, don Jesús Leguina Villa, don Luis López Guerra, don José Luis de los Mozos y de los Mozos, don Álvaro Rodríguez Bereijo, don José Vicente Gimeno Sendra y don José Gabaldón López. |
| Núm. de registro | 1916-1991 |
| Asunto | Cuestión de inconstitucionalidad 1.916/1991 |
| Fallo | Por lo expuesto, y de conformidad con lo dispuesto en el art. 37.1 de nuestra Ley Orgánica, el Pleno de este Tribunal acuerda inadmitir la presente cuestión de inconstitucionalidad promovida por el Juzgado de Instrucción núm. 2 de Alicante. |

**AUTO**

 **I. Antecedentes**

1. Mediante Auto de remisión de 16 de septiembre de 1991, registrado en este Tribunal el día 21 siguiente, el Juzgado de Instrucción núm. 2 de Alicante plantea cuestión de inconstitucionalidad en relación con el Decreto 3248/1969, de 4 de diciembre, que aprueba el Reglamento de los Colegios Oficiales de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria y de su Junta Central, en cuanto pudiera vulnerar los arts. 36 y 53.1 de la Constitución.

2. El Colegio Oficial de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria de la provincia de Alicante presentó una querella contra don Rafael Mira Zaplana por un presunto delito de usurpación de título o intrusismo profesional (art. 321 del Código Penal), en virtud de venir ejerciendo el querellado -se decía- funciones propias de tales Agentes colegiados sin poseer la titulación correspondiente para ello.

Turnada la querella ante el Juzgado de Instrucción núm. 2 de los de Alicante, por Auto de 12 de diciembre de 1991, se archivó el procedimiento al estimar el Juez que no existía el elemento subjetivo que requiere el delito de intrusismo, es decir, la conciencia o voluntad de la irregular actuación, puesto que las funciones de Agente se entremezclaban con las de Abogado y Gestor Administrativo que el querellado realizaba. Interpuesto recurso de apelación por el Colegio querellante, la Audiencia Provincial de Alicante, en Auto de 21 de febrero de 1991, estimó el recurso y revocó la resolución precitada, al entender que en ese momento procesal no procedía entrar a valorar la intención presente en la conducta denunciada.

Por Auto de 20 de mayo de 1991 y en el procedimiento abreviado núm. 400/91, el Juzgado de referencia decretó la apertura del juicio oral, a solicitud de la acusación particular y del Ministerio Fiscal, y emplazó al querellado para que designara Abogado y Procurador que lo defendiese. Efectuado tal trámite, el imputado, en sendos escritos de fecha 31 de mayo de 1991, solicitó del Juez que propusiese una cuestión de inconstitucionalidad respecto del Decreto 3248/1969, así como que formulase una cuestión prejudicial de las previstas en el art. 177 del Tratado constitutivo de la CEE. Mediante providencia de 6 de junio de 1991, el Juez dio traslado de los escritos reseñados al querellante y al Ministerio Fiscal; como este último recordase al órgano judicial los requisitos que debe poseer la providencia por la que el Juez da audiencia a las partes antes de plantear la cuestión de inconstitucionalidad, se dictó nueva providencia de fecha 5 de julio de 1991, poniendo de manifiesto la posible contradicción entre el contenido del Decreto mencionado y el art. 36 de la Constitución, y dando un nuevo trámite de alegaciones exclusivamente al Ministerio Fiscal. El Ministerio Público se opuso al planteamiento de la cuestión por carecer la norma cuestionada de rango de Ley. El Juez, en Auto de remisión de 16 de septiembre de 1991, planteó cuestión de inconstitucionalidad respecto a la totalidad del Decreto discutido.

El órgano judicial promotor de la presente cuestión de inconstitucionalidad, en escrito de la misma fecha que el Auto de remisión de la cuestión, aduce que son muy diversas las respuestas ofrecidas por los distintos Juzgados ante las numerosas querellas de los respectivos Colegios Oficiales de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria por presuntos delitos de intrusismo, y, entre ellas, el planteamiento de la cuestión prejudicial del art. 177 del Tratado de la CEE; dada esta situación, la seguridad jurídica «se ve notablemente perturbada».

A su juicio, el Decreto discutido incurre en una inconstitucionalidad sobrevenida al vulnerar la reserva de Ley que el art. 36 de la Constitución establece para regular el ejercicio de las profesiones tituladas, así como lo dispuesto en el art. 53.1 de la Norma suprema sobre la ordenación por ley de los derechos y libertades recogidos en el Capítulo Segundo del Título I de la Constitución. Siendo como es, por otra parte, una norma anterior a la Constitución, «tal y como estableció la Sentencia de 29 de abril de 1991 de ese Tribunal, puede el órgano judicial plantear la presente cuestión», y, a mayor abundamiento, porque el art. 321 del Código Penal es una ley penal en blanco que debe integrarse, para determinar la conducta delictiva, con la disposición cuestionada; «en definitiva, aun tratándose de un Decreto, por el necesario reenvío que el art. 321 del Código Penal hace al mencionado Decreto, éste actúa como si fuera una ley que posibilita la imposición de penas privativas de libertad (posibilidad reservada en nuestro ordenamiento jurídico exclusivamente a la Leyes Orgánicas según el art. 81.1 de la Constitución)», según se reconoció en las SSTC 104/1986 y 160/1986. Es, por otra parte, evidente que es el Reglamento cuestionado la disposición que fija la necesidad de un título oficial y de un determinado examen para el ejercicio de la profesión de Agente de la Propiedad Inmobiliaria. Y no es posible que un Decreto que en 1969 se ajustaba a la legalidad entonces vigente prolongue su validez después de la aprobación de la Constitución, poseyendo un contenido manifiestamente en contra de lo en ella previsto. Además, el Código de Comercio posee rango de ley y regula la labor de estos mediadores mercantiles de forma diversa a como lo hace el Decreto cuestionado, sin que pueda admitirse la derogación de una ley por un Decreto. Y no está tan siquiera expresamente previsto en el Decreto la exclusividad en el ejercicio de sus funciones por parte de los Agentes de la Propiedad Inmobiliaria, de suerte que excluyan a otros mediadores.

En particular, el art. 7 d) (en relación con el art. 29) del Decreto vulnera el art. 26 de la Constitución, al señalar como requisito para participar en los exámenes no haber sido expulsado o separado por un Tribunal de honor. El art. 8 está en contradicción con la interdicción de la arbitrariedad que constitucionaliza el art. 9.3 de la norma suprema y con la libertad de elección de profesión, art. 36, al dejar a la discrecionalidad de un Ministerio la convocatoria de los exámenes. Todavía con mayor claridad, el art. 73 del Decreto permite imponer sanciones sin la previa apertura de un expediente contradictorio, lo que también transgrede las garantías constitucionales.

3. Por providencia de 14 de octubre de 1991, la Sección Primera del Pleno acordó tener por recibidas las anteriores actuaciones y oír al Fiscal General del Estado para que, en el plazo de diez días, alegase lo que estimase procedente acerca de la admisibilidad de esta cuestión de inconstitucionalidad por la falta de las condiciones procesales, constitucional y legalmente exigibles (art. 37.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, en adelante, LOTC).

4. En escrito de alegaciones registrado el 24 de octubre de 1991, el Fiscal General del Estado se opone a la admisión a trámite de la presente cuestión de inconstitucionalidad, por entender que el Juez planteó la cuestión en un momento procesal inadecuado, así como por la falta de rango de la Ley de la disposición cuestionada.

Del art. 163 de la Constitución, del art. 35 de la LOTC y del art. 5.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial se desprende el requisito de que la norma cuestionada tenga rango de Ley, y como tal han de entenderse las normas a que se refiere el art. 27 de la LOTC (ATC 214/1982), entre las que no se encuentra el Decreto aquí cuestionado.

En segundo lugar, el Juez de Instrucción carece de competencia y de suficiente juicio de relevancia para promover una cuestión de inconstitucionalidad en una causa que corresponde enjuiciar y fallar al Juez de lo Penal.

##### II. Fundamentos jurídicos

1. Unico. La presente cuestión de inconstitucionalidad suscita varios reparos para su admisión a trámite, desde la perspectiva del cumplimiento de los requisitos procesales legalmente exigibles, algunos de los cuales pudieran acaso ser salvados con una interpretación flexible de los mismos apoyada en una actitud permisiva o favorable al planteamiento de cuestiones por los Jueces y Tribunales ordinarios. Es patente, no obstante, la presencia en este caso de un obstáculo procesal insubsanable: la falta de fuerza o rango de Ley de la disposición cuestionada, exigencia que viene impuesta por el art. 163 de la Constitución y por los arts. 27.2 y 35.1 de la LOTC. Este obstáculo, de cuya presencia advierte también el Fiscal General del Estado en su informe, obliga por sí solo a la inadmisión de la cuestión y hace innecesario, en consecuencia, que nos pronunciemos ahora sobre la existencia y valor obstativo de otros defectos procesales.

En efecto, el art. 163 de la Constitución permite el planteamiento de una cuestión ante el Tribunal Constitucional cuando el órgano judicial considere que «la norma con rango de Ley» aplicable al caso y de la que depende el fallo, pueda ser contraria a la Constitución; en el mismo sentido, el art. 35.1 de la Ley Orgánica de este Tribunal reitera la exigencia de que la norma cuestionada posea «rango de Ley»; y, por último, el art. 27.2 de esta misma Ley enumera las normas susceptibles de declaración de inconstitucionalidad, concretando las leyes, actos y disposiciones con fuerza de Ley presentes en nuestro ordenamiento, entre las cuales obviamente no se encuentran los Reales Decretos, a través de los cuales se exterioriza la potestad reglamentaria del Gobierno, de valor siempre infralegal. No es ocioso recordar, de otro lado, que el art. 6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial dispone con carácter general que «los Jueces y Tribunales no aplicarán los reglamentos o cualquier otra disposición contrarios a la Constitución, a la Ley o al principio de jerarquía normativa».

Esta exigencia formal relativa al rango de la norma cuya constitucionalidad suscita dudas al órgano judicial no puede sortearse, como pretende el Juez a quo, mediante la puesta en conexión del art. 321 del Código Penal con el Decreto 3248/1969, de 4 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de los Colegios Oficiales de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria y de su Junta Central, razonando simplemente que aquél configura una norma penal en blanco que ha de ser integrada con la norma reglamentaria. Que ello es así lo prueba el hecho de que el Juez no cuestione la constitucionalidad del mencionado precepto del Código Penal, pues su duda de inconstitucionalidad se refiere solamente a la mencionada disposición reglamentaria con base en una vulneración de la reserva de Ley sobre Colegios Profesionales recogida en el art. 36 de la Constitución, duda que con toda evidencia no puede ser despejada en este proceso constitucional.

ACUERDA

Por lo expuesto, y de conformidad con lo dispuesto en el art. 37.1 de nuestra Ley Orgánica, el Pleno de este Tribunal acuerda inadmitir la presente cuestión de inconstitucionalidad promovida por el Juzgado de Instrucción núm. 2 de Alicante.

Madrid, a doce de noviembre de mil novecientos noventa y uno.