

INFORME DE 18 DE NOVIEMBRE 2015 SOBRE RECLAMACIÓN PRESENTADA, AL AMPARO DEL ARTÍCULO 28 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 DE OBRAS PÚBLICAS Y GRADUADOS EN INGENIERÍA CIVIL COMO TÉCNICOS COMPETENTES PARA REDACTAR PROYECTOS BÁSICOS Y DE EJECUCIÓN DE NAVES INDUSTRIALES DE NUEVA PLANTA (UM/069/15).

I. ANTEDECENTES

Mediante escrito remitido el día 27 de octubre de 2015 por un ingeniero técnico de obras públicas y graduado en ingeniería civil, se presentó reclamación del artículo 28 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado (LGUM) contra el requerimiento del Ayuntamiento de Nerja (Málaga, Andalucía) de 31 de julio de 2015.

En el requerimiento de 31 de julio de 2015 se indica al interesado que proceda a la “*subsanción de las deficiencias observadas*” en el proyecto básico y de ejecución de nave industrial de nueva planta presentado al Ayuntamiento.

Y como documentación anexa al requerimiento denunciado figura un informe técnico de fecha 29 de junio de 2015, emitido por el Arquitecto Municipal, en el que consta que: “*La documentación aportada viene redactada por un Ingeniero Técnico de Obras Públicas, el cual según la Ley de Ordenación de la Edificación vigente carece de habilitación para obras de esta envergadura*”.

El reclamante no comparte la exclusión de los ingenieros técnicos en obras públicas y graduados en ingeniería civil de la posibilidad de redactar proyectos de naves industriales. Esta exclusión resultaría, a juicio del interesado, contraria a los principios de la LGUM.

II. CONSIDERACIONES

En las consideraciones que siguen a continuación se analizan:

1) Marco jurídico en materia de competencias, titulaciones y colegios profesionales **2)** Marco regulador en materia de edificaciones **3)** Normativa y jurisprudencia sobre las competencias profesionales de los ingenieros **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 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 UM/028/14¹ de 19 de agosto de 2014, UM/034/14² de 5 de septiembre de 2014, UM/059/14³ de 30 de octubre de 2014, UM/062/14⁴ de 13 de noviembre de 2014 y UM/006/15⁵ de 17 de febrero de 2015.

II.1. Marco jurídico en materia de competencias, titulaciones y colegios profesionales

Corresponde al Estado, y no a las Administraciones autonómicas o locales, la determinación tanto de las profesiones cuyo ejercicio requiera una titulación específica y una colegiación obligatoria como de las competencias específicas atribuidas a cada una de titulaciones profesionales en todo el territorio nacional.

Así se desprende de los artículos 35 (derecho al trabajo), 36 (ejercicio de profesiones tituladas y colegios profesionales), 149.1.1^a (condiciones de garantía de la igualdad de derechos y deberes) y 149.1.30^a (títulos profesionales) de la Constitución (en adelante, CE) y de la doctrina del Tribunal Constitucional expresada, entre otras, en las SSTC 3/2013, de 17 de enero⁶,

¹ Informe de 5 de septiembre de 2014, sobre sendas reclamaciones presentadas 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/028/14).

² Informe de 19 de agosto de 2014, sobre la reclamación presentada al amparo del artículo 28 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, por la publicación en la web del Colegio de aparejadores y arquitectos técnicos de Alicante de un anuncio relativo a la falta de habilitación de los ingenieros técnicos industriales para expedir certificados de habitabilidad (UM/034/14).

³ Informe de 30 de octubre de 2014, 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/059/14).

⁴ Informe de 13 de noviembre de 2014 sobre reclamación presentada, al amparo del artículo 28 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/062/14).

⁵ Informe sobre la reclamación presentada al amparo del artículo 28 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado, contra la exigencia de la titulación de arquitecto o arquitecto técnico para la expedición de certificados destinados a la obtención de cédulas de habitabilidad por parte del Ayuntamiento de Santa Pola.

⁶ “...el inciso impugnado, al eximir de la colegiación obligatoria a los empleados públicos, cuando ejercen la profesión por cuenta de la Administración, establece una excepción no contemplada en la Ley estatal de colegios profesionales, tal y como se razonó en el fundamento jurídico 6 de esta resolución. Siendo competente el Estado para establecer la colegiación obligatoria, lo es también para establecer las excepciones que afectan a los empleados públicos a la vista de los concretos intereses generales que puedan verse afectados, motivo por el cual debemos declarar que el inciso impugnado ha vulnerado las competencias estatales, y, por tanto, su inconstitucionalidad.” Fdto 8 STC 3/2013, de 17 de enero.

63/2013, de 14 de marzo⁷, 91/2013, de 22 de abril⁸, y 201/2013, de 5 de diciembre⁹.

En la actualidad sigue todavía vigente la Ley 2/1974, de 13 febrero, de Colegios Profesionales¹⁰ (en adelante, LCP) y, aunque fue elaborado un Anteproyecto de Ley de Servicios y Colegios Profesionales, dicho Anteproyecto fue retirado finalmente en abril de 2015¹¹, no siendo probable que sea presentado ningún otro proyecto normativo sobre la misma materia en esta legislatura tras la publicación del Real Decreto 977/2015, de 26 de octubre, de disolución del Congreso de los Diputados y del Senado y de convocatoria de elecciones¹².

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 España¹³.

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.”

⁷ “La exigencia de la colegiación obligatoria para el ejercicio de una determinada profesión y, en consecuencia, sus excepciones, constituyen, además, una condición básica que garantiza la igualdad en el ejercicio de los derechos y deberes constitucionales ex art. 149.1.1 CE. Guarda una relación directa, inmediata y estrecha con el derecho reconocido en el art. 35.1 CE en el que incide de forma directa y profunda, y constituye una excepción, amparada en el art. 36 CE, a la libertad de asociación para aquellos profesionales que, para poder hacer efectivo el derecho a la libertad de elección y ejercicio profesional, se ven obligados a colegiarse y, por tanto, a formar parte de una entidad corporativa asumiendo los derechos y deberes que se imponen a su miembros y a no abandonarla en tanto en cuanto sigan ejerciendo la profesión.” Fdto 2 STC 63/2013, de 14 de marzo.

⁸ “el art. 3.2 de la Ley de colegios profesionales impone como requisito indispensable para el ejercicio de las profesiones colegiadas la incorporación a un colegio profesional para ejercer en todo el territorio nacional, lo que responde a las competencias estatales para dictar las bases organizativas y competenciales (ex art. 149.1.18 CE) en materia de colegios profesionales en su condición de corporaciones públicas reconocidas por la doctrina constitucional (SSTC 76/1983, de 5 de agosto [RTC 1983, 76] , FJ 26; 20/1988, de 18 de febrero [RTC 1988, 20] , FJ 4 y 31/2010, de 28 de junio [RTC 2010, 31] , FJ 71).” Fdto 2 STC 91/2013, de 22 de abril.

⁹ “En lo que respecta al alcance de las competencias estatales sobre esta materia, existe una amplia jurisprudencia constitucional, que sintetiza la STC 111/2012, de 24 de mayo, FJ 3, afirmando que la competencia del art. 149.1.30 CE “comprende la de establecer los títulos correspondientes a cada nivel y ciclo educativo, en sus distintas modalidades, con valor habilitante tanto desde el punto de vista académico como para el ejercicio de las profesiones tituladas, es decir, aquellas cuyo ejercicio exige un título (ad ex: Graduado Escolar, Bachiller, Diplomado, Arquitecto Técnico o Ingeniero Técnico en la especialidad correspondiente, Licenciado, Arquitecto, Ingeniero, Doctor)”. Fdto 3 STC 201/2013, de 5 de diciembre.

