

INFORME DE FECHA 26 DE ENERO DE 2017 SOBRE LA RECLAMACIÓN PRESENTADA, AL AMPARO DEL ARTÍCULO 26 DE LA LEY 20/2013, DE 9 DE DICIEMBRE, DE GARANTÍA DE LA UNIDAD DE MERCADO, CONTRA LA EXIGENCIA POR PARTE EL INSTITUTO GALLEGO DE LA VIVIENDA DE LA TITULACIÓN EN ARQUITECTURA O ARQUITECTURA TÉCNICA PARA PROYECTAR UN ASCENSOR EN UN EDIFICIO DE VIVIENDAS Y DIRIGIR SU INSTALACIÓN (UM/022/17).

I. ANTECEDENTES Y OBJETO DEL INFORME

El día 18 de enero de 2017 han tenido entrada en el Registro de la Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado (SECUM) una reclamación de conformidad con lo previsto en el artículo 26 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado (LGUM), contra dos resoluciones del Instituto Gallego de la Vivienda en las que se deniega la subvención para la rehabilitación presentada por dos comunidades de propietarios de La Coruña.

En concreto, la reclamante, ingeniero técnico industrial, señala que las resoluciones denegatorias se fundamentan en que el informe de evaluación del edificio que se ha de acompañar a la solicitud no está firmado por técnico competente y, asimismo, en que el proyecto o memoria de las actuaciones de rehabilitación (la instalación de un ascensor) no está redactado por técnico competente.

Previamente, los solicitantes fueron requeridos para completar la solicitud. Entre la documentación requerida se incluía “la memoria técnica especificando las obras, realizado por técnico competente segundo LOE”.

En lo que respecta a la falta del informe de evaluación del edificio por la falta de competencia profesional de la persona que lo emitió, ha sido objeto de reclamación autónoma y de informe por parte de esta Comisión (UM/021/17).

II. CONSIDERACIONES

II.1) Valoración general sobre las reservas de actividad.

En el ámbito de la edificación para determinados usos, entre ellos el residencial en todas sus formas, la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación (LOE) contiene una reserva de actividad en sus artículos 10, 12 y 13 a favor de las personas que estén en posesión de los títulos de arquitecto y arquitecto técnico. En concreto, se reserva a los arquitectos la posibilidad de actuar como proyectistas y directores de obra, y a

los arquitectos técnicos la dirección de ejecución de obras de esa naturaleza, así como en proyectos que supongan la modificación con alteración de la configuración arquitectónica o con cambio de uso e intervención total en edificaciones sometidas a protección ambiental o histórico-artística.

La práctica de varias administraciones ha extendido esta reserva de actividad a otras actuaciones relacionadas con los edificios ya existentes, como la obtención de licencias de segunda ocupación, la tasación de inmuebles o la inspección técnica de edificios, situaciones todas ellas analizadas por esta Comisión en el marco de la emisión de informes en aplicación de la LGUM.

En todo caso, y en relación con las llamadas reservas de actividad, en especial en el ámbito de la edificación, tanto esta Comisión como la extinta Comisión Nacional de la Competencia, se han pronunciado en diferentes informes, como en el Informe sobre el sector de servicios profesionales y colegios profesionales¹, el Informe sobre los Colegios Profesionales tras la transposición de la Directiva de Servicios², el Informe, relativo a la reserva de actividad en relación con el Informe de Evaluación de Edificios, de 18 de diciembre de 2014 (INF/DP/0021/14)³ y diversos Informes de Proyectos Normativos, como el relativo al Anteproyecto de Ley de Servicios y Colegios Profesionales cuya tramitación quedó paralizada en abril de 2015 (IPN/110/13)⁴,

También en el ámbito de los procedimientos previstos en la LGUM, se han emitido varios informes⁵ en los que se concluye, en síntesis, que la exigencia de requisitos concretos de cualificación profesional por parte de las Administraciones Públicas para el desarrollo de una actividad concreta, constituye una restricción de acceso a la actividad económica y que dichas restricciones deberían haberse motivado en la salvaguarda de alguna razón

1

https://www.cnmc.es/Portals/0/Ficheros/Promocion/Informes_y_Estudios_Sectoriales/2008/col egios.pdf

2

https://www.cnmc.es/Portals/0/Ficheros/Promocion/Informes_y_Estudios_Sectoriales/2012/Informe%20Colegios%20Profesionales%20tras%20Directiva%20de%20Servicios.pdf

3

https://www.cnmc.es/Portals/0/Ficheros/Promocion/Informes_sobre_normativa/2014/201501_I NF_DP_0021_14_ReservaActividadIEE_.pdf

4

<https://www.cnmc.es/es-es/promoci%C3%B3n/informessobrenormativa.aspx?num=IPN+110%2F13&ambito=Informes +de+Propuestas+Normativas&b=&p=73&ambitos=Informes+de+Propuestas+Normativas&est ado=0§or=0&av=0>

⁵ Entre otros, UM/080/15, de 30 de noviembre de 2015, en un supuesto idéntico al ahora analizado; 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; UM/006/15, de 17 de febrero de 2015 y UM/055/15, de 3 de junio de 2016.

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 razonarse 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 concurra una razón imperiosa de interés general, debería evitarse vincular una reserva de actividad a una titulación o a titulaciones concretas y optar por relacionarla con la capacitación técnica del profesional.

Con carácter general, esta Comisión ya ha manifestado que la exigencia de determinados requisitos formativos para el ejercicio de una actividad profesional constituye una restricción a la competencia que, no obstante, podría estar justificada por razones de interés general. Ahora bien, debe evitarse incurrir en la restricción que consiste en excluir del ejercicio de una actividad a profesionales titulados con capacitación técnica suficiente para el ejercicio de dicha actividad. Este riesgo puede aparecer si las reservas de actividad se vinculan a titulaciones concretas. En su lugar, es preferible que las reservas de actividad, cuando deban existir sobre la base de criterios de necesidad y proporcionalidad, se subordinen a la capacitación técnica de los profesionales, que puede no ser exclusiva de una titulación universitaria sino de un elenco más amplio de ellas.

En sus informes, y también en el Informe de la extinta Comisión Nacional de la Competencia de 2012, sobre los Colegios Profesionales tras la transposición de la Directiva 2006/123/CE, se 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.

II.2) Análisis de la normativa.

Aunque el objeto del presente informe no es analizar la competencia de los ingenieros técnicos industriales para proyectos ascensores, si es necesario realizar una mención específica a la cuestión, en la medida en que sea necesario para el análisis de la necesidad y proporcionalidad de la restricción impugnada.

La Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, prevé en su artículo 2.3 que *“se consideran comprendidas en la edificación sus instalaciones fijas y el equipamiento propio, así como los elementos de urbanización que permanezcan adscritos al edificio”*.

Por su parte, el artículo 10.2.a, señala que, en todo caso y para todos los grupos de proyectos, en los aspectos concretos correspondientes a sus especialidades y competencias específicas, y en particular respecto de los

elementos complementarios a que se refiere el apartado 3 del artículo 2, como las instalaciones fijas y el equipamiento, podrán asimismo intervenir otros técnicos titulados del ámbito de la arquitectura o de la ingeniería, suscribiendo los trabajos por ellos realizados y coordinados por el proyectista. Dichas intervenciones especializadas serán preceptivas si así lo establece la disposición legal reguladora del sector de actividad de que se trate.

En todo caso, la LOE, y por lo tanto las reservas de actividad que contiene, son de aplicación a las obras de edificación. Tienen esa consideración las obras que necesitan proyecto:

- a) Obras de edificación de nueva construcción, excepto aquellas construcciones de escasa entidad constructiva y sencillez técnica que no tengan, de forma eventual o permanente, carácter residencial ni público y se desarrollen en una sola planta.
- b) Obras de ampliación, modificación, reforma o rehabilitación que alteren la configuración arquitectónica de los edificios, entendiéndose por tales las que tengan carácter de intervención total o las parciales que produzcan una variación esencial de la composición general exterior, la volumetría, o el conjunto del sistema estructural, o tengan por objeto cambiar los usos característicos del edificio.
- c) Obras que tengan el carácter de intervención total en edificaciones catalogadas o que dispongan de algún tipo de protección de carácter ambiental o histórico-artístico, regulada a través de norma legal o documento urbanístico y aquellas otras de carácter parcial que afecten a los elementos o partes objeto de protección.

Por lo tanto, la proyección de la instalación de ascensores, en la medida en que no altera la configuración arquitectónica del edificio en los términos expuestos, no estaría sujeto a la LOE.

El artículo 16.2 del Real Decreto 2291/1985, de 8 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Aparatos de Elevación y Mantenimiento de los mismos, en la redacción dada por el Real Decreto 560/2010, de 7 de mayo, por el que se modifican diversas normas reglamentarias en materia de seguridad industrial para adecuarlas a la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, y a la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, dispone que el proyecto de instalación de ascensores “*será redactado y firmado por un técnico titulado competente*”, sin especificar qué titulación concreta es la que otorga dicha competencia.

Por su parte, la Ley 12/1986, de 1 de abril, sobre regulación de las atribuciones profesionales de los Arquitectos e Ingenieros técnicos, dispone en su artículo 2.1, que corresponden a los Ingenieros técnicos, dentro de su respectiva especialidad, entre otras atribuciones profesionales:

- a) 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.
- b) La dirección de las actividades objeto de los proyectos a que se refiere el apartado anterior, incluso cuando los proyectos hubieren sido elaborados por un tercero.

El mismo precepto aclara que la facultad de elaborar proyectos se refiere a los de toda clase de obras y construcciones que, con arreglo a la expresada legislación, no precisen de proyecto arquitectónico, a los de intervenciones parciales en edificios construidas que no alteren su configuración arquitectónica, a los de demolición y a los de organización, seguridad, control y economía de obras de edificación de cualquier naturaleza.

II.3) Análisis del asunto desde la perspectiva 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 4 de la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público.

Como ya se ha expuesto en anteriores ocasiones al analizar la compatibilidad de las reservas de actividad con las libertades económicas, 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 proyección de ascensores en edificios de viviendas) puede considerarse como una modalidad de restricción de acceso a dicha actividad, entendiéndose por tal la *“exigencia de unos requisitos formativos para el ejercicio de una actividad profesional”*.

Por ello, debería evitarse vincular las reservas de actividad a titulaciones concretas en vez de a la capacitación técnica de los profesionales actuantes. En caso contrario, las autoridades competentes estarán imponiendo un límite a las garantías de las libertades económicas innecesario e injustificado.

En este sentido, ya se ha expuesto que la normativa aplicable se refiere al *“técnico competente”*, sin limitar las titulaciones que otorgaría dicha competencia.

En cuanto a la necesidad de la restricción, ésta debe motivarse 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.

Los actos contra los que se dirigen las reclamaciones parecen considerar al técnico firmante como no competente para redactar el proyecto de instalación del ascensor y dirigir su ejecución e interpretan la normativa vigente, que no reserva esa actividad expresamente a los arquitectos y arquitectos técnicos, pero que, al referirse al proceso edificatorio de viviendas, contendría idéntica reserva a su juicio. Es decir, dado que un edificio de uso residencial no puede ser proyectado ni su ejecución dirigida por un ingeniero, tampoco podría éste redactar proyectos relativos a sus instalaciones,

Sin perjuicio de que dicha conclusión pudiera no adecuarse al ordenamiento jurídico, como se ha expuesto, el argumento no puede compartirse desde la óptica de los principios de las garantías de las libertades económicas. La reserva de la actividad consistente en la proyección de edificios de viviendas y en la ejecución de sus obras de construcción, se fundamenta en evidentes razones de interés general, como la seguridad pública, la protección del medio ambiente o la salud de los consumidores. Sin embargo, la instalación de ascensores, cuando no suponen la modificación arquitectónica del edificio, no tiene idéntica incidencia en dichos motivos ni exige un conocimiento tan especializado de la normativa y de las técnicas constructivas que impida a otros profesionales realizarlo con las adecuadas garantías, sobre todo cuando esos mismos profesionales pueden proyectar ascensores en otros tipos de edificios.

En todo caso, y aunque en este supuesto concurriera alguna razón imperiosa de interés general, debería haberse evitado establecer una reserva de actividad a una titulación o a titulaciones concretas, con exclusión de todas las demás, y en su lugar, optar por vincularla a la capacitación técnica del profesional en cuestión.

Este es el criterio fijado por el Tribunal de Justicia de la UE al analizar la afectación de las reservas de actividad a la libre prestación de servicios en su Sentencia de fecha de 22 de enero de 2002 (asunto C-31/00), cuya doctrina se reitera en la posterior STJUE 16 de mayo de 2002 (C-232/99), en la que, en un litigio planteado por un ingeniero con conocimientos de edificación para poder ejercitar competencias reservadas a los arquitectos por la legislación nacional de un Estado miembro, exigió la necesidad de contrastar la titulación, aptitudes y experiencia del interesado con las competencias legales en cuestión.

Este análisis de las concretas competencias profesionales del técnico redactor del proyecto constituye una exigencia del principio de necesidad y proporcionalidad, pues el interés general protegido parece compatible con soluciones menos restrictivas al libre ejercicio de actividades económicas. Es por ello que el Instituto Gallego de la Vivienda hubiera debido ponderar:

- Las competencias exigidas para la redacción de proyectos de instalación de ascensores,
- 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 y el resto de normativa.
- La titulación, capacitación técnica y experiencia concretas de los profesionales actuantes.

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 de arquitecto o arquitecto técnico para la elaboración de informes de evaluación de edificios, 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 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 dicha exigencia en las resoluciones del Instituto Gallego de la Vivienda, debe considerarse contraria a la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado.