



TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL

0 0423¹79

SALA SEGUNDA

Núm. de Registro: 2592/91

Sección Tercera

ASUNTO: Recurso de amparo promovido por don Enrique Amador Plaza.

Excmos. Sres.:

Don Luis López Guerra
Don Eugenio Díaz Eimil
Don Julio González Campos

SOBRE: Sentencias del Juzgado de lo Penal núm. 5 de Palma de Mallorca y de la Sección Primera de la Audiencia Provincial dictadas en causa por delito de usurpación de funciones.

La Sección ha examinado el recurso de amparo interpuesto por don Enrique Amador Plaza.

I. ANTECEDENTES

1. Mediante escrito presentado en el Registro General de este Tribunal el día 20 de diciembre de 1991, don Juan Antonio García San Miguel y Orueta, Procurador de los Tribunales, en nombre y representación de don Enrique Amador Plaza, interpuso recurso de amparo contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, de 12 de noviembre de 1991, que desestima recurso de apelación contra la dictada por el Juzgado de lo Penal núm. 5 de Palma de Mallorca, de 19 de marzo de 1991, en causa seguida por delito de usurpación de funciones.

2. La demanda se basa, en síntesis, en los siguientes antecedentes de hecho:



TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL

0 04234-78

a) Formulada querella contra el aquí actor por el Colegio de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria de Baleares y sustanciado el correspondiente procedimiento, el Juzgado de lo Penal núm. 5 de los de Palma de Mallorca, mediante Sentencia de 19 de marzo de 1991, condenó a don Enrique Amador, como responsable en concepto de autor de un delito de usurpación de funciones del art. 321 C.P., a las penas de seis meses y un día de prisión menor, con accesorias, y de 100.000 pesetas de multa, con un día de arresto sustitutorio por cada 5.000 pesetas o fracción que dejare de satisfacer, y al pago de las costas procesales causadas, incluidas las de la acusación particular.

Dicha Sentencia consideró probado que el solicitante de amparo, que tenía al efecto un local abierto al público, intervenía en operaciones de mediación en negocios inmobiliarios, percibiendo remuneración en forma de honorarios o comisiones. Ello sin hallarse en posesión del título oficial de Agente de la Propiedad Inmobiliaria expedido por el M.O.P.U.

En el curso del proceso, el demandante instó del Juzgado el planteamiento de la cuestión prejudicial prevista en el art. 177 del Tratado Constitutivo de la C.E.E. en relación con estos extremos: 1º) si es posible atribuir, por parte de un Estado miembro, la exclusividad del ejercicio profesional en el sector de los negocios inmobiliarios no asalariados a un determinado grupo o si, por el contrario, la actividad profesional en dicho sector no puede ser discriminada; y 2º) si una Directiva comunitaria como la 67/43, que recoge la pluralidad de profesiones en el sector inmobiliario, es de aplicación directa aunque el Estado miembro no la haya desarrollado o lo haya hecho parcialmente, o sea, sólo respecto de algunas de tales profesiones. En el primer fundamento jurídico de su Sentencia, el Juzgado declaró procedente "no estimar la cuestión prejudicial planteada".



TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL

0 0423³I77

b) Contra la Sentencia citada dedujo el actor recurso de apelación, reiterando su solicitud de planteamiento de la cuestión prejudicial aludida. La Sección Primera de la Audiencia Provincial, por Sentencia de 12 de noviembre de 1991, desestimó dicho planteamiento y el recurso, confirmando en todas sus partes la Sentencia apelada. Ello no obstante, "la Sala hace uso de lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 2º del Código Penal exponiendo al Gobierno que entiende que de la rigurosa aplicación de las disposiciones de la Ley resulta penada una acción que, a juicio del Tribunal, no debería serlo, por lo que se solicita el correspondiente indulto particular" (fundamento IV).

3. En su escrito de demanda, el actor aduce los motivos de amparo siguientes:

a) Vulneración del art. 24.1 C.E. Ello por no haberse planteado la cuestión de prejudicialidad comunitaria, siendo así que el Estado español ha atribuido, mediante el Real Decreto 1464/1988 -el cual se halla impugnado ante el Tribunal Supremo en el recurso 367/90-, la exclusividad de las actividades inmobiliarias a sólo dos profesiones (Agentes de la Propiedad Inmobiliaria y Administradores de Fincas) de las enumeradas en el Anexo II, apartado B-1, del Acta de Adhesión de España a la C.E.E., en detrimento de las otras cuatro reconocidas (entre ellas la de Expertos Inmobiliarios), hallándose ello además en oposición a lo dispuesto en los arts. 1º y 2º de la Directiva del Consejo C.E.E. 67/43. Dado que, en virtud del art. 177 T.C.E.E., el Tribunal de Justicia de la C.E.E. es el único competente en materia de interpretación, la infracción del art. 24.1 C.E. se produce "al no haberse podido ejercitar un derecho cuyo cauce adecuado, por normativa legal, implica su ejercicio a través de un órgano judicial, quien de otra parte venía obligado a la tutela de dicho derecho".

b) Violación del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la propia defensa (art. 24.2 C.E.). En



TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL

0 0423⁴176

efecto, teniendo en cuenta que el único órgano competente en materia de interpretación del alcance y significado de las Directivas comunitarias es el T.J.C.E.E., el no planteamiento de la cuestión solicitada debe equipararse a la denegación de la práctica de la prueba, por cuanto el medio adecuado y único para solicitar aclaración al citado órgano es el referido planteamiento.

c) Violación del principio de legalidad del art. 25.1 C.E. El recurrente ha sido perseguido por ejercer actividad en el campo inmobiliario, realizando su actuación como mandatario verbal y limitándose a cumplir las instrucciones de sus mandantes, percibiendo honorarios por ello; figura esta del mandato regulada en el Código Civil y distinta de la mediación y corretaje que recoge como función propia (que no exclusiva) 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. Don Enrique Amador ha sido condenado, en efecto, en virtud de una interpretación extensiva del art. 321 del Código Penal y del referido Decreto de 1969. Interpretación extensiva que se añade al hecho de que tal norma administrativa está en contradicción con la Directiva 67/43, según el desarrollo (manifiestamente parcial) que de tal Directiva ha realizado el R.D. 1464/1988. La condena fue acordada en base a una norma penal en blanco complementada sin tener en cuenta aquella Directiva y pese a que la misma, tras las adiciones que en ella se realizaron con motivo de la adhesión de España a la C.E.E., incluye seis profesiones en el campo del sector inmobiliario (y no sólo dos, como, luego, hace el R.D. 1464/1988).

El juzgador, en base al Reglamento aprobado por el Decreto 3248/1969, atribuye la exclusividad en la mediación inmobiliaria a los Agentes de la Propiedad Inmobiliaria, cuanto la realidad es que tal Reglamento en modo alguno sanciona esa exclusividad, sino que se limita a aludir a las "funciones propias" de los A.P.I. Pretender equiparar la expresión "funciones

propias" a funciones "exclusivas y excluyentes" es un sofisma, puesto que el contrato de mandato está abierto por normativa general a cualquier persona. Se ha infringido, pues, el art. 25 C.E., por cuanto la cobertura que a los A.P.I. da el D. 3248/1969 no puede llegar en el campo penal más allá de la protección inherente a sus funciones propias. Sin que de tal normativa pueda extraerse -mediante la "adhesión" (sic) de una exclusividad o monopolio- la sanción penal de quienes realicen actividades paralelas amparadas por el Código Civil y el Código de Comercio.

La demanda concluye con la súplica de que se dicte Sentencia por la que se otorgue al recurrente el amparo solicitado, declarando la nulidad de las Sentencias impugnadas o, alternativamente, la de la pronunciada por la Audiencia Provincial, ordenando, con suspensión de las actuaciones, la formulación de la cuestión prejudicial comunitaria conforme al art. 177 del Tratado C.E.E.

Mediante otrosí, se solicita la suspensión de la ejecución de la Sentencia condenatoria.

4. La Sección Tercera, por providencia de 25 de mayo de 1992, acordó abrir el trámite previsto en el art. 50.3 de la LOTC, otorgando al recurrente en amparo y al Ministerio Fiscal el plazo común de diez días para que formularan las alegaciones que estimasen pertinentes en relación con la carencia manifiesta de contenido constitucional de la demanda (art. 50.1 c) LOTC).

En el trámite conferido, tanto el Ministerio Fiscal como el recurrente en amparo, en escritos presentados con fecha 9 y 13 de junio de 1992, respectivamente, interesaron la admisión a trámite del recurso, al haber admitido este Tribunal otras demandas de amparo con igual planteamiento y contenido que la presente.



TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL

0 0423⁶174

5. Por nueva providencia de 28 de julio de 1992, la Sección acordó otorgar un plazo de diez días a la parte recurrente a fin de que acreditase haber efectuado en el trámite de apelación la invocación de lesión de los derechos fundamentales que prescribe el art. 44.1 c) de la LOTC.

En escrito de fecha 9 de septiembre de 1991, el recurrente manifiesta que los derechos fundamentales supuestamente lesionados fueron invocados in voce en el acto de la vista del recurso de apelación. Atendiendo el nuevo requerimiento efectuado por la Sección, por providencia de 24 de septiembre siguiente, la parte recurrente aportó fotocopia del acta de la vista del recurso de apelación, en la que no consta la invocación de derechos fundamentales que se afirmaba realizada.

6. La Sección, por providencia de 12 de noviembre de 1992, acordó emitir comunicación a la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca a fin de que remitiera certificación o fotocopia adverada de las actuaciones correspondientes al rollo de apelación núm. 81/91, siendo recibidas en este Tribunal con fecha 15 de diciembre de 1992.

7. Por nuevo proveído de 21 de enero de 1993, la Sección acordó, de conformidad con lo dispuesto en el art. 50.3 de la LOTC, conceder al demandante de amparo y al Ministerio Fiscal el plazo común de diez días para que formulen, con las aportaciones documentales que procedan, las alegaciones que estimen pertinentes en relación con la causa de inadmisión consistente en no haber efectuado la invocación de lesión de derechos fundamentales que presenta el art. 44.1 c) de la LOTC.

El Ministerio Fiscal interesó la inadmisión de la demanda por falta del cumplimiento del requisito establecido en el art. 44.1 c) de la LOTC, al no acreditar el recurrente, ni constar en el acta de la vista del recurso de apelación, la invocación de los derechos fundamentales supuestamente vulnerados, no bastando -afirma- frente a la fe pública del Secretario



la alegación del recurrente en el sentido de que se cumplió dicho requisito. Por su parte, el recurrente en amparo, en escrito registrado con fecha 8 de febrero de 1993, volvió a reiterar que los derechos fundamentales supuestamente vulnerados fueron invocados in voce en la vista del recurso de apelación, lamentando el laconismo y estereotipamiento del que adolece el acta de la vista.

II.- FUNDAMENTOS JURIDICOS

1. Cumpliendo el trámite que establece el art. 50.3 de la LOTC, procede resolver, a la vista de las alegaciones del Ministerio Fiscal y de la parte promovente del recurso y tras un detenido examen de la documentación aportada, sobre la existencia o no de las causas de inadmisibilidad que en su día fueron advertidas por este Tribunal, a saber, la derivada de la falta de invocación en el proceso previo del derecho o derechos constitucionales vulnerados (art. 44.1 c) LOTC) y la relativa a la carencia manifiesta de contenido constitucional de la demanda (art. 50.1 c) LOTC), ya que de concurrir cualquiera de ellas se haría innecesaria la prosecución del trámite para resolver este proceso por medio de Sentencia.

2. En relación con la denunciada lesión por las resoluciones judiciales impugnadas del principio de legalidad penal, recogido en el art. 25.1 de la C.E., concurre la causa de inadmisión prevista en el art. 50.1 a), en relación con el art. 44.1 c), ambos de la LOTC, en la medida en que el demandante de amparo no ha acreditado la invocación formal en el proceso del derecho constitucional que se dice vulnerado, ni hay constancia alguna en las actuaciones remitidas por la Audiencia Provincial de que dicha invocación se hubiera efectuado. Invocación que en el presente caso se concreta en el recurso de apelación presentado por el ahora solicitante de amparo contra la Sentencia del Juzgado de lo Penal, ya que en esta resolución judicial radica-

ría la citada lesión constitucional.

En nada obliga a modificar esta apreciación la afirmación esgrimida por el actor en su escrito de alegaciones a propósito de una supuesta invocación oral durante la vista de la apelación, pues es reiterada doctrina de este Tribunal que aun siendo legítimo llevar a cabo la invocación y la defensa del derecho que se considera violado de modo oral, cuando oral es el trámite en el que el justiciable puede llevar a cabo sus obligaciones, como ocurre en la vista de los recursos de apelación, no basta la afirmación de haberlo hecho así, por más que se goce de la presunción de la veracidad. Para que el ejercicio del derecho fundamental pueda considerarse formalmente válido, será preciso que se haya hecho constar en el acta de la vista -de ahí que al recurrente incumba reclamar la constancia de la invocación en la diligencia o acta correspondiente- y que se justifique ante el Tribunal Constitucional con certificación del acta. Sólo de esta manera el requisito que establece el art. 44.1 c) de la LOTC puede considerarse verdaderamente cumplido (por todos, AATC 270/1989; 2/1991). No existiendo constancia en la certificación del acta acreditativa de la veracidad de la invocación oral que el actor dice haber formulado en la vista de la apelación, ni resultando de la lectura de la Sentencia de la Audiencia Provincial, como señala el Ministerio Fiscal, que ante ésta se hubiera suscitado a la supuesta lesión del art. 25.1 de la C.E. por haberse llevado a cabo una interpretación extensiva tanto del art. 321.1 del Código Penal como del Decreto 3248/1969, no puede entenderse satisfecha la exigencia del art. 44.1 c) de la LOTC.

3. En relación a la supuesta vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 C.E.) y a utilizar los medios de prueba pertinentes (art. 24.1 C.E.), por haber omitido los órganos judiciales de instancia y apelación el planteamiento ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de la cuestión prejudicial acerca de la posible incompatibilidad del Real Decreto 1464/1988 con la Directiva



TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL

0 0423⁹171

67/1943 C.E.E., dado que el demandante de amparo no es un ciudadano de un Estado miembro de la C.E.E., sino de los Estados Unidos, no le afectan los citados Decreto y Directiva, que tratan de asegurar la libertad de establecimiento y prestación de servicios de los nacionales comunitarios, sino el Decreto 3248/1969, que aprueba el Reglamento de los Colegios Oficiales de los A.P.I.. Por consiguiente, la falta de planteamiento de la cuestión prejudicial del art. 177 T.C.E.E. sería perfectamente lógica.

A mayor abundamiento, este Tribunal en su Sentencia de 25 de marzo de 1993, r.a. 298/91, ha señalado en relación con la obligación de los órganos judiciales de plantear una cuestión prejudicial, que "no procede que se suscite la cuestión prejudicial cuando el Juez nacional no tiene duda alguna sobre cuál es la interpretación que ha de darse a la disposición comunitaria, o cuando la respuesta que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas puede dar a dicha cuestión no sea determinante de la solución que haya de darse al litigio". De modo que, como se concluye en la citada Sentencia, "ninguna vulneración existe del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión del art. 24.1 C.E. cuando el Juez estima, razonadamente, que no alberga dudas sobre la interpretación que había de darse a la Directiva 67/43 C.E.E. ni sobre su falta de aplicación en relación con los hechos enjuiciables en el litigio". Ni mucho menos del derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes que el recurrente anuda a la denegación del planteamiento de la cuestión prejudicial (fundamento jurídico 2).

Por lo expuesto, la Sección acuerda la inadmisión del recurso de amparo interpuesto por don Enrique Amador Plaza.

Madrid, veintiseis de abril de mil novecientos noventa y tres.