¹⁰ BOE 15 febrero 1974, núm. 40.

¹¹ http://cincodias.com/cincodias/2015/04/14/economia/1429034760_837773.html.

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

¹² BOE nº 257 de 27 de octubre de 2015.

¹³ 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).

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

“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 de obras públicas y graduados en ingeniería civil en materia de edificaciones industriales, deberá acudir a la legislación general en materia de edificación así como a la legislación específica de la profesión de ingeniero técnico de obras públicas o ingeniero civil.

Esta normativa será objeto de análisis en los dos apartados siguientes.

II.2. Marco regulador en materia de edificaciones

La Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de ordenación de la edificación (en adelante, LOE), prevé en su artículo 10.2.a) que cuando el proyecto técnico tenga por objeto la construcción de edificios para los usos indicados en el artículo 2.1.b) de la LOE (entre ellos, el industrial), la titulación académica y profesional habilitante, con carácter general, será la de ingeniero, ingeniero técnico o arquitecto y vendrá determinada por las disposiciones legales vigentes para cada profesión, de acuerdo con sus respectivas especialidades y competencias específicas.

Respecto a la normativa autonómica aplicable al caso, ni el artículo 172 de la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía¹⁴ ni el artículo 13 del Reglamento de Disciplina Urbanística de dicha comunidad¹⁵ exigen que la solicitud de licencias urbanísticas esté suscrita por un técnico concreto, señalándose únicamente que *“las solicitudes deben adjuntar un proyecto técnico, suscrito por facultativo competente, con el grado de detalle que establezca la legislación sectorial”*.

Con relación a las atribuciones competenciales se plantean en este Informe dos cuestiones principales de deslinde, según la terminología utilizada por la STS de 14 de noviembre de 2014 (RC 2679/2012):

- *Deslinde horizontal de competencias*: es decir, distinción entre las diversas especialidades técnicas o ramas de la ingeniería (p.ej. entre ingeniería industrial e ingeniería de obras públicas). Esta clase de deslinde es objeto de la STS de 21 de diciembre de 2010 (RC 1360/2008).

¹⁴ Ley 7/2002, de 17 de diciembre (BO. Junta de Andalucía 31 diciembre 2002, núm. 154).

¹⁵ Aprobado por Decreto 60/2010, de 16 de marzo (BO. Junta de Andalucía 7 abril 2010, núm. 66).

- *Deslinde vertical de competencias:* esto es, distinción entre distintos grados de ingeniería dentro de una misma especialidad técnica (p.ej. entre ingeniería superior de obras públicas e ingeniería técnica de obras públicas). Este tipo de deslinde es analizado en la antes citada STS de 14 de noviembre de 2014 (RC 2679\2012).

II.3. Normativa y jurisprudencia sobre las competencias profesionales de los ingenieros

II.3.1. Criterios legales de atribución competencial

El artículo 2.1.a) de la Ley 12/1986 atribuye a los ingenieros técnicos, dentro de su respectiva especialidad, 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 con carácter principal como accesorio, siempre que queden comprendidos por su naturaleza y características en la técnica propia de cada titulación”.

Más concretamente, el apartado 3 del artículo 2 de la Ley 12/1986 contiene la siguiente referencia específica a los ingenieros técnicos de obras públicas:

Corresponden a los Ingenieros técnicos de Obras Públicas todas las atribuciones profesionales descritas en el apartado primero de este artículo, en relación a sus especialidades respectivas, con sujeción en cada caso a las prescripciones de la legislación reguladora de las obras públicas.

Las especialidades de la ingeniería técnica de obras públicas vienen reguladas por el Decreto 148/1969, de 14 de febrero.

Siendo el reclamante especialista en “*construcciones civiles*”, según el artículo tercero apartado ocho del citado Decreto 148/1969, tiene competencia para la ejecución de “*obras de ingeniería civil*”, así como a trabajos, selección y utilización de maquinaria y equipos necesarios para su realización.

De los preceptos anteriormente transcritos 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 en cuestión.

III.3.2 Criterios jurisprudenciales de atribución competencial: deslinde horizontal y vertical de competencias profesionales.

En materia de especialidades y titulaciones relacionadas con la edificación, el Tribunal Supremo anuló el grado de “*ingeniería de la edificación*”¹⁶

¹⁶ SSTs de 9 de marzo de 2010 (RJ 2010\4221), 2 octubre 2012 (RJ 2012\9540) y 5 de julio de 2013 (RJ 2013\5820).

argumentando que podía provocar confusión en la ciudadanía, pues el calificativo resultaba tan genérico que inducía a pensar que estos nuevos titulados tenían, en detrimento de otros profesionales, una competencia o monopolio exclusivos en materia de edificación, que era rechazado por el Alto Tribunal.

Efectivamente, 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 la STS de 19 de enero de 2012¹⁷.

El propio Tribunal Supremo, entre otras, en la STS de 28 de marzo de 1994¹⁸ así como en la posterior STS de 29 de diciembre de 1999¹⁹ establece, como excepción a la prohibición general de monopolio de proyectos constructivos, el caso de las “viviendas”, esto es, los proyectos de construcción de edificaciones destinadas exclusivamente a residencia humana, que se atribuyen a los profesionales de la arquitectura. Esta atribución competencial también fue en su momento reconocida por la entonces Comisión Nacional de la Competencia (en adelante, CNC)²⁰.

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 restrictiva²¹.

En este supuesto concreto, se trata de un proyecto de edificación (básico y ejecución) de nave industrial de nueva planta para el establecimiento de actividad de carpintería de madera, con una superficie construida total de 419,36 m², por lo que no estaría sujeto al monopolio constructivo de los

¹⁷ *“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 (..)”* RJ 2012\3152.

¹⁸ RJ 1994\1820.

¹⁹ RJ\1999\9779.

²⁰ 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.”*

²¹ 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.”*

profesionales de la arquitectura. Cabe preguntarse, sin embargo, si por especialidad técnica y competencia profesional, resultaría competente para realizar dicho proyecto un ingeniero técnico en obras públicas.

Aquí se plantean, como se apuntó en el apartado anterior de este Informe dos cuestiones de deslinde:

- *Deslinde horizontal de competencias* (por razón de mayor especialidad técnica): es decir, determinar si, para suscribir el proyecto de nave industrial, resulta competente un ingeniero de obras públicas o si, de lo contrario, resultaría necesaria la intervención de un ingeniero industrial.
- *Deslinde vertical de competencias* (por razón de mayor conocimiento sobre la misma especialidad): esto es, determinar si, para la redacción del proyecto, bastaría un ingeniero técnico de obras públicas o bien si requeriría un ingeniero superior de obras públicas.

A) Deslinde horizontal de competencias

En la STS de 21 de diciembre de 2010 (RC 1360/2008) se discutió la competencia de los ingenieros de telecomunicaciones para redactar proyectos de instalaciones eléctricas de baja tensión, frente a la oposición de los ingenieros industriales con especialidad eléctrica.

El Tribunal Supremo reconoció la competencia de los ingenieros de telecomunicaciones en este ámbito, recordando anteriores sentencias de la misma Sala²² y señalando que tales pronunciamientos confirman 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”*.

El reconocimiento competencial lo efectúa el Tribunal Supremo a partir del análisis del contenido de los planes de estudio de la titulación afectada y de los requisitos para la verificación de los títulos universitarios oficiales que habilitan para el ejercicio de la profesión.

En el caso concreto de los ingenieros técnicos de obras públicas, debe señalarse que la Orden CIN/307/2009, de 9 de febrero, por la que se establecen los requisitos para la verificación de los títulos universitarios oficiales que habiliten para el ejercicio de la profesión de Ingeniero Técnico de Obras Públicas prevé, dentro de los conocimientos exigibles a esta rama de la ingeniería y para la especialidad de construcciones civiles:

²² En el mismo sentido pueden verse nuestras sentencias de 13 de noviembre de 2006 (casación 5049/01), 2 de febrero de 2007 (casación 6329/01) y 5 de marzo de 2007 (casación 426/02) en las que se citan otros pronunciamientos de esta misma Sala y Sección 7ª de 21 de octubre de 1987, 27 de mayo de 1980, 8 de julio de 1981, 1 de abril de 1985, 27 de octubre de 1987, 9 de marzo de 1989, 21 de abril de 1989, 15 de octubre de 1990, 14 de enero de 1991, 5 de junio de 1991 y 27 de mayo de 1998 SSTC 50/1986, 10/1989, 27/1991, 76/1996 y 48/1998.

“Conocimiento sobre el proyecto, cálculo, construcción y mantenimiento de las obras de edificación en cuanto a la estructura, los acabados, las instalaciones y los equipos propios.”

El criterio amplio de la STS de 21 de diciembre de 2010 es compartido por la STSJ Balears núm. 54/2005, de 28 de enero de 2005²³, donde se reconoce expresamente la posibilidad de que un ingeniero técnico de obras públicas, con especialidad en construcciones civiles como el reclamante de este Informe, pueda proyectar una nave industrial:

“Es decir, para el caso que nos ocupa, podría admitirse que un ingeniero técnico de obras públicas con especialidad en construcciones civiles, es técnico con habilitación suficiente para proyectar una nave industrial como la que nos ocupa, ya que el proyecto viene referido a la ejecución de una obra de ingeniería civil clásica y elemental”.

Anteriormente, el propio Tribunal Supremo, en SSTTS de 28 de febrero de 2000 (RC 4054/1992 y RC 8975/1992) había reconocido también la competencia de los ingenieros técnicos de obras públicas para redactar proyectos de estaciones de servicio.

B) Deslinde vertical de competencias

En su STS de 14 de noviembre de 2014 (RC 2679\2012) el Tribunal Supremo ha considerado *“superadas las categorías de técnicos superiores y de grado medio, al ostentar todos una titulación universitaria superior”.*

En la línea de esta Sentencia, la STSJ Murcia nº 108/2008, de 8 de febrero de 2008²⁴ reconoce la habilitación de un ingeniero técnico de obras públicas para redactar un proyecto de urbanización, no considerando la necesidad de actuación de un facultativo superior.

II.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.

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.

²³ Recurso núm.70/2004.

²⁴ Recurso núm. 2041/2003

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 Profesionales²⁵, anteproyecto que, como se ha indicado antes en este Informe, ha sido finalmente retirado en abril de 2015.

II.5. 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 desarrollada por los ingenieros técnicos de obras públicas 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 LGUM²⁶.

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:

²⁵ IPN 110/13, véase página 25.

²⁶ “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*” para el desarrollo de una actividad (en este caso, para la suscripción de proyectos de naves industriales) puede considerarse como una modalidad de restricción de acceso a dicha actividad.

En el Informe de fecha 29 de junio de 2015 suscrito por el Arquitecto Municipal de Nerja y adjunto al requerimiento de dicho Ayuntamiento de 31 de julio se dice únicamente que

“La documentación aportada viene redactada por un Ingeniero Técnico de Obras Públicas, el cual según la Ley de Ordenación de la Edificación vigente carece de habilitación para obras de esta envergadura”.

Sin embargo:

- No se especifica si la falta de habilitación del facultativo firmante del proyecto se debe a su inadecuada especialidad técnica (tener la especialidad de obras públicas, en vez ingeniería industrial o, en su caso, arquitectura) o bien a su insuficiente grado o nivel de conocimiento sobre la materia (ser ingeniero técnico en vez de ingeniero superior).
- No se concreta ni motiva la presunta incompetencia del profesional con relación a la considerable “*envergadura*” del proyecto, cuestión únicamente apuntada pero no desarrollada en el Informe de 29.6.15. En otras palabras, no se razona si, por tratarse de una obra mayor, su proyecto debería ser redactado por técnico superior o bien, si, dentro las obras mayores, su elevada superficie lo aconsejaría.
- No se indica qué profesionales en concreto resultarían competentes, a juicio del facultativo municipal, para redactar este tipo de proyectos técnicos y los motivos para ello.

La “*reserva de actividad*” figura definida en el Informe de la CNMC de noviembre de 2013 al Anteproyecto de Ley de Servicios y Colegios Profesionales²⁷ 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*”²⁸.

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 podrán establecerse mediante norma con rango de Ley cuando sea necesario por razones de interés general y de acuerdo con los principios de proporcionalidad y no discriminación²⁹.

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

Por tanto, tendrá que analizarse, en este supuesto concreto, si la exclusión de una concreta titulación o cualificación (ingeniería técnica de obras públicas) de la posibilidad de suscribir proyectos de naves industriales se efectúa de conformidad con lo previsto en los artículos 5 LGUM y 39bis LRJPAC.

²⁷ Véase página 5.

²⁸ Véase página 5 Nota 3.

²⁹ “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.”

En cuanto a la **necesidad** de la restricción impuesta por el Ayuntamiento de Nerja, 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 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 al que se ha hecho referencia en el apartado **II.4** del presente informe así como en la STS de 21 de diciembre de 2010 (RC 1360/2008).

Ninguno de los anteriores motivos del artículo 3.11, concurre en el caso planteado, debiendo haber ponderado el Ayuntamiento de Nerja en el expediente en cuestión:

- Las competencias exigidas para redactar proyectos básicos y de ejecución de naves industriales como la que resulta objeto de la solicitud de licencia.
- Las competencias atribuidas a los ingenieros técnicos de obras públicas por la Ley 12/1986, de 1 de abril, reguladora de las atribuciones profesionales de arquitectos e ingenieros técnicos, así como por el Decreto 148/1969, de 13 de febrero, sobre especialidades a cursar en Escuelas de Arquitectura e Ingeniería Técnica y los conocimientos técnicos específicos exigidos a la Orden CIN/307/2009, de 9 de febrero.
- La competencia y capacitación técnicas concretas del profesional actuante (ingeniero técnico de obras públicas y especialidad en construcción civil) en el expediente objeto de reclamación, derivadas de su titulación académica y experiencia profesional.

En cuanto a la **proporcionalidad** de la restricción impuesta, al no haberse motivado la concurrencia de razón alguna de interés general justificativa de la restricción, no cabe ni puede analizarse si ésta resulta o no proporcional al fin perseguido.

III. CONCLUSIONES

A juicio de esta Comisión:

1º.- La exclusión de los ingenieros técnicos de obras públicas de la redacción de proyectos de naves industriales por parte del Ayuntamiento de Nerja 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 así como del artículo 39bis de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

2º.- Dicha restricción debería haberse motivado, según indicábamos anteriormente también en nuestros Informes UM/028/14 de 19 de agosto de 2014, UM/034/14 de 5 de septiembre de 2014, UM/059/14 de 30 de octubre de 2014, UM/062/14 de 13 de noviembre de 2014 y UM/006/15 de 17 de febrero de 2015, 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 evitarse vincular una reserva de actividad a una titulación o a titulaciones concretas, optando por vincularla a la capacitación técnica del profesional que suscribe el proyecto técnico.

3º.- No habiéndose acreditado ni la necesidad ni la proporcionalidad de dicha exigencia, debe ésta considerarse contraria al artículo 5 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado.

4º.- En ésta y en futuras tramitaciones de licencias de obras en el Ayuntamiento de Nerja, deberían incluirse todos los profesionales capacitados, según sus conocimientos, para la firma de certificados técnicos, de acuerdo con los requisitos de necesidad y proporcionalidad del artículo 5 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado.