

# JURISPRUDENCIA

## Jurisprudencia del Tribunal Supremo

### I. SENTENCIAS COMENTADAS

#### INTRUSISMO, INTERESES CORPORATIVOS Y LIMITES DEL DERECHO PRIVADO

(Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 1990)

##### 1. La sentencia

El Colegio de Agentes de la propiedad inmobiliaria de Oviedo demanda a la sociedad mercantil DURSA en juicio ordinario «sobre competencia profesional para cumplir funciones propias de los Agentes de la propiedad inmobiliaria», postulando que se declare como contraria a la Ley la realización de actividad mediadora en el mercado inmobiliario por parte de la demandada; que se declare la «incapacidad» de ésta para la realización de las funciones que especifica el artículo 1 del Decreto de 4-XII-1969; se pide igualmente que en el futuro se abstenga la demandada de realizar dichas actividades y que se condene a una indemnización por los daños causados como consecuencia de la actividad de intrusismo.

Consta probado que el objeto social de DURSA es amplio, referido al campo inmobiliario, pero que, con independencia del objeto social, la demandada se dedica a tareas de corretaje y mediación en el mercado inmobiliario. Parece que esta actividad se solapa en diversos anuncios bajo la apariencia de una «Consultora inmobiliaria».

El Juzgado de instancia estima los tres pedimentos de la demanda (declaración de competencia exclusiva, condena de abstención y cesación, y condena de indemnización). La Audiencia de Oviedo revoca la sentencia, absolviendo de todos los pedimentos a la demandada. El recurso de casación se motiva, sustancialmente, en la violación del Decreto de 1969, por el que se aprueba el Reglamento de los Colegios profesionales de Agentes de la Propiedad, en el que se reconoce como competencia propia de los agentes la actividad de mediación, y en los que se exige una determinada titulación profesional y la colegiación obligatoria, así como se prohíbe en su artículo 3 (nueva redacción por Decreto 55/1975), que sociedades anónimas se dediquen a este género de actividad. Entiende igualmente la recurrente que, si la Audiencia había estimado esta conducta como ajena al Derecho privado, debería haberse abstenido de conocer, con fundamento en el artículo 74 LEC.

El Tribunal Supremo rechaza los motivos del recurso. La doctrina del Tribunal Supremo en este punto puede sintetizarse en las siguientes reglas:

— Cierta que el artículo 1 del referido Decreto de 1969 relaciona las operaciones de mediación y corretaje en el mercado inmobiliario como propias de los Agentes, y que esta condición se adquiere con la titulación adecuada y con la colegiación obligatoria. Pero nada dice el Decreto, sobre que esta competencia «propia» sea además una competencia «exclusiva». La exclusividad no sería además conciliable con la nota de voluntariedad asignada a los Agentes en el artículo 2.

— No existe tampoco en el Decreto norma alguna que establezca cuáles hayan de ser las consecuencias de la intervención en la mediación de persona distinta de un Agente colegiado.

— «Cuanto antecede» obliga a asumir los términos de la sentencia recurrida, según la cual las pretensiones del Colegio «transcenden del ámbito del Derecho privado por no afectar a intereses patrimoniales ni morales protegidos por el Ordenamiento jurídico, sino que, por contra, entran en el campo puramente corporativo».

— La Audiencia no llegó a pronunciarse sobre la existencia de un delito de intrusismo, sino que se limitó a considerar como posibles sanciones de Derecho público la prevista en su caso para el mencionado delito.

## 2. Mercado abierto y mercado cerrado como objeto de la acción declarativa

La actora pretendía de los Tribunales una sentencia que determinara el alcance de una norma. En concreto, del Decreto de 1969, que en este punto desarrollaba para un concreto ámbito del mercado la Ley de Colegios profesionales. Una pretensión de este tipo no hubiera tenido curso, con todo, si no hubiera estado combinada con una pretensión contenciosa contra una determinada persona. De por sí, no constituye «negocio civil» en el sentido del artículo 51 LEC una pretensión abstracta a la interpretación de una norma. El Tribunal Supremo no podría pues pronunciarse sobre si el artículo 38 CE o el artículo 1 del Decreto de 1969 consagran en el ámbito de la transacción inmobiliaria un mercado abierto o un mercado cerrado. Al tratarse de una acción declarativa, la *legitimatio ad causam* del Colegio hubiera debido superar un test de «interés» jurídico, que, tratándose de una declaración abstracta no conflictual, no se hubiera superado.

Sin embargo, la acción del Colegio es de tipo mixto. Junto a una pretensión declarativa se insta una doble pretensión de condena contra un particular. Quedaba, entonces, justificada en el caso la presencia de un interés «civil» en la interpretación previa de la norma. Y el Tribunal Supremo hubiera tenido que pronunciarse sobre ello aunque no hubiera sido articulada la pretensión declarativa.

La presencia o ausencia de un interés procesal civil es un tema que vuelve a plantearse en la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 24-XI-1989 (*La Ley*, 3-V-1990). En este caso es el particular quien demanda al Colegio para que se declare su derecho a ejercer actividades de mediación inmobiliaria, sin someterse a las exigencias del Decreto regulador de los Colegios de Agentes de la Propiedad. El Colegio demandado excepcionó incompetencia de jurisdicción. La Audiencia se pronuncia correctamente, sosteniendo que, al no atacarse acto administrativo alguno ni discutirse la legalidad de una disposición reglamentaria,

los artículos 9.2 LOPJ, 51 LEC y 1 LJCA conducían necesariamente a sostener la competencia del juez civil.

Sin embargo, la Audiencia no considera la posibilidad de que la pretensión declarativa fuese inadmisibile por falta de un interés procesal relevante. El actor, en concreto, únicamente solicitaba una declaración positiva de su derecho a ejercer este tipo de actividades. Aunque la Ley 2/1974 reguladora de los Colegios profesionales reconozcan a éstos entre sus competencias la defensa de los intereses comparativos de sus miembros, esta competencia no es bastante como para conferirle una legitimación pasiva que *sustancialice* un proceso civil cuando la demanda de tercero es sobre declaración del alcance de una norma. Piénsese, por lo demás, que una pretensión declarativa sobre la titularidad abstracta de un derecho de este tipo implicaría poco menos que la declaración de nulidad del Decreto referido, en méritos de la Declaración Final 3 de la CE. Carecería, además, de significación civil alguna, dada la inexistencia de efecto de cosa juzgada. En efecto, con una sentencia en su contra —basada en una interpretación abstracta de una norma— el particular hubiera podido dedicarse a estas actividades prohibidas; contra esta dedicación, el Colegio no podría pedir «ejecución de sentencia», sino, de nuevo, una nueva acción civil de cesación. Desde luego, la desestimación de la pretensión declarativa no obsta a que en el futuro pueda ser articulado procesalmente por cualquier otra persona.

Otra cosa hubiera sido que el particular estuviera ya ejerciendo este tipo de actividades «industriales», y el Colegio le hubiese requerido o iniciado acciones para su cesación. La legitimación *ad causam*, la tenencia de un interés procesal, hubiera estado aquí justificada.

### 3. Mercado abierto, mercado cerrado

La sentencia del Tribunal Supremo comentada ha supuesto —de mantenerse el Tribunal Supremo en el futuro en estos términos— un golpe de muerte para una de las actividades de mercado que desde 1969 había caído bajo la clausura del gremialismo. Desde una consideración general, por tanto, la sentencia comentada no sólo constituye un tributo al principio de libertad de mercado, sino una conclusión jurisprudencial sobre lo que debe entenderse por Ordenamiento jurídico *civil*. En efecto, desde los tiempos de la Revolución francesa, *Derecho civil* ha sido considerado el espejo normativo de la sociedad civil, y ésta, como la superación del gremialismo estamental.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, en cambio, desestimaré la pretensión declarativa del actor. En el Fto. 6 la Audiencia Provincial justifica de modo general la reserva en favor de los Colegios profesionales, con una generosa remisión a la discrecionalidad del legislador a la hora de establecer las parcelas de mercado que pueden ser clausuradas a la libre competencia. En el Fto. 7 sostiene una interpretación contraria a la del Tribunal Supremo sobre lo que debe entenderse por «actividad propia» del artículo 1, Decreto de 1969. Para la Audiencia Provincial «actividad propia» es «competencia exclusiva», interpretación que abonan su acepción gramatical en un contexto normativo de evitación del intrusismo y su conexión sistemática a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional relativa a la colegiación obligatoria.

En este último punto hay que convenir con el criterio de la Audiencia Provincial. La interpretación que da el Tribunal Supremo sobre el concepto de «competencia propia» convierte al Decreto en poco menos que una norma inútil. Pues se limitaría a decir —de acuerdo a esta interpretación— que *también* los Agentes de la Propiedad inmobiliaria pueden dedicarse (como cualquier otra persona) a las actividades de mediación especificadas. Esta interpretación equivale a sostener un juicio de «demencialidad» del autor de esta norma.

Es igualmente inconsistente la interpretación del Tribunal Supremo relativa a la «voluntariedad» de la intervención de los Agentes. Ciertamente que los particulares pueden prescindir de ellos en sus actividades de tráfico inmobiliario. Pero es una deducción inadmisibles inferir de ello que, si optan por la mediación de un tercero, este tercero puede ser cualquiera, dado que los particulares podían haber optado por no acudir a nadie.

Esto no quiere decir que haya que rechazar de pleno la solución del Tribunal Supremo. Simplemente, que será preciso buscarle una argumentación congruente. Obsérvese que, de cara a esta eventual argumentación, la sentencia del Tribunal Supremo y la de la Audiencia Provincial no son necesariamente contradictorias. Lo que el Tribunal Supremo afirma en el fondo —dejando de lado su «incursión» interpretativa sobre el Decreto— es que no hay fundamento para reconocer la pretensión del actor. La Audiencia Provincial se limita por su parte a desestimar la pretensión del actor, declarando que la interpretación correcta del Decreto es la de atribución de exclusividad, y que semejante norma no es inconstitucional. Pero nada dice sobre una eventual pretensión (futura) del Colegio contra el particular. Porque lo que entonces habría que determinar es si aquella norma, aun no derogada e interpretada del modo dicho, constituye o no un *fundamento* para una pretensión civil.

#### 4. El derecho a no asociarse

Hasta el presente ha sido muy escaso el aprovechamiento obtenido por el Tribunal Supremo en vía civil del derecho de asociación del artículo 22 CE. Los escasos pronunciamientos al respecto, ya comentados por uno de nosotros (Marín, CCJC 21 y *Poder Judicial* 14, 151 y ss.), no han versado hasta el presente sobre las eventuales consecuencias que en el orden civil pueda tener la vertiente negativa del derecho de asociación.

Existe, sin embargo, una nutrida jurisprudencia constitucional sobre este precepto. En concreto, y en orden a sistematizar esta doctrina, tenemos:

— El artículo 22 CC incorpora en su norma —y, por tanto, amparado en la inmunidad del «contenido esencial» del derecho fundamental— un derecho negativo a no asociarse o a retirarse de una asociación (SSTC 5/1981, 45/1985, 183/1989).

— El artículo 22 es igualmente un derecho de la propia asociación constituida, derecho fundamental en orden a su propia autorreglamentación (STC 218/1989).

— El artículo 36 CE (Colegios profesionales) contiene una reserva de ley. Pero dentro de ella el legislador goza de una amplísima libertad de decisión sobre cuándo una profesión debe sustraerse al ejercicio libre (STC 42/1986).

— La colegiación obligatoria no contradice el principio de igualdad (STC

123/1987) ni del derecho de libre elección de profesión (STC 89/1989). Ni contraría tampoco el artículo 22 CE, ya que el régimen de las asociaciones no resulta aplicable a los Colegios profesionales (STC 89/1989, 131/1989). Se señala, sin embargo —la contradicción interna del argumento es manifiesta— que a la libre decisión del legislador se impone como límite el artículo 22 CE.

— No es obligatoria la colegiación obligatoria en las Cámaras agrarias (SSTC 132/1989, 139/1989).

A los efectos que aquí interesa parece que debemos de deducir de la jurisprudencia constitucional que no existe un derecho individual negativo a no asociarse cuando el legislador, en uso de sus competencias, ha reservado o sustraído del mercado libre una determinada actividad o profesión. Hasta ahora sólo por lo que se refiere a las Cámaras Agrarias el Tribunal Constitucional ha realizado un control de «suficiencia» que vaya más allá de la mera constatación formal de que el legislador alega la existencia de un interés para imponer la titulación y colegiación obligatoria.

Pero debe tenerse en cuenta que el Tribunal Constitucional sostuvo en la sentencia 139/1989 la necesidad de considerar «la relevancia del fin público que se persigue y la imposibilidad o al menos la dificultad de obtener tal fin sin recurrir a adscripciones forzosas a entes corporativos».

Creemos, en efecto, que en la sentencia ahora comentada el Tribunal Supremo ha realizado un análisis sobre la «consistencia» de la finalidad social que exigiera la clausura de esta parcela de mercado. Estamos plenamente seguros que si el actor hubiera sido un Colegio oficial de médicos, o de abogados, o de arquitectos, etcétera, la pretensión hubiera sido estimada. El Tribunal Supremo no hace explícito este argumento ni esta precomprensión. Si es tal como pensamos, se trataría de una cautela innecesaria, pues un Tribunal civil está capacitado plenamente para hacer un análisis de consistencia del fin que justifica o ampara una clausura de mercado realizado por una norma con rango inferior de ley (art. 6 LOPJ). El Tribunal Supremo hubiera podido haber dicho que el Decreto en cuestión contrariaba el artículo 38 CE o el artículo 1.255 CC; esta declaración hubiera sido discutible, pero nunca extralimitada.

## 5. La «trascendencia» al Derecho privado

Se trata éste, sin duda, de un razonamiento singular, realizado por la Audiencia y asumido por el Tribunal Supremo: los intereses del Colegio «trascienden» fuera del ámbito del Derecho privado. El Tribunal Supremo no se cuida, con todo, de perfilar el significado de esta máxima. Y es que la expresión admite dos significados, radicalmente distintos. *Trascender* puede querer decir que el Derecho privado carece de respuesta a la demanda formulada; puede significar también que se dispone de una respuesta, pero que ésta es negativa.

El artículo 11.3 LOPJ (los jueces «resolverán siempre sobre las pretensiones que se les formulen») recoge un viejo principio, institucionalizado originariamente en el artículo 4 del Code Napoléon: el juez no puede negarse a resolver bajo excusa de oscuridad o ausencia de ley. Más aún, antes de la reforma del TP del CC, el catálogo de fuentes del Derecho era un catálogo de criterios de decisión escalonados con el objeto de impedir un pronunciamiento de *non liquet*.

Ello es claro en la sentencia comentada: el Tribunal Supremo *tiene una respuesta* a la demanda formulada; ocurre sólo que la respuesta es negativa.

El juez civil puede apreciar esta «trascendencia» en diversas fases del proceso:

a) Puede estimarse que la pretensión no compete al orden jurisdiccional civil. En este caso el juez «incompetente por razón de la materia podrá abstenerse de conocer» (art. 74 LEC), sin necesidad de un estímulo procesal de la parte contraria. Esta, a su vez, puede excepcionar la incompetencia de jurisdicción por la vía del artículo 533-1 LEC.

b) La pretensión puede ser abusiva. El artículo 11.2 LOPJ obliga al juez a «rechazarla fundadamente». Sería éste el caso cuando se estimara que el Colegio profesional ha promovido una cuestión banal, obligando con ello a un pronunciamiento en justicia.

c) La pretensión puede no estar fundada en Derecho. Ello ha de ocurrir siempre que no haya norma que fundamente la corrección de la pretensión. Aunque en un sentido abstracto el particular dispone de un derecho de acción, como derecho de poner en funcionamiento el aparato de la Justicia, carecería —supuesto el caso— de una acción en sentido material. Habría que suponer entonces que no existe regla alguna que haga nacer en cabeza del actor un derecho subjetivo privado.

El Tribunal Supremo en esta sentencia de la disyunción entre Derecho y Proceso. El actor puede poner en funcionamiento la maquinaria Judicial, como un derecho fundamental a obtener una resolución fundada. La «trascendencia» habrá entonces de apreciarse en el fondo del asunto, dando lugar a una decisión desestimatoria. Esta remisión *al fondo del asunto* es congruente con el mandato constitucional (art. 24 CE).

«Trascendencia» equivale, por tanto, a inexistencia de acción *concreta*, carencia, en fin, de Derecho material que confiera una titularidad jurídico-privada. También ocurre lo propio cuando el Tribunal Supremo habla de desestimación por «falta de jurisdicción y competencia» en la sentencia 16-II-1988; el juez civil carece de «jurisdicción y competencia» para declarar que el actor es *hidalgo de nacimiento*; pero esta carencia de «competencia» no se traduce en inadmisión *in limine litis*, sino en desestimación sobre el fondo.

## 6. La competencia civil

El Tribunal Supremo al no estimar el motivo que acusa exceso de jurisdicción. En efecto, no había en el caso un orden jurisdiccional alternativo que pudiera arrogarse la competencia sobre el caso.

No existía una prejudicialidad penal. El juez civil no tenía que suspender el proceso, dado que ni antes ni después se había iniciado un procesal penal sobre el mismo caso (art. 114 LECr). Correspondía, en segundo lugar, a la discrecionalidad del juez civil decidir si estábamos en el caso del artículo 362 LEC. Según esta norma, el juez o tribunal suspenderán el fallo del pleito «cuando hubieren de fundar exclusivamente la sentencia en el supuesto de la existencia de un delito». La norma citada no obliga a suspender cuando el juez aprecie la existencia de delito (intrusismo), sino cuando de esta declaración dependiera el resultado del pleito. Y «no depende» el pleito de esta existencia de delito si el Juez civil: a) entiende que hay otro fundamento alternativo, civilmente adecuado, para fundamentar el fallo; por ejemplo, que con independencia de la existencia de intru-

sismo penal, existe a favor de los Agentes de la propiedad un derecho de exclusiva, derivado, por ejemplo, del Decreto de 1969; b) entiende que la norma penal tiene una *eficacia civil refleja*; esto es, que *protege o crea* titularidades jurídico-privadas, en cuyo caso al juez civil le ha de bastar acreditar la concurrencia del *supuesto de hecho de la norma*, obviando su calificación penal.

No se opone a esta última consideración el artículo 10.2 LOPJ. La suspensión del procedimiento civil sólo viene exigida si la cuestión prejudicial penal es de aquellas de las que «no puede prescindirse o que condicione (n) directamente» la decisión sobre el fondo. Y no condicionaba el fondo la eventual existencia de un delito de intrusismo.

El orden competente no podría ser tampoco el contencioso administrativo. El Colegio no discutía la legalidad de un acto administrativo (arts. 1 LJCA y 9.4 LOPJ) ni pedía la declaración de nulidad de una norma reglamentaria. Tampoco hubiera existido esta competencia si el particular fuera quien impugnara la validez del Decreto de 1969, pues el juez civil hubiera podido declarar que estaba derogado por la Constitución; el Tribunal en este caso no se limitaría a declarar la ilegalidad de un reglamento, sino la inexistencia de norma aplicable en base a un reglamento derogado. Más aún, incluso el Tribunal civil podía simplemente haber inaplicado la disposición reglamentaria, absteniéndose de hacer pronunciamiento alguno sobre su eventual contravención al principio de jerarquía normativa (art. 6 LOPJ).

## 7. La posible conducta delictiva

No nos interesa especialmente en este lugar saber si el demandado estaba incurso en algún tipo penal. Debe observarse que de los hechos probados no se llega a saber si la sociedad mercantil estaba compuesta únicamente por agentes de la propiedad o también por terceros. La cuestión no es intrascendente, porque para que exista delito de intrusismo no basta que el particular no esté colegiado, requiriéndose que carezca de la titulación adecuada (STS, 2, 13-V-1989; cfr., jurisprudencia penal en Salón, RJC, 1983, 52).

Si los socios de DURSA son agentes titulados no existe delito de intrusismo. Téngase presente que el Colegio reprocha a la demandada el actuar en el tráfico bajo forma de sociedad anónima, lo que no está permitido por el artículo 3 del Decreto meritado. Pero esta circunstancia no basta para fundamentar la existencia de delito si no se acompaña el hecho de que los socios de DURSA carezcan de la titulación exigida.

Tampoco puede afirmarse que DURSA sea una asociación ilícita del artículo 173.1, CP, pues no tiene como objeto la comisión de hechos calificados como delito. El objeto social de DURSA es muy amplio, abarcando todo tipo de actividades inmobiliarias. Otra cosa es que su conducta efectiva sea la de prácticas de mediación inmobiliaria.

## 8. La «inmunidad» frente al Derecho público

Realmente el Tribunal Supremo no desestima la demanda como consecuencia de haber sostenido previamente una determinada interpretación sobre el artícu-

lo 1 del Decreto 6.248/69. La demanda se desestima porque el Tribunal Supremo minusvalora la relevancia de esa norma administrativa, cualquiera que fuese su interpretación. Que no se atreva a decir eso mismo el Tribunal, y acuda cautelarmente a una interpretación forzada de la norma, sólo sirve para poner de manifiesto las dudas que los propios tribunales civiles tienen a la hora de fundamentar su «inmunidad» frente a las normas no civiles.

No existe ninguna regla de Derecho ni ninguna doctrina jurisprudencial explícita que instaure ese principio de inmunidad. Pero su aplicación se concreta en ciertos ámbitos relevantes:

a) Aun después de la reforma del artículo 1.962 LEC en 1984, el Tribunal Supremo sigue manteniendo la anterior doctrina de que «ordenamiento jurídico» en el sentido del artículo 1.692.5 sólo lo es el Derecho privado. La fórmula de rechazo al acceso a casación no está, con todo, clara. Se dice que no tienen acceso a la casación las «disposiciones administrativas o con rango inferior de ley» o «disposiciones de carácter reglamentario o administrativo». No se sabe muy bien si el veto a la casación proviene del carácter administrativo, de la naturaleza reglamentaria o de ambas cosas a la vez.

Esto, por supuesto, no quiere decir mucho. En primer lugar porque todavía tiene el Tribunal Supremo la tarea pendiente de explicar qué es una «norma civil». En segundo lugar porque, cuando se considera conveniente, se admite la casación sobre normas reglamentarias o de naturaleza civil (vgr. disposiciones sobre adquisición de inmuebles por extranjeros, urbanísticas, precios máximos, etc.). En tercer lugar porque con esta doctrina el Tribunal Supremo no rechaza que semejantes disposiciones hayan sido o puedan ser aplicadas en el proceso de instancia; únicamente renuncia a ejercer sobre ellas su competencia de fiscalización a efectos de unificar jurisprudencia.

b) En un segundo nivel, el Tribunal Supremo inmuniza las relaciones jurídico-civiles mediante el expediente de limitar el alcance del artículo 6.3 y del artículo 1.255 CC. Esta inmunización es mucho más intensa que la anterior, pues se traduce en una declaración de irrelevancia de ciertas normas (vigentes) para traducir sus efectos a los negocios entre particulares. Cuando lo que está en juego es la validez de contratos entre particulares, la jurisprudencia del Tribunal Supremo es notablemente restrictiva a la hora de conceder el privilegio de calificar como *lex perfecta* a las normas no civiles. El juicio de nulidad contractual es altamente selectivo. Y lo es mucho más cuando los contratos entre particulares son de aquellos que tienden a producir un intercambio de bienes o servicios.

Baste como compendio de esta jurisprudencia la sentencia del Tribunal Supremo de 17-X-1987. Según esta sentencia —que, repito, compendia la posición del Tribunal Supremo— la norma que pretendiera efecto de validez como *lex perfecta* tendría que superar en último extremo el test de la «causa torpe» (más concretamente, causa ilícita): la contrariedad a la ley imperativa o al orden público sólo puede dar a nulidad si su intensidad permite retraducirla a un defecto de causa en el sentido del artículo 1.275 CC.

En la sentencia que ahora comentamos, el supuesto versa sobre contratos de mediación celebrados por DURSA con terceros. El tema ni tan siquiera se plantea, pero de admitir la «competencia exclusiva» de los agentes colegiados quedaría por responder la cuestión de la validez de los contratos celebrados por DURSA con terceros. Es claro que no pensamos en una acción de nulidad instada

por el Colegio; por mucho que pueda tener un «interés» en ello (que es lo que se exige para la legitimación activa en la nulidad absoluta), parece fuera de duda que semejante pretensión hubiera sido rechazada.

Nos referimos a la nulidad instada por la otra parte contractual que, eventualmente, hubiera celebrado los contratos con DURSA. Estimamos que la pretensión hubiera (y debiera), haber sido igualmente rechazada. No sólo porque el Decreto referido no impone directamente la nulidad (exigencia que también se constata en la doctrina del Tribunal Supremo), sino porque la afectación de los contratos privados hubiera sido exclusivamente *indirecta*. Tratamos de poner de relieve que en este campo debe regir la siguiente regla: la norma «administrativa» que atribuye una competencia exclusiva no es proyectable en forma de nulidad sobre los contratos celebrados por quien actúa injiriéndose indebidamente en aquella competencia reservada. O, todavía con más generalidad: la norma administrativa que condiciona a determinados presupuestos «autorizados» (la titulación profesional puede considerarse como tal) la corrección de una cierta actividad de tráfico, no sirve para fundamentar la nulidad de los contratos privados producidos en este tráfico.

c) La tercera aplicación del principio de inmunidad puede formularse así: inmunidad frente a normas «no civiles» que atribuyen derechos de exclusiva o monopolio. Pero esto exige una mención separada, que pasamos a exponer.

## 9. La atribución de derechos de exclusiva

Las normas de Derecho privado se diferencian de las normas de Derecho público en que atribuyen a su destinatario una parcela de exclusiva en la gestión de un interés, para cuya defensa dispone de una acción en juicio; y no meramente se limita a conceder de modo reflejo una expectativa o interés en el cumplimiento abstracto de la norma por terceros o por la propia Administración. Nadie tiene reconocido un derecho a que su vecino pague sus impuestos, sino un interés en que así ocurra. Pero sí tiene un derecho de exclusiva de que el vecino no venga a tomar el sol a su jardín. El primero es un mero interés; el segundo, con expresión clásica, un *ius quaesitum*.

Los artículos 348 y 1.091 CC o el artículo 1 de la LO de protección del derecho al honor, intimidad y propia imagen, atribuyen derechos a los particulares, ya sobre un determinado bien, ya sobre una conducta ajena. Si una norma penal viene a reproducir en su propio ámbito esa protección (hurto, injurias, estafa, etc.), la protección penal es un «espejo» de un derecho o exclusiva previamente creado por la ley civil.

En el caso de nuestra sentencia no hay una ley civil que atribuya una posición de exclusiva. Si bien se piensa, el CC desconoce que sobre las *actividades* pueda existir una exclusiva similar a la que puede reconocerse sobre las cosas. El CC no conoce una reserva sobre prestación de servicios. Parte más bien de un derecho difuso y general que se instrumentaliza en el intercambio por medio de contratos (arrendamiento de obras y servicios). No se concibe la «venta» de servicios ajenos, reservados en exclusiva a favor de un tercero o una clase.

Existían, en cambio, dos normas concurrentes. El artículo 321 CP y el artículo 1. Decreto de 1969.

Por lo que se refiere al primero, el problema puede plantearse en estos términos: el CP parte de que una norma externa, no penal, ha creado un monopolio sobre determinadas actividades, y sanciona penalmente la infracción de ese monopolio. Se trata de una norma penal protectora de los intereses de determinadas clases (una *Schutznorm*, en la terminología alemana). Sería absurdo negar que el daño de intromisión no es resarcible civilmente cuando lo es penalmente por la vía del artículo 101 CP, toda vez que nuestro Derecho de daños no conoce otras restricciones particulares a la indemnización sino la existencia de un daño producido a tercero. Podemos dudar si la norma penal atribuye igualmente un derecho de exclusiva en vía civil, pero no se puede negar que la intromisión puede dar lugar a resarcimiento.

Claro está que cuestión distinta en este caso es determinar la existencia de un daño y proceder a su liquidación. Aunque parece cierto que no existe correlación necesaria entre derecho subjetivo y daño indemnizable, en el caso presente hay que dudar que pudiera darse un daño relevante jurídicamente por el ejercicio de una actividad que el Tribunal Supremo *declara como libre*. Sería en cualquier caso un daño producido en el uso lícito de la competencia. Pero una afirmación del tipo de que la competencia es exclusiva y, sin embargo, trasciende al derecho privado, no hubiera excluido de por sí el derecho de resarcimiento de daños. Es decir, el Colegio no podría «reivindicar» mediante una acción real (cesación) esa parcela de exclusiva, pero sí podría demandar el daño de intromisión.

El artículo 1 del Decreto de 1969 ya nos es conocido. Hay que completarlo con el artículo 5 1) de la Ley de 1974 reguladora de los Colegios profesionales, que establece como competencia propia de los colegios la defensa de los intereses de sus miembros. Pues bien, es en este punto donde se esconde la auténtica *ratio* de la sentencia. A saber: que, independientemente de la interpretación que merezca el tenor de la norma, ésta no atribuye posiciones de exclusiva en forma de derechos (subjetivos) privados.

No es la primera vez que el Tribunal Supremo afirma algo semejante referido a «normas no civiles». Por ejemplo, es constante la jurisprudencia que afirma que de los Planes de urbanismo no nacen pretensiones privadas de los particulares, con objeto de pretender de un tercero el sometimiento a la norma (Carrasco, CCJC 1).

En nuestra opinión, el argumento está invertido. No puede partirse de una previa calificación de la norma como civil o no civil, para deducir después la atribución interprivada de posiciones de exclusiva de alcance reaccional (es decir, articulables frente a terceros). Hay que examinar previamente el contenido de protección de la norma para deducir de ella si su finalidad y sentido imponen la concesión de una posición de exclusiva defendible interprivados. Porque aquí hay que afirmar que existen (cada vez más) «normas civiles» que no conceden derechos defendibles interprivados. Por ejemplo, la Ley de Consumidores del año 1984, creando un catálogo de «obligaciones» del fabricante o vendedor o un catálogo de «derechos» del consumidor que son civilmente intraducibles (vgr., obligación de información, derecho a la seguridad personal).

Creemos que una norma (cualquiera) no atribuye una posición de monopolio cuando se limita a declarar lícita sin más una determinada actividad. Tampoco cuando se trata de una norma que crea un sujeto de Derecho público o privado y le atribuye sin más una competencia. Tampoco, en fin, las que sin más requie-

ran un presupuesto para el ejercicio de una actividad o empresa; por ejemplo, aunque según la legislación urbanística sólo pueden edificarse las fincas que merezcan la calificación de solares, el dueño de un solar carece de una posición exclusiva que le permita pretender en forma reaccional (acción de cesación) que no edifique su vecino, cuya finca no es solar. No se atribuye un derecho de exclusiva, tampoco cuando una norma concede a un sujeto un derecho «positivo» (íd. est. facultad de hacer algo), pero legitima al mismo tiempo las injerencias de tercero.

El problema aquí es que la creación de un presupuesto necesario (titulación, colegiación) viene acompañada con una reserva competencial («funciones propias»). Es decir, que junto al ámbito de legitimación propia de los agentes (competencia propia), existe un derecho en exclusividad susceptible de ser defendido reaccionalmente (cesación) frente a intromisiones ajenas.

El argumento debe ser todavía profundizado. Dijimos anteriormente que no dudábamos que el Tribunal Supremo hubiera admitido las pretensiones articuladas si en lugar de un colegio de Agentes de la propiedad inmobiliaria se hubiera tratado de un Colegio de Médicos o de Notarios, etc. ¿Por qué? Sencillamente, porque es posible que en el ánimo del Tribunal Supremo (y previamente en el de la Audiencia) lata el convencimiento de que la reserva de exclusiva en este caso no obedezca a una «razón suficiente». Es algo que, por lo demás, comparten no pocos ciudadanos, extrañados de que se exija una titulación y colegiación para una actividad consistente en participar del «buen bocado» de la especulación inmobiliaria.

## 10. La competencia desleal

El Colegio menciona de pasada la competencia desleal a la que se ven sometidos los agentes a causa del intrusismo. Sobre este extremo el Tribunal Supremo no se pronuncia, quizá por considerarlo innecesario una vez que se admite que la competencia no es exclusiva.

En el momento en que se producen los hechos denunciados se hallaba vigente el artículo 131 EPI. Es claro que en virtud de esta norma no había lugar a condenar como desleal la conducta de la demandada. Ni los derechos en cuestión eran derechos adquiridos en virtud del Estatuto de la PI, ni la actividad de DURSA podía considerarse como una explotación de esfuerzos ajenos (*Ausbeutung*, como una de las formas de concurrencia contraria a las buenas costumbres).

En realidad es que no puede decirse que la conducta del intruso suponga un acto de deslealtad atentatoria de la posición de los agentes en el mercado. La actividad de DURSA no genera confusión, ni limita servilmente productos o servicios ajenos, ni concurre parasitariamente con los agentes ni los denigra, ni incita a los particulares a la ruptura de contratos con los agentes.

Tampoco estamos ante prácticas que atenten contra la autonomía del consumidor a la hora de formar sus decisiones sobre el mercado. No consta que la publicidad de DURSA estuviera falseada; que se presentara, por ejemplo, como una asociación de Agentes colegiados.

Nuestro derecho vigente no conoce una forma de deslealtad que, sin embargo, ha sido considerada incluida por la doctrina alemana en la cláusula general de

concurrencia desleal. Nos referimos al *Rechtsbruch*, la obtención de un puesto o ventaja competencial por la violación de una norma (Cfr. Baumbach-Hefemehl, *Wettbewerrecht*, 1986, 845 y ss.). Este especial tipo de deslealtad competencial ha sido propuesto también recientemente por nuestra doctrina (Menéndez, *La competencia desleal*, 1988, 122) y se hará derecho vigente de aprobarse el actual Proyecto de competencia desleal (art. 16).

Sobre este último punto creo, no obstante, que proceden algunas aclaraciones. La doctrina alemana distingue al respecto entre diversos tipos de normas y diversos grados de conducta, a efectos de cualificar esta competencia ilícita como competencia desleal. Obsérvese que el Decreto de 1969 es una norma que afecta directamente a la competencia, pero no con objeto de mantener la *par conditio concurrentium*, sino precisamente para excluirla. Se trata más bien, de una norma de disciplina del mercado, y que la «ruptura del derecho» no se produce aquí con objeto de crearse una posición monopolística, sino más bien todo lo contrario. Si no se toman en cuenta éstas y otras consideraciones acabará calificándose como desleal toda competencia que es (simplemente) prohibida. Existe, creemos, una notable diferencia entre incumplir normas administrativas sobre precios o sobre apertura de locales (incumplimiento que tiende a procurarse una ventaja sobre el resto de los competidores) e incumplir una reserva de competencia a favor de una determinada clase o grupo.

La particularidad que la declaración de deslealtad competencial añadiría a éste supuesto versa sobre el fundamento de la legitimación. Se entiende hoy por la doctrina española —de acuerdo a la evolución operada en este punto por la propia doctrina alemana— que las normas que regulan la competencia desleal no conceden derechos subjetivos a los agentes del mercado, ni se protegen, por ende, derechos absolutos ni posiciones de exclusiva cuyo objeto fuera una determinada conducta ajena o un bien jurídico (clientela). Las normas reguladoras de la competencia serían normas objetivas de conducta y la deslealtad competencial un «abuso institucional» del derecho de libre iniciativa, no una infracción de derechos ajenos. El fundamento de la pretensión debería hallarse entonces en el artículo 7 CC.

Si ello es así, quedaría resuelta, por innecesaria, la cuestión de la titularidad exclusiva que pueda derivar del Decreto de 1969. La legitimación para la pretensión civil quedaría fundamentada abstractamente. La pretensión inhibitoria articulada por el Colegio no hubiera estado basada en un derecho subjetivo de sus miembros, sino en una defensa «representativa» o fiduciaria de los intereses generales en el correcto funcionamiento del mercado.

## 11. Legitimación y acciones de condena

Lo singular de nuestro caso es que la demanda se interpone por un Colegio profesional. Esta circunstancia conlleva ciertas particularidades.

Una vez que se reconoce de modo general la titularidad de una acción concreta de los agentes para impedir el intrusismo (bien con base a un derecho exclusivo, bien con fundamento en la competencia desleal), no se puede objetar nada contra la presencia del Colegio en el proceso. Es una «competencia» atribuida por el artículo 5 de la Ley de Colegios profesionales.

Sin embargo, debe en cualquier caso rechazarse la pretensión indemnizatoria.

El Colegio podía haber reclamado daños y perjuicios si se hubieran dañado bienes propios (patrimoniales o morales), pero nunca por el daño individual que puedan haber sufrido sus miembros. En el Derecho español no puede admitirse una legitimación de grupos para pretender resarcimiento de daños causados —lo que hay que probar— a sus miembros (Cfr., art. 25 Ley General de Publicidad). Es preciso para ello un interés concreto dañado por la conducta ajena. Y ello debe afirmarse aunque el fundamento de una eventual sentencia estimatoria hubiera de encontrarse en la deslealtad de la competencia de DURSA. Esta es doctrina asentada en materia de competencia desleal: las corporaciones no están legitimadas para reclamar daños concretos, sino únicamente para pretender una condena «abstracta» de cesación de actividad (Cfr., Baumbach-Hefermehl, 372). También esto será Derecho vigente si se aprueba el Proyecto de Ley de competencia desleal (art. 20).

Ni tan siquiera cualquier agente de la propiedad está en condiciones de reclamar un daño abstracto o nominal. Tiene que tratarse de un agente «dañado» por la conducta de DURSA. Y no se podría admitir aquí un «prorrato» de las ganancias de DURSA, imputándolas *pro parte* al lucro cesante de cada agente.

La sentencia rechaza la demanda del Colegio por no tratarse de una competencia exclusiva. Si, reconociendo el carácter exclusivo de la competencia, hubiera desestimado la pretensión de daños, esta sentencia no supondría cosa juzgada para cada uno de los agentes *uti singuli*.

Una pretensión de enriquecimiento por parte de los agentes no hubiera prosperado en este caso. En primer lugar porque aquí si hubiera sido preciso la «difuminación» de los titulares de la exclusiva impediría imputar el enriquecimiento obtenido a un determinado patrimonio ajeno.

El Colegio no podía haber solicitado la nulidad de la sociedad demandada, pues ésta no estaba incurso en ninguna de las causas del artículo 34 LSA (TR. 1989). Su objeto social no era ilícito, aunque pudiera serlo su efectiva actuación en el mercado. De acuerdo con la interpretación que el Tribunal Supremo hace del artículo 1 del Decreto de 1969, tampoco podía resultar aplicable el artículo 3 del mismo ni aunque el objeto social de DURSA fuera el realizar las actividades de mediación y corretaje mencionadas en el artículo 1. En efecto, si no es preciso que se tenga la adecuada titulación, tampoco será preciso que los miembros de la persona jurídica sean todos agentes de la propiedad (lo que exige el art. 3); y si esto no es exigible, tampoco lo sería la necesaria sumisión a la forma asociativa o a la de sociedad mercantil colectiva o comanditaria.

Todavía este último punto puede resultar discutible. Por mucho que se quiera minusvalorar la fuerza del Decreto de 1969, la imposición de una determinada forma de personificación jurídica debería exigirse con carácter general. De otra forma sí que DURSA se habría creado una posición de privilegio en el mercado al haber aprovechado las ventajas de una forma de sociedad anónima, prohibida por las leyes. De todas formas, repetimos, ello hubiera sido así si el objeto de DURSA hubiera sido específicamente el de realizar actividades de mediación y corretaje; no cuando su objeto social es más amplio y difuso, aunque no su tráfico efectivo.