

INFORME DE 13 DE MAYO DE 2016 SOBRE RECLAMACIÓN PRESENTADA, AL AMPARO DEL ARTÍCULO 26 DE LA LEY 20/2013, DE 9 DE DICIEMBRE, DE GARANTÍA DE LA UNIDAD DE MERCADO, POR LA NO CONSIDERACIÓN POR PARTE DE UN AYUNTAMIENTO DE LOS INGENIEROS TÉCNICOS INDUSTRIALES COMO TÉCNICOS COMPETENTES PARA EXPEDIR CERTIFICADOS DE HABITABILIDAD PARA LA OBTENCIÓN DE LICENCIAS DE SEGUNDA OCUPACIÓN DE VIVIENDAS (UM/054/16).

I. ANTEDECENTES

Mediante escrito remitido el día 9 de mayo de 2016 a la Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado (SECUM) un ingeniero industrial presenta reclamación contra el Decreto nº ATAC/2016/597 dictado por el Ayuntamiento de Mutxamel en fecha 18 de abril de 2016 y por el que se deniega una licencia municipal de ocupación para edificación existente (licencia de segunda ocupación).

En la página 4 del citado Decreto nº ATAC/2016/597 se indica que la parte interesada *“no ha procedido a subsanar la deficiencia detectada y notificada consistente en la aportación del certificado técnico a que hace referencia el artículo 34.3 LOFCE, suscrito por técnico habilitado para su emisión, es decir, Arquitecto o Arquitecto técnico, por lo que su solicitud de licencia debe ser denegada, sin que pudiera producir efectos una eventual declaración responsable para la ocupación de vivienda que no reuniera los requisitos que marca la Ley”*.

El reclamante no comparte la reserva competencial favorable a las categorías profesionales antes citadas, alegando que la misma resulta contraria a los principios contenidos en los artículos 3 a 9 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado (en adelante, LGUM)

La SECUM ha remitido a esta Comisión solicitud de informe del artículo 26.4.b) de la LGUM.

II. CONSIDERACIONES

En las consideraciones que siguen a continuación se analizan:

1) Marco jurídico en materia de colegios profesionales **2)** Marco regulador en materia de edificación **3)** Normativa sobre las competencias profesionales de los ingenieros técnicos industriales **4)** Informes de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC), de 2012 sobre los Colegios Profesionales tras la transposición de la Directiva Servicios, y de noviembre de 2013 sobre el Anteproyecto de Ley de Servicios y Colegios Profesionales **5)** Análisis del dictamen jurídico y de las sentencias citados en el acto objeto de reclamación **6)** Análisis del caso a la luz de los principios de necesidad y proporcionalidad del artículo 5 de la Ley 20/2013, de garantía de la unidad de mercado y 39 bis de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

El análisis que sigue ha sido ya expuesto en los informes de esta Comisión de 19 de agosto (UM/034/14)¹, 5 de septiembre (UM/028/14)² y 30 de octubre de 2014 (UM/059/14)³.

II.1. El marco jurídico en materia de colegios profesionales.

En la actualidad sigue todavía vigente la Ley 2/1974, de 13 febrero, de Colegios Profesionales⁴ (en adelante, LCP) y, aunque fue elaborado un Anteproyecto de Ley de Servicios y Colegios Profesionales, dicho Anteproyecto fue retirado finalmente en abril de 2015⁵.

No obstante, debe recordarse que la aprobación de una reforma de la regulación de los colegios profesionales, liberalizando las actividades injustificadamente reservadas y preservando la unidad de mercado en el acceso a los servicios profesionales, constituía una de las recomendaciones efectuadas por el Consejo de la Unión Europea al Plan Nacional de Reformas 2014 de España⁶. Recomendación que ha sido reiterada, de nuevo, por el Consejo de la UE el pasado año 2015⁷.

En el artículo 3.2 de la LCP aún en vigor se dice que:

Será requisito indispensable para el ejercicio de las profesiones hallarse incorporado al Colegio Profesional correspondiente cuando así lo establezca una ley estatal.

Y en cuanto a las competencias profesionales, el artículo 2 LCP señala que:

¹ <http://www.cnmc.es/es-es/cnmc/unidaddemercado.aspx?num=UM%2f034%2f14&ambito=Impugnaciones+y+Unidad+de+Mercado&b=UM%2f034%2f14&p=5&ambitos=Impugnaciones+y+Unidad+de+Mercado&estado=0§or=0&av=0>.

² <http://www.cnmc.es/es-es/cnmc/unidaddemercado.aspx?num=UM%2f028%2f14&ambito=Impugnaciones+y+Unidad+de+Mercado&b=UM%2f028%2f14&p=5&ambitos=Impugnaciones+y+Unidad+de+Mercado&estado=0§or=0&av=0>.

³ <http://www.cnmc.es/es-es/cnmc/unidaddemercado.aspx?num=UM%2f059%2f14&ambito=Impugnaciones+y+Unidad+de+Mercado&b=UM%2f059%2f14&p=5&ambitos=Impugnaciones+y+Unidad+de+Mercado&estado=0§or=0&av=0>.

⁴ BOE 15 febrero 1974, núm. 40.

⁵ http://cincodias.com/cincodias/2015/04/14/economia/1429034760_837773.html.

<http://www.expansion.com/juridico/actualidad-tendencias/2015/05/22/555f70b522601da65d8b459a.html>

⁶ COM (2014) 410 final, Bruselas, 2 de junio de 2014, véase pág.10 y punto 6 (http://ec.europa.eu/europe2020/pdf/csr2014/csr2014_spain_es.pdf).

⁷ Publicado en DOUE 18.8.15. En la Recomendación Cuarta se aconseja: “*Suprimir los obstáculos al crecimiento de las empresas, tales como las disposiciones que dependen del tamaño de las empresas, adoptar la reforma planeada de los servicios profesionales, acelerar la aplicación de la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado*” (http://ec.europa.eu/europe2020/pdf/csr2015/csr2015_spain_es.pdf).

El ejercicio de las profesiones colegiadas se realizará en régimen de libre competencia y estará sujeto, en cuanto a la oferta de servicios y fijación de su remuneración, a la Ley sobre Defensa de la Competencia y a la Ley sobre Competencia Desleal. Los demás aspectos del ejercicio profesional continuarán rigiéndose por la legislación general y específica sobre la ordenación sustantiva propia de cada profesión aplicable.

Aplicando lo anterior al caso concreto de las competencias profesionales de los ingenieros técnicos industriales en materia de edificación, deberá acudir a la legislación general en materia de edificación así como a la legislación específica de la profesión de ingeniero técnico industrial. Esta normativa será objeto de análisis en los dos apartados siguientes.

II.2. Marco regulador en materia de edificación.

La Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de ordenación de la edificación (en adelante, LOE), prevé en su artículo 10.2 que cuando el proyecto técnico tenga por objeto la *construcción* de edificios para uso residencial (viviendas), el arquitecto será el único profesional habilitado para realizarlo⁸.

La citada disposición se refiere a la *construcción* de edificios residenciales de nueva planta pero no contiene regulación alguna sobre la competencia profesional necesaria para acreditar la habitabilidad de viviendas ya construidas (de segundo uso).

En atención el Ayuntamiento reclamado, Mutxamel, debe analizarse también en este caso la legislación autonómica valenciana y, concretamente, las dos leyes citadas expresamente en el acto objeto de reclamación⁹: la Ley 5/2014, de 25 de julio, de la Generalitat Valenciana, de Ordenación del Territorio, Urbanismo Paisaje y la Ley 3/2004, de 30 de junio, de la Generalitat Valenciana de Calidad de la Edificación.

El artículo 34 de la Ley 3/2004, de 30 de junio, de la Generalitat Valenciana de Calidad de la Edificación habla de certificado expedido por “*facultativo competente*”, sin indicar qué titulación o calificación profesional resulta exigible.

Tampoco lo aclara el artículo 3.2.e) del Decreto núm. 161/1989, de 30 de octubre¹⁰, que para las viviendas de segunda ocupación y sucesivas exige:

certificación expedida por técnico competente, visada por el respectivo Colegio Profesional, o, en su caso, por técnico de la Administración Municipal competente, que acredite que la vivienda cumple la normativa técnica de habitabilidad de la Generalitat Valenciana aplicable, y que no se trata de una

⁸ Concretamente se efectúa una remisión a los usos indicados en el artículo 2.1.a) LOE, esto es, para los usos administrativo, sanitario, religioso, residencial en todas sus formas, docente y cultural.

⁹ Véase página 4 del Decreto nº ATAC/2016/597 dictado por el Ayuntamiento de Mutxamel (Alicante/Alacant) en fecha 18 de abril de 2016.

¹⁰ De la Conselleria d'Obres Públiques, Urbanisme i Transports (DO. Generalitat Valenciana 8 noviembre 1989, núm. 1178).

edificación de nueva planta, con especificación de la clase de suelo en que la vivienda se ubica.

En cambio, en el caso de edificaciones de nueva planta y primera ocupación (que no es el caso analizado en este Informe), el artículo 3.1.b) del Decreto 161/1989 sí exige certificación expedida por profesionales de la arquitectura:

Certificación final de obra expedida por el Arquitecto Superior y Técnico, Directores de la obra, que se cumplimentará en el modelo oficial, y que habrá obtenido el visado de los respectivos Colegios Profesionales.

Los artículos 180 y 222 de la Ley 5/2014, de 25 de julio, también se refieren a “técnico competente” sin especificar cuál, al hablar de los profesionales competentes para suscribir informes de evaluación de edificaciones y proyectos de reforma y de obra menor en edificios existentes.

Y en el artículo 22 del Decreto valenciano núm. 151/2009, de 2 de octubre¹¹, que aprueba las exigencias básicas de diseño y calidad en edificios de vivienda y alojamiento, prevé que los organismos de certificación administrativa en materia de calidad de la edificación (OCAces) cuenten con:

personal cualificado, con titulación de arquitecto, ingeniero, arquitecto técnico, ingeniero técnico o equivalente, válida para el ejercicio de estas profesiones en territorio español, con experiencia profesional en materia de edificación debidamente acreditada, dentro de los cinco años anteriores a la de solicitud de habilitación.

Finalmente, la disposición adicional segunda de la Ley 5/2014, creadora del cuerpo superior de técnicos en análisis, gestión y ordenación del territorio, urbanismo y paisaje de la Comunitat Valenciana, establece como requisito académico para acceder a dicho cuerpo tener:

Título universitario de licenciatura, ingeniería, arquitectura o equivalente, o bien título universitario oficial de grado más título oficial de máster universitario que, de acuerdo con los planes de estudio vigentes, habiliten para ejercer las actividades de carácter profesional relacionadas con las funciones asignadas a los puestos.

II.3. Normativa sobre las competencias profesionales de los ingenieros técnicos industriales.

La Ley 12/1986, de 1 de abril, regula las atribuciones profesionales de arquitectos e ingenieros técnicos (en adelante, Ley 12/1986), señalándose en su artículo 2.1.a) que se atribuye a los ingenieros técnicos:

La redacción y firma de proyectos que tengan por objeto la construcción, reforma, reparación, conservación, demolición, fabricación, instalación, montaje o explotación de bienes muebles o inmuebles, en sus respectivos casos, tanto

¹¹ Diari Oficial de la Comunitat Valenciana 7 octubre 2009, núm. 6118.

con carácter principal como accesorio, siempre que queden comprendidos por su naturaleza y características en la técnica propia de cada titulación.

Del precepto mencionado se desprende que serán técnicos competentes con relación a proyectos relativos a inmuebles aquellos cuya titulación esté relacionada con la naturaleza y características de la construcción. Así, por ejemplo, en el caso de las naves industriales resultarían claramente competentes los ingenieros de esta especialidad (ingenieros industriales), como ha declarado expresamente el Tribunal Supremo¹².

El Tribunal Supremo ha venido negando la existencia de un monopolio en el ámbito general de la edificación a favor de un colectivo profesional determinado, siempre y cuando de la naturaleza del propio proyecto o actuación no se derive una atribución específica a una especialidad técnica concreta. Así lo expresa en las SSTs de 21 de diciembre de 2010 (RC 1360/2008) y de 19 de enero de 2012 (RC 321/2010)¹³.

En esta última sentencia, se dice que:

cuando la naturaleza de un proyecto técnico exige una intervención exclusiva de un determinado técnico la competencia es indubitada, pero cuando, como sucede en el caso planteado, se trata de un complejo polideportivo el criterio jurisprudencial prevalente, habida cuenta de su carácter multidisciplinar, ha de primar el principio de idoneidad del facultativo interviniente sobre el de exclusividad que conduce a un monopolio profesional que esta Sala rechaza (...)

Y en la STS de 21 de diciembre de 2010 confirmó que

las orientaciones actuales huyen de consagrar monopolios profesionales en razón exclusiva del título ostentado y mantienen la necesidad de dejar abierta la entrada a todo título facultativo oficial que ampare un nivel de conocimientos técnicos suficiente.

Asimismo, el propio Tribunal Supremo, y entre otras, en las SSTs de 28 de marzo de 1994¹⁴ así como en la posterior STS de 29 de diciembre de 1999¹⁵ también establece, como excepción a la prohibición general de monopolio de proyectos constructivos, el caso de las “viviendas”, esto es, los proyectos de construcción de nuevas edificaciones destinadas exclusivamente a residencia humana. Concretamente, en el Fundamento Tercero de la STS de 28 de marzo de 1994 se dice que:

no puede admitirse un monopolio de proyección de todo tipo de construcciones -cualquiera que sea su finalidad o destino y con la excepción de la vivienda humana- a favor de profesión determinada, ya que, al contrario, tal

¹² STS de 29 de marzo de 1995 (RJ\1995\2093).

¹³ RJ 2012\3152.

¹⁴ RJ 1994\1820.

¹⁵ RJ\1999\9779.

competencia en exclusiva no aparece atribuida específicamente a nadie, a la vez que las diferentes reglamentaciones ofrecen perspectivas de competencias concurrentes sin reglas precisas de delimitación.

Los proyectos destinados a la construcción de nuevas “viviendas” o “residencias” humanas están atribuidos en principio, y como se ha indicado en el apartado III.2, a los profesionales de la arquitectura según el artículo 10.2 LOE. Esta atribución competencial también fue en su momento reconocida por la entonces Comisión Nacional de la Competencia (en adelante, CNC) en la página 9 de su Resolución de 15 de junio de 2009¹⁶.

En este caso, tal y como se desprende de la información aportada por los reclamantes, se trata de certificar la habitabilidad de una vivienda no proyectada sino ya construida (segunda ocupación) en Mutxamel, por lo que resultaría discutible la aplicación automática del monopolio legal del artículo 10.2 LOE.

En este sentido, los tribunales han recordado que, como excepciones al principio general de libertad de empresa y de libre competencia del artículo 38 CE, los monopolios o reservas de actividad a favor de determinados sujetos deben ser objeto de interpretación restrictiva¹⁷.

Finalmente, el Tribunal de Justicia de la UE, en el apartado 48 de la STJUE de 21 de febrero de 2013¹⁸, ha reconocido que corresponde a la legislación interna de cada Estado miembro determinar el ámbito de las actividades concretas que corresponde realizar a los profesionales de la arquitectura:

Así pues, aunque corresponde a la legislación nacional del Estado miembro de acogida definir el ámbito de actividades de la profesión de arquitecto, si un Estado miembro considera que una actividad está comprendida en dicho ámbito, la exigencia del reconocimiento mutuo implica que los arquitectos migrantes también deben tener acceso a esta actividad (sentencia Comisión/España, antes citada, apartado 38).

II.4. Informes de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC), de 2012 sobre los Colegios Profesionales tras la transposición de la Directiva

¹⁶ Véase página 9 de la Resolución de 15 de junio de 2009 (Expediente S/0002/07): “La doctrina del Alto Tribunal viene a decir que debemos distinguir aquellos Proyectos de obras de conjunto, donde intervienen aspectos de naturaleza diversa, de aquellas obras que tienen una propia autonomía, como ocurre con las edificaciones destinadas a viviendas donde sin perjuicio de reconocer que los Ingenieros, de acuerdo con sus planes de estudios, poseen capacidad técnica para redactar un proyecto referido a determinados aspectos de dichas edificaciones, sus funciones, por su naturaleza y definición, deben desarrollarse en un campo distinto de la edificación de viviendas que según recoge la Ley 38/99 queda constreñida a los arquitecto (sic) superiores y los arquitectos técnicos.”

¹⁷ Véanse las Sentencias de AP Madrid núm.367/2005, de 8 de junio de 2005 (JUR 2005\265307) y AP La Rioja núm.614/1997, de 30 de diciembre (AC 1997\2523). En la última sentencia citada se dice textualmente: “En el presente, se trata de interpretar una norma restrictiva de la competencia, lo cual obliga a acrecentar esta actitud cautelosa, máxime cuando en nuestro ordenamiento jurídico existe un principio general de libertad de empresa, y por ende de libre competencia, y cualquier norma limitativa ha de ser objeto de la más estricta interpretación.”

¹⁸ C-111/12.

Servicios, y de noviembre de 2013 sobre el Anteproyecto de Ley de Servicios y Colegios Profesionales.

El Informe de la extinta Comisión Nacional de la Competencia (en adelante, CNC) de 2012, sobre los Colegios Profesionales tras la transposición de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior (en adelante, Directiva Servicios) efectúa una referencia general muy crítica a las reservas de actividad existentes así como una referencia específica a la cuestión del reparto de atribuciones profesionales entre arquitectos e ingenieros en el sector de la edificación.

A juicio de la CNC, únicamente deberían imponerse reservas de actividad por razones de necesidad (interés general) y proporcionalidad. Y, en caso de fijarse dichas reservas deberían vincularse a la capacidad técnica real del profesional, no limitándose a una titulación concreta sino a diversas titulaciones.

Esta concepción se reitera en el Informe CNMC de Proyecto normativo 110/13, relativo al Anteproyecto de Ley de Servicios y Colegios Profesionales¹⁹, anteproyecto que, como se ha indicado antes en este Informe, ha sido finalmente retirado en abril de 2015.

II.5. Análisis del dictamen jurídico y de las sentencias citados en el acto administrativo objeto de reclamación.

En las páginas 2 a 3 del acto reclamado se cita, en apoyo de la decisión adoptada por el Ayuntamiento de Mutxamel:

- Un Dictamen emitido por el Consell Jurídic Consultiu de la Generalitat Valenciana (Dictamen núm.550, de 30 de septiembre de 2015).
- Dos Sentencias del Tribunal Supremo de 09.12.2014 y de 25.11.2015.

Con referencia al Dictamen de 30 de septiembre de 2015 dictado por el Consell Jurídic Consultiu, debe recordarse que, de acuerdo con el artículo 2 de la Ley valenciana 10/1994, de 19 de diciembre²⁰, creadora del citado Consell, se trata de un órgano meramente consultivo cuyos dictámenes no resultan vinculantes.

Y en cuanto a las SSTS de 9 de diciembre de 2014 y 25 de noviembre de 2015, ambas sentencias fueron dictadas en aplicación del Derecho vigente al tiempo del hecho o acto enjuiciado, anterior a la vigencia de la LGUM y, en consecuencia, sin interpretar la legislación sectorial aplicable de acuerdo con LGUM, según exige el vigente artículo 9 LGUM.

¹⁹ IPN 110/13, véase página 25.

²⁰ DO. Generalitat Valenciana 2 enero 1995, núm. 2419.

Finalmente, el órgano reclamado declara²¹ la inexistencia de “dictámenes o resoluciones de órgano competente posteriores a septiembre de 2015, que puedan enervar el criterio del Consell Jurídic Consultiu” contrario al del reclamante. Ello no es así, bastando mencionar aquí el Informe de la SECUM núm. 26/1603 de 3 de febrero de 2016²².

II.6. Análisis del caso a la luz de los principios de necesidad y proporcionalidad del artículo 5 de la Ley 20/2013, de garantía de la unidad de mercado y del artículo 39bis de la Ley 30/1992

Del artículo 2 LGUM en relación con la letra b) del Anexo de la misma norma se desprende que la LGUM se aplica a “*cualquier actividad de carácter empresarial o profesional que suponga la ordenación por cuenta propia de los medios de producción, de los recursos humanos, o ambos, con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o en la prestación de servicios*”.

Por tanto, y siendo la actividad técnica certificadora desarrollada por los ingenieros técnicos industriales reclamantes una actividad profesional, le resulta de aplicación plena la LGUM. Ello también se deriva de la lectura de la Exposición de Motivos de la propia LGUM²³.

El artículo 5 de la LGUM señala que:

1. Las autoridades competentes que en el ejercicio de sus respectivas competencias establezcan límites al acceso a una actividad económica o su ejercicio de conformidad con lo previsto en el artículo 17 de esta Ley o exijan el cumplimiento de requisitos para el desarrollo de una actividad, motivarán su necesidad en la salvaguarda de alguna razón imperiosa de interés general de entre las comprendidas en el artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.

2. Cualquier límite o requisito establecido conforme al apartado anterior, deberá ser proporcionado a la razón imperiosa de interés general invocada, y habrá de ser tal que no exista otro medio menos restrictivo o distorsionador para la actividad económica.

En el mismo sentido, el artículo 39bis de la LRJPAC prevé que:

²¹ Véanse páginas 2 a 3 del acto reclamado.

²²

<http://www.mineco.gob.es/stfls/mineco/economia/ficheros/pdf/26.35ACTIVIDADESPROFESIONALESCertificadostecnicos.pdf>

²³ “La Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sienta un precedente en materia de unidad de mercado para el sector servicios que se considera debe extenderse a todas las actividades económicas. Así, esta Ley se aplicará también a los sectores expresamente excluidos de la Directiva de Servicios (como por ejemplo las comunicaciones electrónicas; el transporte, las empresas de trabajo temporal, la seguridad privada, etc.) y a la circulación de productos.”

1. *Las Administraciones Públicas que en el ejercicio de sus respectivas competencias establezcan medidas que limiten el ejercicio de derechos individuales o colectivos o exijan el cumplimiento de requisitos para el desarrollo de una actividad, deberán elegir la medida menos restrictiva, motivar su necesidad para la protección del interés público así como justificar su adecuación para lograr los fines que se persiguen, sin que en ningún caso se produzcan diferencias de trato discriminatorias.*

2. *Las Administraciones Públicas velarán por el cumplimiento de los requisitos aplicables según la legislación correspondiente, para lo cual podrán comprobar, verificar, investigar e inspeccionar los hechos, actos, elementos, actividades, estimaciones y demás circunstancias que se produzcan.*

La exigencia de requisitos concretos de “*cualificación profesional*” (tener el título de arquitecto o arquitecto técnico) para el desarrollo de una actividad (en este caso, para la expedición de certificaciones técnicas de habitabilidad para la obtención de segundas y ulteriores licencias de ocupación de vivienda) puede considerarse como una modalidad de restricción de acceso a dicha actividad.

Es la llamada “*reserva de actividad*”, definida en el Informe de la CNMC de noviembre de 2013 al Anteproyecto de Ley de Servicios y Colegios Profesionales²⁴ como la “*exigencia de unos requisitos formativos para el ejercicio de una actividad profesional*”. Esta Comisión recordó en el citado informe de noviembre de 2013 que debería evitarse “*vincular las reservas de actividad a titulaciones concretas en vez de a la capacitación técnica de los profesionales*”²⁵.

El carácter restrictivo para la competencia de las “*reservas de actividad*” basadas en la “*cualificación*” se reconoce expresamente en el apartado I de la Exposición de Motivos del Anteproyecto de Ley de Servicios y Colegios Profesionales de 7 de julio de 2014:

En este sentido, esta Ley debe considerarse complementaria a otras recientes reformas estructurales como la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, dado que ambas tienen como objetivo la creación de un marco regulatorio eficiente para las actividades económicas y la eliminación de las barreras y obstáculos existentes a través de la aplicación de los principios de buena regulación económica. Esta ley, en concreto, aplica dichos principios al sector de los servicios profesionales y a las restricciones al acceso basadas en la cualificación.

Por ello, el artículo 7 del citado Anteproyecto de Ley señala que las restricciones de acceso a una actividad profesional o profesión basadas en la cualificación sólo podrían establecerse mediante norma con rango de Ley

²⁴ Véase página 5.

²⁵ Véase página 5 Nota 3.

cuando fuera necesario por razones de interés general y de acuerdo con los principios de proporcionalidad y no discriminación²⁶.

No obstante, aunque las previsiones del artículo 7 del Anteproyecto no resulten aplicables por tratarse de una propuesta legislativa sin valor normativo²⁷, sí puede y debe realizarse en este caso el test de necesidad y proporcionalidad por aplicación de los artículos 5 LGUM y 39bis LRJPAC.

Por tanto, tendrá que analizarse, en este supuesto concreto, si la exigencia por parte del Ayuntamiento de Mutxamel de una concreta titulación o cualificación (arquitecto o arquitecto técnico) a los profesionales que expidan certificaciones de habitabilidad de viviendas de segunda ocupación se efectúan de conformidad con lo previsto en los artículos 5 LGUM y 39bis LRJPAC.

Debe señalarse, ante todo, que la denegación de licencia objeto de reclamación, efectuada mediante Decreto ATAC/2016/597 de 18 de abril de 2016, no motiva ni la necesidad ni la proporcionalidad de la restricción impuesta al interesado, no tratándose tampoco ninguno de estos extremos en la normativa autonómica sectorial a la que se remite expresamente el Decreto ATAC/2016/597 objeto de reclamación²⁸.

En cuanto a la **necesidad** de la restricción, ésta debería haberse motivado en la salvaguarda de alguna razón imperiosa de interés general de entre las comprendidas en el artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, por remisión al mismo del artículo 5 LGUM. El citado artículo 3.11 define “razón imperiosa de interés general” como:

razón definida e interpretada la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, limitadas las siguientes: el orden público, la seguridad pública, la protección civil, la salud pública, la preservación del equilibrio financiero del régimen de Seguridad Social, la protección de los derechos, la seguridad y la salud de los consumidores, de los destinatarios de servicios y de los trabajadores, las exigencias de la buena fe en las transacciones comerciales, la lucha contra el fraude, la protección del medio ambiente y del entorno urbano, la sanidad animal, la propiedad intelectual e industrial, la

²⁶ “Las restricciones al acceso a una actividad profesional o una profesión basadas en la cualificación sólo podrán establecerse cuando sea necesario por razones de interés general y de acuerdo con los principios de proporcionalidad y no discriminación. Se entenderá por restricción al acceso basada en la cualificación cualquier exigencia o límite relativos a la titulación, nivel académico o educativo, formación, capacitación o experiencia que implique la reserva de funciones a favor del poseedor de dicha cualificación. Las restricciones al acceso deberán estar previstas en una norma con rango de ley. En el caso de transposición, desarrollo o aplicación de una norma de derecho de la Unión Europea, las restricciones al acceso podrán estar previstas en una norma de rango inferior. La norma que establezca restricciones al acceso a una actividad profesional o una profesión identificará claramente la actividad o profesión a la que se restringe el acceso, haciendo referencia a las funciones que comprende, de manera que no induzca a confusión con otras actividades profesionales o profesiones.”

²⁷ Véase artículo 2.1 del Código Civil (“Las leyes entrarán en vigor a los veinte días de su completa publicación en el «Boletín Oficial del Estado», si en ellas no se dispone otra.”) ya artículos 81 a 92 de la Constitución.

²⁸ Concretamente, ni en la Ley valenciana 3/2004, de 30 de junio ni en la Ley 5/2014, citadas expresamente en la página 4 del acto objeto de reclamación, se dice nada al respecto.

conservación del patrimonio histórico y artístico nacional y los objetivos de la política social y cultural.

En todo caso, y aunque en este supuesto hubiese concurrido una razón imperiosa de interés general, debería haberse evitado vincular una reserva de actividad a una titulación o a titulaciones concretas, optando por vincularla a la capacitación técnica del profesional, según se indicaba ya en el Informe de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) de 2012 sobre los Colegios Profesionales tras la transposición de la Directiva Servicios y al que se ha hecho referencia anteriormente en el presente Informe.

Ninguno de los anteriores motivos del artículo 3.11, sin embargo, ha sido expuesto razonadamente en el Decreto ATAC/2016/597 de 18 de abril de 2016, para el caso concreto de las certificaciones técnicas de habitabilidad para obtener una licencia de segunda ocupación de vivienda en el municipio de Mutxamel, debiendo haber ponderado el Ayuntamiento reclamado:

- Las competencias exigidas para la expedición de dicha certificación, según los criterios técnicos contenidos en el Decreto núm. 151/2009, de 2 de octubre, de la Generalitat valenciana.
- Las competencias atribuidas a los ingenieros técnicos industriales por la Ley 12/1986, de 1 de abril, reguladora de las atribuciones profesionales de arquitectos e ingenieros técnicos.
- La competencia y capacitación técnica concretas del profesional actuante en el expediente de obtención de licencia de segunda ocupación objeto de reclamación.

En cuanto a la **proporcionalidad** de la restricción impuesta, al no señalar la Administración reclamada la razón imperiosa de interés general que justificaría dicha restricción, no puede analizarse si ésta resulta o no proporcional al fin perseguido, no argumentándose tampoco en el acto reclamado la inexistencia de otro medio menos restrictivo o distorsionador para la actividad del sujeto afectado.

Los criterios expuestos en este Informe, indicados también en nuestros anteriores Informes de 19 de agosto (UM/034/14)²⁹, 5 de septiembre (UM/028/14)³⁰ y 30 de octubre de 2014 (UM/059/14)³¹, coinciden plenamente

²⁹ <http://www.cnmc.es/es-es/cnmc/unidaddemercado.aspx?num=UM%2f034%2f14&ambito=Impugnaciones+y+Unidad+de+Mercado&b=UM%2f034%2f14&p=5&ambitos=Impugnaciones+y+Unidad+de+Mercado&estado=0§or=0&av=0>.

³⁰ <http://www.cnmc.es/es-es/cnmc/unidaddemercado.aspx?num=UM%2f028%2f14&ambito=Impugnaciones+y+Unidad+de+Mercado&b=UM%2f028%2f14&p=5&ambitos=Impugnaciones+y+Unidad+de+Mercado&estado=0§or=0&av=0>.

³¹ <http://www.cnmc.es/es-es/cnmc/unidaddemercado.aspx?num=UM%2f059%2f14&ambito=Impugnaciones+y+Unidad+de+Mercado>

con los criterios de la SECUM, vertidos entre otros, en sus Informes de 12 de septiembre de 2014³², 6 de noviembre de 2014³³, 26 de febrero de 2015³⁴ y 3 de febrero de 2016³⁵.

III. CONCLUSIONES

A juicio de esta Comisión:

1º.- La exigencia de requisitos concretos de cualificación profesional por parte de las Administraciones Públicas para el desarrollo de una actividad concreta, como en este caso, la exigencia de la titulación arquitecto o arquitecto técnico para la expedición de certificaciones técnicas, en particular, certificados de habitabilidad para la obtención de licencias de segunda ocupación de viviendas, constituye una restricción de acceso a la actividad económica en el sentido del artículo 5 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado (LGUM).

2º.- Dicha restricción debería haberse motivado en la salvaguarda de alguna razón imperiosa de interés general de entre las comprendidas en el artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio. Asimismo, también debería haberse razonado su proporcionalidad en relación con la razón imperiosa de interés general invocada, justificándose la inexistencia de otro medio menos restrictivo o distorsionador para la actividad afectada. En todo caso, y aunque en este supuesto hubiese concurrido una razón imperiosa de interés general, debería haberse evitado vincular una reserva de actividad a una titulación o a titulaciones concretas, optando por vincularla a la capacitación técnica del profesional.

3º.- No habiéndose acreditado ni la necesidad ni la proporcionalidad de la exigencia contenida en el Decreto ATAC/2016/597 de 18 de abril de 2016 dictado por el Ayuntamiento de Mutxamel, debe considerarse dicha exigencia

[o&b=UM%2f059%2f14&p=5&ambitos=Impugnaciones+y+Unidad+de+Mercado&estado=0§or=0&av=0.](http://www.mineco.gob.es/stfls/mineco/economia/ficheros/pdf/Cualificacionprofesionalingenieros2.pdf)

³²

<http://www.mineco.gob.es/stfls/mineco/economia/ficheros/pdf/Cualificacionprofesionalingenieros2.pdf>

³³

<http://www.mineco.gob.es/stfls/mineco/economia/ficheros/pdf/Cualificacionprofesionalcertificado shabitabilid26.pdf>

³⁴

<http://www.mineco.gob.es/stfls/mineco/economia/ficheros/pdf/CUALIFICACIONESLicenciasequ ndaocupacion3.pdf>

³⁵

<http://www.mineco.gob.es/stfls/mineco/economia/ficheros/pdf/26.35ACTIVIDADESPROFESIONALESCertificadostecnicos.pdf>

contraria al artículo 5 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado.

4º.- En el caso de que el Ayuntamiento reclamado no suprimiera la exclusión o restricción profesional arriba indicada, esta Comisión vendría legitimada para impugnar el Decreto ATAC/2016/597 de 18 de abril de 2016, de conformidad con lo previsto en el artículo 27 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado y las especialidades procesales previstas en los artículos 127 bis ter y quáter de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.