

Asunto C-242/23**Resumen de la petición de decisión prejudicial con arreglo al artículo 98, apartado 1, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia****Fecha de presentación:**

18 de abril de 2023

Órgano jurisdiccional remitente:

Consiglio di Stato (Consejo de Estado, Italia)

Fecha de la resolución de remisión:

11 de abril de 2023

Parte recurrente:

Tecno*37

Partes recurridas:

Ministero dello Sviluppo Economico (Ministerio de Desarrollo Económico)

Camera di Commercio Industria Artigianato e Agricoltura di Bologna (Cámara de Comercio, Industria, Artesanía y Agricultura de Bologna)

Objeto del procedimiento principal

Recurso de apelación interpuesto por la sociedad que recurrió en primera instancia la sentencia del Tribunale Amministrativo Regionale (TAR) per l'Emilia-Romagna (Tribunal Regional de lo Contencioso-Administrativo de Emilia Romana), por la que se desestimó su recurso dirigido a la anulación de una serie de decisiones administrativas que, con arreglo a la legislación italiana vigente, le prohibían continuar su actividad de intermediación inmobiliaria por incompatibilidad con su actividad como administradora de fincas.

Objeto y fundamento jurídico de la petición de decisión prejudicial

Apreciación de la conformidad del artículo 5, apartado 3, de la Ley 39/1989, que establece la incompatibilidad entre la actividad de intermediación inmobiliaria y la

de administración de fincas, con el artículo 49 TFUE, el artículo 59, apartado 3, de la Directiva 2005/36/CE y los artículos 4, apartado 8, y 25, apartado 1, de la Directiva 2006/123/CE.

En particular, sobre la base del artículo 267 TFUE, el órgano jurisdiccional remitente pregunta: i) si es conforme con el Derecho de la Unión la normativa nacional controvertida en el litigio principal, en su versión vigente, en virtud de la cual la incompatibilidad entre las actividades de agente inmobiliario y de administrador de fincas debe considerarse relativa y limitada a las actividades empresariales; ii) si el artículo 59 de la Directiva 2005/36/CE, el artículo 25, apartado 1, de la Directiva 2006/123/CE y, en general, el artículo 49 TFUE, se oponen a una norma como el artículo 5, apartado 3, de la Ley 39/1989, que establece con carácter preventivo y general la incompatibilidad entre la actividad de intermediación inmobiliaria y la de administrador de fincas, sin que ello esté justificado por una razón imperiosa de interés general o sin que se demuestre la proporcionalidad de la incompatibilidad general prevista con el objetivo perseguido; iii) si el agente inmobiliario puede, en cualquier caso, ejercer también la actividad de administrador de fincas, salvo cuando dicha actividad se refiera al edificio que administra, dado que en este caso existe un conflicto de intereses.

Cuestiones prejudiciales

A) ¿Debe considerarse que el artículo 5, apartado 3, de la Ley 39/1989, en su versión reformulada a raíz del procedimiento de infracción n.º 2018/2175, es, a día de hoy, plenamente conforme con el Derecho [de la Unión], en particular, tras el archivo del propio procedimiento de infracción?

B) ¿Se oponen los principios y objetivos del artículo 59, apartado 3, de la Directiva 2005/36/CE (en su versión modificada por la Directiva 2013/55/UE), así como del artículo 25, apartado 1, de la Directiva 2006/123/CE, y, de manera más general, del artículo 49 TFUE, a una normativa como la disposición italiana recogida en el artículo 5, apartado 3, de la Ley 39/1989, que establece con carácter preventivo y general la incompatibilidad entre la actividad de intermediación inmobiliaria y la de administración de fincas sobre la base del mero ejercicio conjunto de ambas actividades y, por lo tanto, sin necesidad de que las cámaras de comercio procedan a un control *a posteriori* en concreto sobre el objeto de la intermediación desarrollada y sin que ello obedezca a una «razón imperiosa de interés general» específicamente identificada y acreditada o, en cualquier caso, sin que se demuestre la proporcionalidad de la incompatibilidad general prevista con el objetivo perseguido?

C) ¿Puede, en todo caso, el agente inmobiliario ejercer también la actividad de administrador de fincas, salvo cuando pretenda vender o comprar el edificio que administra, dado que en tal supuesto surgiría un conflicto de intereses?

Disposiciones del Derecho de la Unión invocadas

TFUE, artículo 49.

Directiva 2005/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de septiembre de 2005, relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales, artículo 59, apartado 3.

Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, artículos 25, apartado 1 y 4, apartado 8.

Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones relativa a las recomendaciones para la reforma de la regulación de los servicios profesionales [Bruselas, 10.1.2017 COM(2016) 820 final; {SWD (2016) 436 final}].

Jurisprudencia del Tribunal de Justicia

Sentencias del Tribunal de Justicia de 27 de febrero de 2020, Comisión/Bélgica ([C-384/18], EU:C:2020:124), apartados 48, 52, 55 y 57; de 4 de julio de 2019, Comisión/Alemania (C-377/17, EU:C:2019:562), apartado 74; de 28 de enero de 2016, Comisión/Portugal, (C-398/14, EU:C:2016:61), apartado 48, y de 24 de enero de 2018, Comisión/Italia, (C-433/15, EU:C:2018:31), apartado 44.

Disposiciones de Derecho nacional invocadas

Ley 39/1989, artículo 5, apartado 3.

Formulación inicial de la norma:

«3. El ejercicio de la actividad de intermediación es incompatible:

- a) con cualquier empleo público o privado, a excepción del empleo en empresas o sociedades que tengan por objeto el ejercicio de la actividad de intermediación;
- b) con la pertenencia a otros colegios profesionales o la inscripción en otros registros y similares;
- c) con el ejercicio por cuenta propia del comercio relativo al tipo de intermediación que se pretenda ejercer.»

Formulación a raíz de una reforma introducida por la legge 37/2019, Disposizioni per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza all'Italia all'Unione europea — Legge europea 2018 (Ley n.º 37/2019, Disposiciones para el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la pertenencia de Italia a la Unión Europea — Ley Europea 2018) como

consecuencia de un procedimiento de infracción iniciado por la Comisión Europea contra Italia el 19 de julio de 2018 (2018/2175):

Artículo 2. Disposiciones relativas a la profesión de corredor:

«3. El ejercicio de la actividad de intermediación es incompatible con el ejercicio de actividades empresariales de producción, venta, representación o promoción de bienes del mismo sector comercial en el que se desarrolle la actividad de intermediación, así como con la actividad desarrollada como empleado de un organismo público o privado, o de una entidad bancaria, financiera o de seguros, excepto empresas de corretaje, o con el ejercicio de profesiones intelectuales del mismo sector comercial para el que se desarrolle la actividad de intermediación y, en cualquier caso, en situaciones de conflicto de intereses.»

Formulación a raíz de una nueva reforma introducida por la legge 238/2021, Disposizioni per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea — Legge europea 2019-2020 (Ley 238/2021, Disposiciones para el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la pertenencia de Italia a la Unión Europea — Ley Europea 2019-2020) como consecuencia del mismo procedimiento de infracción:

Artículo 4. Disposiciones en materia de cooperación con los centros de asistencia para el reconocimiento de cualificaciones profesionales:

«3. El ejercicio de la actividad de intermediación es incompatible con el ejercicio de una actividad empresarial de producción, venta, representación o promoción de bienes del mismo sector comercial en el que se desarrolle la actividad de intermediación o con la condición de empleado en empresas de tales ámbitos, así como con la actividad desarrollada como empleado de un organismo público o como empleado o colaborador de empresas que presten los servicios financieros a que se refiere el artículo 4 del Decreto Legislativo n.º 59, de 26 de marzo de 2010, o con el ejercicio de profesiones intelectuales del mismo sector comercial para el que se desarrolle la actividad de intermediación y, en cualquier caso, en situaciones de conflicto de intereses.»

El texto actualmente en vigor resulta de la adopción de la Ley 118/2022, que añadió el apartado 3 bis:

«3. El ejercicio de la actividad de intermediación es incompatible con el ejercicio de una actividad empresarial de producción, venta, representación o promoción de bienes del mismo sector comercial en el que se desarrolle la actividad de intermediación o con la condición de empleado en empresas de tales ámbitos, así como con la actividad desarrollada como empleado de un organismo público o como empleado o colaborador de empresas que presten los servicios financieros a que se refiere el artículo 4 del Decreto Legislativo n.º 59, de 26 de marzo de 2010, o con el ejercicio de profesiones intelectuales del mismo sector

comercial para el que se desarrolle la actividad de intermediación y, en cualquier caso, en situaciones de conflicto de intereses.

3-bis. Como excepción a lo dispuesto en el apartado 3, el ejercicio de la actividad de agente inmobiliario será compatible con la condición de empleado o colaborador de empresas que ejerzan la actividad de mediación en el ámbito del crédito regulada por los artículos 128 *sexies* y siguientes del texto refundido de las leyes en materia bancaria y de crédito, contenido en el Decreto Legislativo n.º 385, de 1 de septiembre de 1993. El ejercicio de la actividad de mediación en el ámbito del crédito estará sujeto a las normas sectoriales pertinentes y a los controles correspondientes.»

Breve exposición de los hechos y del procedimiento principal

- 1 Tras recibir una denuncia, el 17 de marzo de 2020 el Director de la División General de Competencia del MISE (Ministerio de Desarrollo Económico) instó a la CCIAA (Cámara de Comercio, Industria, Artesanía y Agricultura) de Bolonia a intervenir en relación con una situación de posible incompatibilidad o conflicto de intereses de la empresa recurrente, Tecno*37, debido al ejercicio simultáneo por parte de esta de las actividades de intermediación inmobiliaria y de administración de fincas. La autoridad competente inició un procedimiento de comprobación con arreglo al artículo 5, apartado 3, de la Ley 39/89, modificado por la Ley 37/2019. En particular, solicitó a Tecno*37 que precisara si su actividad como administrador de fincas tenía o no carácter empresarial.
- 2 De las actuaciones administrativas se desprendía que Tecno*37 administraba treinta y nueve comunidades de propietarios y que los ingresos obtenidos por ello eran claramente superiores a los que obtenía de su actividad de intermediación inmobiliaria. El ejercicio simultáneo de ambas actividades y la existencia de una situación de incompatibilidad a efectos del artículo 5, apartado 3, de la Ley 39/89, en su versión en vigor, quedaron acreditados. La actividad de administración ejercitada era de carácter profesional y no esporádica y ocasional, es decir, típicamente empresarial (conforme a las exigencias de carácter económico, organización y continuidad), contando la empresa individual con tres empleados y otra oficina. Por tal motivo, la CCIAA inscribió a la empresa individual de administración de fincas en el REA (registro económico administrativo) y prohibió que continuase ejercitando la actividad de intermediación inmobiliaria, anotando su cese en el REA.
- 3 Tecno*37 interpuso un recurso contra estas decisiones ante el TAR, que lo desestimó mediante la sentencia n.º 7/2022.
- 4 Dicho órgano jurisdiccional consideró, en particular, que: i) las comprobaciones realizadas a través de la Agenzia delle Entrate (Agencia Tributaria) pusieron de manifiesto que Tecno*37 desarrollaba la actividad de administrador de fincas como empresa y que los ingresos obtenidos eran significativamente superiores a los resultantes de su actividad de intermediación inmobiliaria; ii) el artículo 5 de

la Ley 39/89 debe interpretarse en el sentido de que debe evitarse un conflicto efectivo de intereses mediante la comprobación, caso por caso, de cada situación, no siendo aceptable la determinación de la incompatibilidad de forma abstracta y absoluta; iii) en este sentido, la medida adoptada por la CCIAA en el procedimiento de comprobación resulta correcta, y las conclusiones a las que llega parecen convincentes. La incompatibilidad nace, ante todo, de la importancia de los ingresos procedentes de la actividad de administración de fincas, que se ejerce de manera preponderante y como empresa, mediante una infraestructura y unos recursos humanos destinados a tal fin. Por tanto, existe el riesgo de que los inmuebles administrados se vean indebidamente favorecidos en comparación con los demás inmuebles disponibles, lo que constituye un incumplimiento de los requisitos de objetividad e imparcialidad, propios del intermediario, cuya misión consiste en promover la conclusión del negocio. El gran número de edificios, cada uno de los cuales se compone de varios apartamentos, respecto de los cuales la recurrente desempeña el papel de administrador, puede, en efecto, obstaculizar la selección objetiva e imparcial de propuestas adecuadas en favor de los clientes cuando, simultáneamente, ejerce la actividad de intermediario.

- 5 Tecno*37 interpuso recurso de apelación contra la sentencia del TAR ante el Consiglio di Stato (Consejo de Estado), órgano jurisdiccional remitente.

Alegaciones esenciales de las partes en el procedimiento principal

- 6 En apoyo del recurso en primera instancia se formularon, en particular y por cuanto aquí interesa, los siguientes motivos:

Infracción de los artículos 3, 41, 97 y 117 de la Constitución; del artículo 5, apartado 3, de la Ley 39/89; de los artículos 1, 3 y 6 de la Ley 241/90; del artículo 4 TFUE, apartado 3, y del artículo 47 TFUE; violación de los principios de no discriminación, proporcionalidad e idoneidad de las condiciones de acceso a las profesiones y servicios, que se derivan de las Directivas 2005/36 y 2006/123, desviación de poder por instrucción defectuosa y falta de motivación del supuesto conflicto de intereses, que constituye una razón imperiosa de interés general, así como falta de proporcionalidad.

- 7 En particular, según la recurrente, el artículo 5, apartado 3, de la Ley 39/89 se interpretó en el sentido de que establecía una incompatibilidad abstracta y absoluta entre ambas actividades, en contradicción con el enfoque correcto y conforme con los principios del Derecho de la Unión, según el cual debe verificarse caso por caso si existe en el supuesto concreto una situación de conflicto de intereses.
- 8 El recurso de apelación interpuesto por Tecno*37 contra la sentencia del TAR está basado en los motivos que se exponen a continuación.
- 9 Mediante su primer motivo de apelación, la recurrente invoca de nuevo los motivos que defendió en primera instancia. Invoca, en particular, la infracción del

artículo 4 TFUE, apartado 3, y del artículo 47 TFUE, así como la violación de los principios del Derecho de la Unión de no discriminación, proporcionalidad e idoneidad de las condiciones de acceso a profesiones y servicios, que también se derivan de las Directivas 2005/36 y 2006/123, desviación de poder por instrucción defectuosa y falta de motivación en cuanto a la supuesta existencia de un conflicto de intereses que puede constituir, según las directivas europeas, una razón imperiosa de interés general, de manera que resulte proporcionada la supuesta incompatibilidad entre la condición de agente inmobiliario y la de administrador de fincas.

- 10 Mediante su primer motivo de apelación, en particular, la recurrente sostiene que el TAR aplicó el artículo 5, apartado 3, de la Ley 39/89 como «norma de peligro», que establece una incompatibilidad abstracta y general, teniendo exclusivamente en consideración el caso límite en el que una misma persona desempeña simultáneamente las funciones de administrador de una finca y de intermediario con respecto a un mismo inmueble, a pesar de que ese supuesto no es pertinente en el caso de autos. Por el contrario, dicho órgano jurisdiccional debería haber declarado la ilegalidad radical de las actuaciones impugnadas al estar estas basadas en el postulado de que la norma debe aplicarse en el sentido de extender la incompatibilidad de manera general e indiferenciada a todos los casos en los que se ejerzan conjuntamente ambas actividades, sin que sea necesario comprobar el objeto de las operaciones de intermediación realizadas.
- 11 Además, en opinión de la recurrente, el TAR ha adoptado una interpretación del artículo 5 de la Ley 39/89 según la cual la incompatibilidad entre las dos actividades de intermediación inmobiliaria y de administración de fincas resulta de la mera constatación de su ejercicio conjunto como empresa, que hace que el gran número de inmuebles administrados constituya un riesgo potencial de conflicto de intereses, en perjuicio de uno de los clientes del intermediario inmobiliario. Sin embargo, esa interpretación es totalmente contraria a los principios establecidos por el Tribunal de Justicia en la sentencia n.º 384 de 27 de febrero de 2020. Efectivamente, lo relevante a efectos del cumplimiento del artículo 5, apartado 3, de la Ley 39/89, según una interpretación conforme con el Derecho de la Unión, no es la comprobación del número absoluto de inmuebles que son objeto de intermediación ni el número absoluto de fincas administradas (como, por el contrario, hizo erróneamente la CCIAA de Bolonia al adherirse a la interpretación del MISE para determinar que la actividad era de naturaleza empresarial), sino la comprobación concreta de la existencia de solapamiento de ambas actividades en relación con el mismo inmueble.
- 12 Carece de pertinencia y resulta irrelevante a efectos de la adopción de una decisión la supuesta naturaleza empresarial de la actividad de intermediación que ejerce la recurrente, que la CCIAA infirió de la información sobre los ingresos obtenida de la Agencia Tributaria y que el órgano jurisdiccional de primera instancia consideró además una identificación adecuada de un supuesto concreto de conflicto de intereses. En efecto, la naturaleza empresarial de la actividad de intermediación inmobiliaria no puede revestir en sí misma ninguna importancia

jurídica cualificada. Se trata de un dato irrelevante a efectos de identificar un interés público que pueda constituir una razón imperiosa de interés general (véase el apartado de la sentencia del Tribunal de Justicia n.º 384 de 27 de febrero de 2020) que permita justificar la introducción de una prohibición generalizada de ejercer una actividad multidisciplinar.

- 13 Mediante el segundo motivo del recurso de apelación se invoca de nuevo, entre otras cosas, la violación de los principios europeos de no discriminación, proporcionalidad, progresividad y adecuación de las sanciones.

Breve exposición de la fundamentación de la petición de decisión prejudicial

- 14 Cuando un agente inmobiliario ejerce simultáneamente la actividad de administrador de fincas puede existir el riesgo de que los inmuebles que administra se vean indebidamente favorecidos con respecto a los demás, de manera que desaparece la imparcialidad propia del intermediario. En efecto, un profesional que gestiona numerosas fincas podría verse inducido a dirigir a los potenciales compradores hacia locales de los inmuebles que administra, pasando por alto, por consiguiente, otras posibles viviendas igualmente interesantes.
- 15 Por otra parte, desde el punto de vista del consumidor, también podría ser más ventajoso que un único profesional acompañara al comprador tanto en el momento de la compra como en la fase posterior de administración del inmueble, dado que, de hecho, las formas de eludir las incompatibilidades pueden ser múltiples (vínculos de parentesco, etc.), con el efecto de una duplicación de los profesionales y, por tanto, de los costes a cargo del usuario final.
- 16 La nueva normativa contenida en el artículo 5, apartado 3, de la Ley 39/1989 garantiza la protección del consumidor estableciendo una cláusula que evita todo conflicto efectivo de intereses entre el intermediario y el objeto de su intermediación. En efecto, la incompatibilidad pasa a ser relativa y prohíbe ser a la vez intermediario (que, por definición del Código Civil, es un sujeto equidistante entre las partes) y parte (en el sentido material, en calidad de fabricante o comerciante de bienes o servicios que son objeto de la actividad de intermediación, o en el sentido formal, en calidad de agente o representante de dichos bienes). En cualquier caso, la incompatibilidad se limita a las actividades empresariales y ya no, como en la disposición objeto del procedimiento de infracción, a la actividad que se ejerce a título profesional e incluso por cuenta ajena.
- 17 La interpretación que se solicita es necesaria por los siguientes motivos:
- la recurrente en apelación invoca la protección de situaciones subjetivas reconocidas por el Derecho de la Unión, alegando la violación de principios y derechos de la Unión;

— el Tribunal de Justicia tiene el monopolio de la interpretación del Derecho de la Unión y, en consecuencia, de la compatibilidad de las normas internas de los diferentes Estados miembros con el Derecho de la Unión;

— el órgano jurisdiccional remitente, si bien excluye que concurran los requisitos para dejar inaplicada directamente la normativa nacional controvertida, considera que existe una cuestión interpretativa relativa al ámbito de interpretación exacto que debe reconocerse a los actos normativos de la Unión y, por consiguiente, a la compatibilidad con estos de una disposición legal nacional;

— la cuestión es pertinente y decisiva para la resolución del litigio y no ha sido objeto de interpretación directa por parte del Tribunal de Justicia;

— el órgano jurisdiccional remitente es el órgano jurisdiccional de última instancia y existe una petición específica de la recurrente en apelación para que se plantee una petición de decisión prejudicial.

DOCUMENTO DE TRABAJO