

INFORME DE FECHA 12 DE DICIEMBRE DE 2018, 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 EL ARTÍCULO 11 DEL DECRETO 29/2017, DE 17 DE MAYO, DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS, SEGÚN EL CUAL LOS INFORMES DE EVALUACIÓN DE EDIFICIOS SOLO PUEDEN SER REDACTADOS POR ARQUITECTOS O ARQUITECTOS TÉCNICOS (UM/062/18)

I. ANTECEDENTES Y OBJETO DEL INFORME

El día 8 de noviembre de 2018, tuvo entrada en la Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado (SECUM) escrito por el que un colegio profesional de ingenieros industriales presenta reclamación del artículo 28 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de unidad de mercado (LGUM) contra el artículo 11 del Decreto 29/2017, de 27 de abril, por el que se regula el Informe de Evaluación de los Edificios y se crea el Registro General de Informes de Evaluación de los Edificios del Principado de Asturias, publicado en el Boletín Oficial de dicha Comunidad nº 118 de 24 de mayo de 2017¹.

De acuerdo con el reclamante, la práctica del Principado de Asturias, que restringe la competencia para firmar IEE en edificios de viviendas de acuerdo con el citado art. 11, es contraria a la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado.

Por otro lado, el reclamante aporta en su escrito copia de la Sentencia nº 551/2018 del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 29 de junio de 2018, recaída en el procedimiento ordinario nº 553/2017, que desestima un recurso interpuesto contra el citado Decreto 29/2017, de 27 de abril y, subsidiariamente, contra el artículo 11.

En cumplimiento de lo previsto en el artículo 28.2 LGUM, la SECUM ha remitido solicitud de informe a esta Comisión.

II. CONSIDERACIONES

II.1) Valoración general de las llamadas “reservas de actividad” en la prestación de servicios profesionales a la luz de la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y de anteriores informes emitidos por esta Comisión.

1

<https://sede.asturias.es/portal/site/Asturias/menuitem.1003733838db7342ebc4e19110000f7/?vgnextoid=d7d79d16b61ee010VgnVCM1000000100007fRCRD&fecha=24/05/2017&refArticulo=2017-05669&i18n.http.lang=es>.

Con carácter general, a juicio de esta Comisión, la exigencia de determinados requisitos formativos como criterio de cualificación para el ejercicio de una actividad profesional o el acceso a una profesión regulada o titulada es una restricción a la competencia que tan solo podría estar justificada por razones de interés general, como se establece en el artículo 5.1 LGUM. Por ello debe evitarse incurrir en la infundada restricción que consiste en excluir del ejercicio de una actividad a profesionales con capacitación técnica suficiente para el ejercicio de dicha actividad.

Este riesgo puede aparecer si las reservas de actividad se vinculan a titulaciones académicas concretas. En su lugar, esta Comisión considera que 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 sino de un elenco más amplio de titulaciones.

Lo anterior es especialmente importante si se tiene en cuenta que, como ya se advertía en el Informe de la Comisión Nacional de Competencia (CNC) de 18 de abril de 2012, sobre los Colegios Profesionales tras la Transposición de la Directiva de Servicios², el Proceso de Bolonia *“ha dado lugar a la desaparición del “catálogo de titulaciones”, lo que abre las puertas para la innovación en la creación de nuevos títulos universitarios”*.

Con ello, señalaba esta Comisión, “se corre el riesgo de que las nuevas titulaciones que se creen, incentivadas por el Proceso de Bolonia, se encuentren con mercados acotados y reservas de actividad para otras titulaciones, lo cual puede tener básicamente dos efectos. El primero sería el retraimiento de las Universidades a la hora de proponer nuevas titulaciones, por considerar que éstas pudieran tener mayores problemas en el mercado laboral. El segundo efecto, más importante desde el punto de vista de la competencia, sería que las nuevas titulaciones buscaran su propia reserva de actividad y se fueran constituyendo así múltiples mercados acotados cada vez más reducidos, lo que afectaría negativamente a la competencia en los servicios profesionales.”

De esta manera, para esta Comisión, las reservas de actividades profesionales actúan como barrera de entrada y limitan el número y la variedad de operadores en el mercado, es decir, limitan la competencia y la libre concurrencia en el mercado. Protegen al colectivo favorecido frente a la competencia de muchos otros operadores capacitados para realizar esas funciones y generan múltiples efectos negativos en términos de competencia, eficiencia y bienestar.

² Véase texto completo del Informe CNC de 18 de abril de 2012 en:

<https://www.cnmc.es/expedientes/e-2011-04>

En segundo lugar, las reservas de actividad reducen los incentivos de los operadores para aumentar su eficiencia, contribuyen a que existan ineficiencias productivas y dinámicas –en términos de innovación–, obstaculizan la aparición de nuevos modelos de negocio adaptados a la demanda y reducen la variedad y la elección para los consumidores.

En tercer lugar, las reservas de actividad, al restringir el ejercicio de actividades a ciertas profesiones, impiden que determinados operadores puedan aprovechar economías de alcance y de escala, lo que generaría ganancias de eficiencia y productividad. Al impedir que estos otros operadores puedan mejorar su eficiencia, el efecto adicional de la medida es aumentar el coste de estos operadores rivales de los profesionales con la titulación reservada y obstaculizar su capacidad de competir con ellos en otros mercados de la economía.

La excesiva fragmentación de funciones entre profesiones reduce el tamaño del mercado al determinar de forma artificial el rango de servicios que pueden ser provistos por cada profesional. Esta excesiva atomización en la provisión de servicios genera ineficiencias para los clientes que los demandan como *input* intermedio ya que éstos tienen que recurrir a múltiples proveedores en lugar de a uno solo.

Finalmente, la reserva de actividad limita la movilidad de los profesionales. En el marco normativo de la Unión Europea se establecen mecanismos para el mutuo reconocimiento de cualificaciones profesionales entre los Estados Miembros. La reserva de actividad en favor de profesionales con una titulación académica determinada constituye un obstáculo a la libre circulación de los profesionales entre los Estados miembros e impide el correcto funcionamiento del Mercado interior en la provisión de servicios transfronterizos, especialmente entre Estados miembros en los que el servicio profesional está regulado y aquéllos en los que no lo está.

En atención a los argumentos arriba expuestos, en los anteriores Informes de esta Comisión de referencia UM/028/14³ y UM/034/14⁴ o en el antes señalado

³ 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).

<https://www.cnmc.es/expedientes/um02814>.

⁴ 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).

Informe de la CNC, de 18 de abril de 2012, se efectúa una referencia crítica a las reservas de actividad existentes, especialmente (aunque no de forma exclusiva) entre arquitectos e ingenieros en el sector de la edificación.

En este sentido, a juicio de la CNMC, únicamente deberían imponerse reservas de actividad por razones imperiosas de interés general y siempre que se trate de una medida proporcionada a la razón invocada y al interés público que se pretende proteger. En caso de fijarse reservas profesionales, deberían vincularse a la capacidad técnica real del profesional y a su experiencia profesional, no limitándose a una titulación concreta sino a cuantas titulaciones acrediten un nivel adecuado de suficiencia técnica.

Esta concepción, reiterada en el Informe CNMC de Proyecto normativo 110/13, relativo al Anteproyecto de Ley de Servicios y Colegios Profesionales⁵ (cuya tramitación quedó paralizada en abril de 2015) está en consonancia con la postura del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), señalada en distintas sentencias, entre otras, en las SSTJUE de 22 de enero de 2002 (C-31/00),⁶ 7 de octubre de 2004 (C-255/01),⁷ de 8 de mayo de 2008 (C-39/07)⁸ y STJUE de 2 de diciembre de 2010 (C-422/09, C-425/09 y C-426/09).

<https://www.cnmc.es/node/345710>

⁵ IPN 110/13, véase página 25.

⁶ En la que resolvió lo siguiente: “[...] *El artículo 43 CE debe interpretarse en el sentido de que, cuando un nacional comunitario presenta a las autoridades competentes de un Estado miembro una solicitud de habilitación para ejercer una profesión cuyo ejercicio, según la legislación nacional, está subordinado a la posesión de un título o de una capacitación profesional, o a periodos de experiencia práctica, dichas autoridades están obligadas a tomar en consideración todos los diplomas, certificados y otros títulos, así como la experiencia pertinente del interesado, efectuando una comparación entre, por una parte, las aptitudes acreditadas por dichos títulos y dicha experiencia y, por otra, los conocimientos y capacitación exigidos por la legislación nacional, aun cuando se haya adoptado una directiva sobre el reconocimiento mutuo de diplomas respecto a la profesión de que se trate, pero la aplicación de esa directiva no permita el reconocimiento automático del título o títulos del solicitante*”.

⁷ En la que resolvió lo siguiente: “[...] *El artículo 11 de la Directiva 84/253 permite a un Estado miembro de acogida autorizar, para el ejercicio de la actividad de control legal de los documentos contables, a los profesionales que ya hayan sido autorizados en otro Estado miembro, sin exigirles que superen un examen de aptitud profesional, cuando las autoridades competentes del Estado miembro de acogida consideren que sus cualificaciones son equivalentes a las exigidas por su legislación nacional, conforme a dicha Directiva*”.

⁸ En la que se resolvió lo siguiente: “[...] *El Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva 89/48/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1988, relativa a un sistema general de reconocimiento de los títulos de enseñanza superior que sancionan formaciones profesionales de una duración mínima de tres años, por lo que respecta a la profesión de farmacéutico hospitalario, al no haber adoptado todas las medidas necesarias para adaptar su Derecho interno a lo dispuesto en dicha Directiva*”.

Recientemente, el Tribunal Supremo también ha aplicado estos mismos criterios en sus Sentencias nº 2765/2016 de 22 de diciembre de 2016 (Recurso 177/2013)⁹ y nº 1756/2017 de 16 de noviembre de 2017 (RC 2343/2015).¹⁰

II.2) Consideraciones relativas a las llamadas “profesiones reguladas”

A juicio de esta Comisión, la existencia de profesiones tituladas constituye una barrera a la entrada y al libre ejercicio de las profesiones, tal y como ya señaló la CNC en su Informe sobre el sector de servicios profesionales y colegios profesionales. En las recomendaciones de dicho informe se incluye la de romper la unión automática de la profesión y del título, sin perjuicio de que en algunos casos exista una razón de interés general que lo justifique, lo que debiera constituir en cualquier caso una situación excepcional.

En idéntico sentido, esta Comisión, mediante informes emitidos en el marco de procedimientos tramitados al amparo de los artículo 26 y 28 de la LGUM, ha reiterado que debe evitarse vincular una reserva de actividad justificada a una titulación o a titulaciones concretas, optando por relacionarla con la capacitación técnica del profesional.¹¹

⁹ En la referida Sentencia el Tribunal Supremo señaló: “*En definitiva, el técnico competente es el técnico competente técnicamente, que haya acreditado la cualificación necesaria para suscribir dichos certificados de eficiencia energética*”.

¹⁰ En la referida Sentencia el Tribunal Supremo señaló: “*No hay precepto legal que reserve a los titulados de Minas la competencia para firmar el certificado final de la obra. De una obra para la elaboración de cuyo proyecto la Comunidad de Madrid admite que tiene competencia un geólogo. La sentencia llega a esa conclusión después de examinar el artículo 117.2 y 3 de la Ley 22/1973 examen que le muestra que la legislación de Minas no se aplica a supuestos como el de autos de modo que ninguna razón hay para apartarse del principio libertad con idoneidad.*”

Los argumentos que la Comunidad de Madrid utiliza en este motivo no desvirtúan los fundamentos de la sentencia. Ni el Real Decreto 863/1985 hay precepto alguno que reserve a los titulados en Minas la dirección de una obra como esta –construir un pozo e instalar la maquinaria para elevar el agua- ni justifica la recurrente en casación que las Instrucciones Técnicas Complementarias que reproduce sean aplicables a un supuesto como este. Por el contrario, no rebate la interpretación de la sentencia sobre el ámbito de aplicación de la Ley 22/1973 en materia de aguas, extremo de capital importancia en el razonamiento que lleva al fallo.

Por lo demás, la insistencia del motivo en que las normas del Real Decreto 863/1985 tienen por objeto la seguridad e higiene en el trabajo y la prevención de los riesgos laborales, es decir la protección de quienes van a ejecutar los trabajos en que consiste la obra, tiene más que ver con su definición que con el certificado final de la que ya se ha ejecutado”.

¹¹ Concretamente, esta Comisión ha aplicado esta doctrina a: redacción de proyectos de naves industriales (Informe [UM/069/15](#) de 18 de noviembre de 2015); expedición de certificaciones técnicas para la obtención de licencias de segunda ocupación (véanse informes [UM/054/16](#) de 13 de mayo de 2016, [UM/063/16](#) de 15 de junio de 2016 y [UM/069/16](#) de 28 de junio de 2016); elaboración de Informes de Evaluación o Inspección Técnica de Edificaciones/ITES (véanse informes [UM/080/15](#), de 30 de noviembre, [UM/055/16](#) y [UM/119/16](#) de 3 de octubre de 2016 y de fecha 7 de marzo de 2018 [UM/13/18](#)); redacción de estudios de seguridad y salud (informe

Cuando la actuación de la autoridad competente crea la reserva profesional, rechazando la intervención del técnico facultado pero que no dispone de la titulación exigida, se incurre en una infracción de las libertades económicas garantizadas en la LGUM y, en concreto, en una vulneración de los principios de necesidad y proporcionalidad.

II.3) Sentencias de la Audiencia Nacional de 10 de septiembre y 31 de octubre de 2018 sobre reserva profesional y aplicación de la LGUM

En la sentencia la Audiencia Nacional de 10 de septiembre de 2018 (recurso Nº 16/2017, FD 6º), la primera recaída sobre reserva profesional en aplicación de la LGUM, la Audiencia Nacional exige una cumplida acreditación de la necesidad y proporcionalidad por parte de la Administración competente que restringe el ejercicio de una profesión técnica:

El conflicto así planteado supone analizar que con independencia de que la autoridad autonómica entiende que según su criterio ha aplicado de forma correcta la legislación aplicable, concurren los principios de necesidad, de proporcionalidad y de no discriminación previstos en la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado que aconsejan un análisis más abierto de lo que debe entenderse como requisitos concretos de cualificación profesional para el desarrollo de una actividad, pues en caso contrario, podría entenderse que vincular las reservas de actividad a titulaciones concretas en vez de a la capacitación técnica restringiría o limitaría el acceso a dicha actividad.

(...) el Instituto Gallego no ha acreditado que concurrieran razones de orden público, de seguridad pública, de protección del medio ambiente que justificasen una reserva de actividad a una titulación o titulaciones concretas, con exclusión de las demás, en lugar de optar por la vinculación a la capacitación técnica del profesional en cuestión.

Como hemos indicado los principios de necesidad y de proporcionalidad obligaban a motivar y a justificar la necesidad de exigir límites para el acceso a una actividad económica - en este caso para realizar el informe de evaluación técnica de los edificios, exigible a su vez para acceder a la subvención para la rehabilitación solicitada-, en la salvaguarda de alguna razón imperiosa de interés general y que de haberse interpretado de acuerdo con los principios

[UM/079/14](#), de 9 de enero de 2015); redacción de proyectos de instalaciones eléctricas de baja tensión (informe [UM/015/16](#), de 11 de febrero de 2016); redacción de proyectos para la construcción de piscinas (informe [UM/033/16](#) de 28 de marzo de 2016); realización de tasaciones periciales contradictorias de inmuebles en procedimientos de gestión tributaria (Informe UM/066/16 de 27 de junio de 2016); redacción y dirección de proyectos de acondicionamiento de locales comerciales (Informe [UM/074/16](#) de 1 de julio de 2016) o de reforma de oficinas bancarias (Informe [UM/045/15](#) de 31 de agosto de 2015); y al ejercicio de la profesión de “agente rehabilitador” de edificaciones (informe [UM/034/16](#) de 31 de marzo de 2016).

aludidos de necesidad y de proporcionalidad hubieran evitado la exclusión de otros técnicos capacitados técnicamente.

En la sentencia de 31 de octubre de 2018 (recurso nº 5/2017, FD 7º), que sigue la misma línea de la resolución anterior, se señala que:

Entendemos por ello, que no se justifican las razones invocadas por el Ayuntamiento pues no se advierte la existencia de una reserva legal a favor de arquitectos y arquitectos técnicos en la LOE para redactar los ITES y paralelamente, tampoco ha acreditado el Ayuntamiento de Bilbao, en virtud de los principios de necesidad y proporcionalidad que concurrieran razones de orden público, de seguridad pública, de salud pública o de protección del medio ambiente que justificasen tal reserva de actividad a aquellas titulaciones concretas, con exclusión de las demás, en lugar de optar por la vinculación a la capacitación técnica del profesional en cuestión. Criterio idéntico al que seguimos en la sentencia de 10 de septiembre de 2018, rec. 16/2017.

II.4) Marco jurídico en materia de competencias, titulaciones y colegios profesionales

En la actualidad sigue todavía vigente la Ley 2/1974, de 13 febrero, de Colegios Profesionales¹² (en adelante, LCP) y, aunque fue elaborado un Anteproyecto de Ley de Servicios y Colegios Profesionales, dicho Anteproyecto fue retirado.

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 y que fue incluida también en las Recomendaciones al Plan Nacional de Reformas 2017¹⁴.

¹² BOE 15 febrero 1974, núm. 40.

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).

¹⁴ En el apartado 17 de las Recomendaciones de 2017 (https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/2017-european-semester-country-specific-recommendations-commission-recommendations_-_spain-es.pdf) se dice textualmente lo siguiente:

La regulación de los servicios profesionales sigue siendo relativamente restrictiva. Se conceden derechos proteccionistas («actividades reservadas») de forma selectiva a algunos proveedores de servicios, excluyendo a otros con cualificaciones similares relevantes. En un gran número de profesiones existe el requisito de afiliación obligatoria a un colegio profesional. El nivel de restricción es mayor en España que en la media ponderada de la UE en el caso de los ingenieros civiles, arquitectos y guías turísticos.

Asimismo, en el “Informe sobre España 2018, un informe exhaustivo en lo que respecta a la prevención y la corrección de los desequilibrios macroeconómicos”¹⁵ elaborado por la Comisión Europea, se concluyó lo siguiente:

Las restricciones impuestas a los servicios profesionales son superiores a los niveles de la UE para distintas profesiones, por ejemplo, ingenieros civiles y arquitectos (Comisión Europea, 2017j). Aunque se han modificado los estatutos de determinadas profesiones reguladas, no se ha realizado ningún avance en la reforma de la regulación de los servicios profesionales. En particular, las disparidades entre comunidades autónomas en materia de inscripción en los colegios profesionales pueden entorpecer la libre circulación y la asignación eficiente de los correspondientes servicios en todo el territorio. Desde 2010 está pendiente la aprobación de una ley, según se prescribe en la disposición transitoria cuarta de la Ley 25/2009. La racionalización de la colegiación obligatoria es uno de los objetivos de la reforma pendiente.

Ahora bien, el artículo 3.2 de la LCP aún en vigor dispone:

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 de la 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 industriales, deberá acudirse a:

- La normativa específica en materia de informes de inspección o evaluación de edificios (IEE/ITEs)
- La normativa general en materia de edificación
- La normativa reguladora de la profesión de ingeniero industrial

¹⁵ COM (2018) 120 final, Bruselas, véase págs. 68 y 69.

<https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/2018-european-semester-country-report-spain-es.pdf>

II.5) Marco normativo de los informes de evaluación de edificios (IEE)

II.5.1. Marco de la Unión Europea

En el Considerando 28 de Directiva 2005/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de septiembre de 2005, relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales, se señala, con relación al ámbito de la construcción y edificación, que:

“Estas actividades, o algunas de ellas, pueden también ser ejercidas por otros profesionales, en particular por ingenieros, que hayan recibido una formación específica en el ámbito de la construcción o la edificación.”

Finalmente, en el Considerando 16 de Directiva 2012/27/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012 relativa a la eficiencia energética, tampoco se establece la obligación de disponer de una titulación determinada, sino que se habla de:

“...aprovechar las oportunidades de crecimiento y de empleo existentes en las actividades económicas especializadas y en los sectores de la construcción, así como en la fabricación de productos para la construcción y en actividades profesionales como la arquitectura, la consultoría y la ingeniería, los Estados miembros deberían crear una estrategia a largo plazo para después de 2020 destinada a movilizar inversiones en la renovación de edificios residenciales y comerciales para mejorar el rendimiento energético del parque inmobiliario”.

II.5.2. Anulación del marco normativo estatal por la Sentencia del Tribunal Constitucional nº 143/2017, de 14 de diciembre

Los informes de evaluación de edificios (IEE) se encontraban regulados por los artículos 29 y 30, así como por la disposición transitoria segunda y la disposición final primera, del Texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana (TRLSRU), aprobado por el Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 octubre.

De estos preceptos se desprendía que, además de los titulados profesionales para la redacción de proyectos o dirección de obras y dirección de ejecución de obras de edificación según la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación (LOE), dentro de los cuales estarían también incluidos los ingenieros además de los arquitectos y aparejadores, (*“cualquiera de las titulaciones académicas y profesiones habilitantes...”*) podían existir otros profesionales habilitados para expedir IEE, aunque los mismos debían acreditar dicha cualificación. El procedimiento y medios para la acreditación estaban sujetos a desarrollo reglamentario, que nunca se produjo.

Asimismo, el apartado 3 del artículo 30 del TRLSRU no exigía una titulación técnica concreta a los técnicos que suscriban certificaciones o informes sobre

la corrección de las deficiencias advertidas en un IEE/ITE, incluyendo una referencia genérica a “técnico competente” (“*las deficiencias que se observen en relación con la evaluación de lo dispuesto en el artículo 29.2 se justificarán en el Informe bajo el criterio y la responsabilidad del técnico competente que lo suscriba*”).

No obstante, la Sentencia del Tribunal Constitucional nº 143/2017, de 14 de diciembre (BOE nº 15 de 17.01.2018) ha anulado dicha regulación, por vulnerar competencias autonómicas, si bien la citada sentencia de la Audiencia Nacional de 31 de octubre de 2018 contiene unas precisiones relevantes sobre este aspecto en su fundamento 6:

Tras la anulación del artículo 30 del texto refundido de la Ley de suelo y rehabilitación urbana, y su Disposición final Primera, no existe norma legal del Estado que establezca las profesiones que pueden realizar ITES o regule las cualificaciones que deban tener éstos para la realización de las ITES. Por ello, no existe reserva legal de actividad a favor de ninguna profesión para realizar ITES.

Ahora bien, la anulación de ese precepto no significa que quede sin cobertura normativa la pretensión actora, pues las ITES constituyen un servicio sometido a la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el Libre Acceso a las Actividades de Servicios y su Ejercicio, en virtud de la cual el establecimiento de reservas de actividad debe justificarse en razones imperiosas de interés general, ser proporcional y no discriminatorio.

La necesidad implica que la restricción aparezca justificada por razones de orden público, seguridad pública, salud pública, protección del medio ambiente. La proporcionalidad implica que el régimen restrictivo sea el medio más adecuado para garantizar el objetivo que se persigue porque no existen otras medidas menos restrictivas que permitan obtener el mismo resultado. La no discriminación exige que el régimen restrictivo no discrimine directa ni indirectamente en función de la nacionalidad o del lugar de ubicación del domicilio social.

En el mismo sentido, la Ley 49/2015, de Procedimiento Administrativo Común, en su artículo 129, establece que las Administraciones Públicas en el ejercicio de la potestad reglamentaria actuarán de acuerdo con los principios de necesidad, eficacia, proporcionalidad, seguridad jurídica, transparencia, y eficiencia. En la exposición de motivos o en el preámbulo, según se trate, respectivamente, de anteproyectos de ley o de proyectos de reglamento, quedará suficientemente justificada su adecuación a dichos principios.

En virtud de los principios de necesidad y eficacia, la iniciativa normativa debe estar justificada por una razón de interés general, basarse en una identificación clara de los fines perseguidos y ser el instrumento más adecuado para garantizar su consecución.

A su vez, el principio de proporcionalidad, implica que la iniciativa que se proponga deberá contener la regulación imprescindible para atender la

necesidad a cubrir con la norma, tras constatar que no existen otras medidas menos restrictivas de derechos, o que impongan menos obligaciones a los destinatarios.

II.5.3. Marco normativo autonómico

El artículo 143.1 del Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de ordenación del territorio y urbanismo del Principado de Asturias, aprobado por Decreto Legislativo 1/2004¹⁶ no establece ninguna reserva profesional en materia de informes sobre el estado de las edificaciones:

Los concejos podrán imponer a los propietarios de toda construcción o edificación catalogada o protegida, así como, en cualquier caso, de antigüedad superior a treinta y cinco años la obligación de presentar cada cinco años un informe sobre el estado de los mismos, suscrito por técnico competente.

Y en el párrafo sexto del Preámbulo del propio Decreto 29/2017 se reconoce la inexistencia de una regulación específica en la Comunidad Autónoma sobre informes de edificios hasta la publicación de dicho Decreto:

Ante la inexistencia de una regulación autonómica específica, se hace preciso dotar a las Administraciones Públicas de un instrumento que facilite el control del cumplimiento del deber de conservar de los edificios, estableciendo la obligatoriedad para edificios de determinada antigüedad y condición de contar con un informe de evaluación de su estado, el Informe de Evaluación de los Edificios, creando en paralelo un registro en el que se inscriban dichos informes.

II.6) Marco regulador en materia de edificaciones

A juicio de esta Comisión, de la lectura conjunta de los artículos 2 y 10.2.a) de la LOE se desprende la existencia de una reserva legal a favor de los profesionales de la arquitectura únicamente para suscribir proyectos de nueva planta o bien de modificación sustancial, o sobre obras que afecten edificios protegidos (p.ej. por razones histórico-artísticas), siempre que las edificaciones estén destinadas a uso sanitario, religioso, residencial en todas sus formas, docente o cultural.

Fuera de los casos legalmente tasados (casos entre los que no se encuentran los IEE/ITEs), debe prevalecer siempre el principio de “libertad con idoneidad” del profesional técnico interviniente, principio que preside la doctrina del Tribunal Supremo, entre otras, en las anteriormente citadas Sentencias nº 2765/2016 de 22 de diciembre de 2016 (Recurso 177/2013) y nº 1756/2017 de 16 de noviembre de 2017 (RC 2343/2015).

¹⁶ BO. del Principado de Asturias 27 abril 2004, núm. 97, pág. 5906.

En la misma línea se ha pronunciado el Informe de la Autoridad de Competencia de la Comunitat Valenciana de 22 de junio de 2017¹⁷, en cuyas conclusiones (página 20) se recomienda que:

desde la Administración debería realizarse una interpretación de las normas que regulan el informe de evaluación de edificios (IEE) que favorezca la competencia efectiva entre los profesionales con capacidad técnica suficiente para realizar la actividad, y evitar aquellas interpretaciones que conlleven reservas de actividad en favor de determinadas titulaciones o limitaciones al ejercicio de otros profesionales que no recoge la propia legislación sectorial.

También ha dictaminado en igual sentido la Lehiaren Euskal Agintaritzza/Autoridad Vasca de la Competencia, en las conclusiones de su Informe de 21 de noviembre de 2017¹⁸ (véanse págs.17 a 18, apartados 64 a 69).

II.7) Normativa sobre competencias profesionales de los ingenieros industriales

Al haber sido presentada la reclamación del artículo 28 LGUM por un colegio de ingenieros industriales, deben analizarse las disposiciones sobre competencias de esta profesión.

El Decreto de 18 de septiembre de 1935¹⁹ atribuía a los ingenieros industriales competencias profesionales en materia constructiva, mientras que la Orden CIN/311/2009, 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 Industrial²⁰ prevé como competencias de estos profesionales los *conocimientos sobre construcción, edificación, instalaciones, infraestructuras y urbanismo*.

II.8) Análisis del asunto 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 4 de la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público.

17

<http://www.indi.gva.es/documents/161328267/162627523/2017.06.22.+Informe+Expte.+CDC++PRO+M+2+ +2016+INGENIEROS+SANTAPOLA.pdf/c9fe9d0e-95e7-4c7d-87d0-d7241a21522d>.

18

http://www.competencia.euskadi.eus/contenidos/informacion/informes/es_informes/adjuntos/248_INFORME_ITES_web_es.pdf

¹⁹ Publicado en la gaceta de Madrid, N.º 263 de 20 de septiembre de 1935.

²⁰ BOE núm. 42, de 18 de febrero de 2009 (https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2009-2740)

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 consistente en la emisión de IEEs 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 LGUM.²¹

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 se pronuncia el artículo 4 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP), que recoge los principios de intervención de las Administraciones Públicas para el desarrollo de una actividad.

La exigencia de requisitos concretos de *“cualificación profesional”* (disponer del título de arquitecto, aparejador o arquitecto técnico) para el desarrollo de una actividad (en este caso, redacción de IEEs) puede considerarse como una modalidad de restricción de acceso a dicha actividad en el sentido de los artículos 4 LRJSP y 5 LGUM.

Debe analizarse, en este supuesto concreto, si el contenido del artículo 11 del Decreto 29/2017 resulta contrario a los principios de necesidad y proporcionalidad del artículo 5 LGUM y 4 LRJSP.

²¹ *“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.”*

Artículo 11. —Técnicos evaluadores.

1. *El Informe lo redactará un técnico con la titulación de arquitecto, o arquitecto técnico o titulaciones equivalentes, sin perjuicio de lo que pudiera determinar la normativa básica del Estado en materia de competencias profesionales, debiendo garantizarse la independencia, imparcialidad y objetividad del Informe. Estos requisitos se exigirán igualmente a las entidades de control de calidad de la edificación u otras sociedades que pudieran redactar el Informe, que en todos los casos irá firmado por un técnico competente. Deberá identificarse cada firma con el correspondiente pie de firma, y se aportará declaración responsable de la titulación, copia compulsada del título, o cualquier otro documento acreditativo de la titulación.*

2. *La certificación energética podrá ser suscrita por un técnico diferente, de acuerdo con el Real Decreto 235/2013, de 5 de abril por el que se aprueba el procedimiento básico para la certificación de la eficiencia energética de los edificios.*

En primer lugar, se observa que la reserva profesional del artículo 11.1 del Decreto 29/2017 transcrito es más explícita, si cabe, que la contenida en dos preceptos impugnados ante la Audiencia Nacional por esta Comisión por la vía del artículo 27 LGUM: el artículo 7.4 del Decreto 67/2015 de la Generalitat catalana (UM/033/15) y el artículo 8 del Decreto 53/2018 de la Generalitat valenciana (UM/038/18 en relación con el UM/029/18):

<p>Artículo 8.1 Decreto 53/2018 De la Generalitat Valenciana (<u>UM/038/18</u> en relación con el UM/029/18)</p>	<p>Artículo 7.4 Decreto 67/2015 De la Generalitat de Catalunya (<u>UM/033/15</u>)</p>
<p><i>El IEEV.CV (Informe de Evaluación del Edificio de Viviendas de la Comunitat Valenciana) podrá ser suscrito tanto por personal técnico facultativo competente como, en su caso, por las entidades de inspección registradas que pudieran existir en las comunidades autónomas, siempre que cuenten con dicho personal. A tales efectos, se considera personal técnico facultativo competente a quien esté en <u>posesión de cualquiera de las titulaciones académicas y profesionales habilitantes para la redacción de proyectos o dirección de obras y dirección de ejecución de obras de edificación con uso residencial, según lo establecido en la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de ordenación de la edificación.</u></i></p>	<p><i>“La inspección técnica de los edificios de viviendas se ha de llevar a cabo por una persona <u>con titulación habilitante académica y profesional como proyectista, director/a de obra o director/a de ejecución de la obra en edificación residencial de viviendas, según lo que establece la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de ordenación de la edificación, que haya contraído y tenga en vigor el seguro de responsabilidad civil correspondiente, y que no incurra en ninguna incompatibilidad, prohibición o inhabilitación para el ejercicio profesional.</u>”</i></p>

En segundo lugar, la *necesidad* de la restricción del artículo 11.1 del Decreto 29/2017, sólo podría haberse fundado en 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 y experiencia técnica del profesional, según se indicaba ya en el Informe de la CNC de 2012 sobre los Colegios Profesionales tras la transposición de la Directiva Servicios, en línea con la doctrina del Tribunal de Justicia de la UE en sus SSTJUE de 22 de enero de 2002 -C-31/00- 7 de octubre de 2004 -C-255/01-, de 8 de mayo de 2008 -C-39/07- y STJUE de 2 de diciembre de 2010 -C-422/09, C-425/09 y C-426/09-)

En el caso concreto del artículo 11 del Decreto 29/2017, el legislador debería haber valorado:

- Las competencias técnicas exigidas para expedir los IEES
- Las competencias técnicas atribuidas a diversos profesionales, inclusive los ingenieros industriales, y no solo las competencias de Arquitectos y Arquitectos Técnicos
- La competencia, capacitación y experiencia técnicas específicas de cada profesional redactor y suscriptor de un IEE.

En este mismo sentido, el Informe de la Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado (SECUM) de 4 de diciembre de 2015²² señalaba que:

²²Véase:

<http://www.mineco.gob.es/stfls/mineco/economia/gum/ficheros/26.29ACTIVIDADESPROFESIONALESinformeevaluacionedificios.pdf>.

5.- Esta concreta reserva de actividad (emisión IEE), no ha pasado el test de necesidad (motivación en la necesaria salvaguarda de alguna razón imperiosa de interés general) y proporcionalidad (entre la razón invocada, y el medio de intervención seleccionado para la actividad concreta), no existiendo además otro medio menos restrictivo o distorsionador de la actividad económica. Sin bien es cierto que la regulación de la edificación, en lo que a capacitación del profesional se refiere, motiva su intervención en la seguridad pública, no consta que se haya realizado el análisis de proporcionalidad, que en este supuesto concreto se debería referir a la exigencia de capacitación o cualificación (expresada a través de la titulación, la formación o la experiencia) y la complejidad del proceso de evaluación de edificios. (...)

Por último, debería tenerse en cuenta la Doctrina del Tribunal Supremo según la cual la determinación del técnico competente ha de efectuarse teniendo en cuenta el proyecto concreto de que se trate y el nivel de conocimientos correspondiente a cada profesión. Es decir, la competencia en cada caso concreto deberá determinarse, además de por el contenido de las disciplinas cursadas en cada titulación, en función de la naturaleza y entidad del proyecto de que se trate. En este mismo sentido se ha pronunciado esta Secretaría en casos anteriores.

Por ello concluía que:

Es necesaria la revisión de la reserva de la actividad de emisión de Informes de Evaluación de Edificios conforme al principio de necesidad y proporcionalidad contenido en el artículo 5 de la LGUM.

En el mismo sentido que la SECUM se ha pronunciado esta Comisión, también sobre IEEs/ITES en sus anteriores Informes UM/137/16 de 28 de octubre de 2016²³ y UM/13/18 de marzo de 2018 así como en el anteriormente citado Informe UM/038/18 de 11 de julio de 2018²⁴.

En cuanto a la *proporcionalidad* de la restricción impuesta, al no concurrir razón imperiosa de interés general que justifique dicha restricción, no puede analizarse si ésta resulta o no proporcional al fin perseguido.

No obsta a este análisis el hecho de que haya recaído Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias nº 551/2018 de 29 de junio de 2018, dictada en el procedimiento ordinario nº 553/2017, que desestima la pretensión de nulidad del Decreto 29/2017, de 27 de abril, subsidiariamente, de su artículo 11.

Y ello porque la reclamación del artículo 28 LGUM, dado su amplio objeto, puede recaer sobre materias que hayan sido objeto de procedimiento judicial,

²³ <https://www.cnmc.es/node/345896>.

²⁴ <https://www.cnmc.es/node/369674>.

puesto que no se trata de un recurso alternativo a la vía administrativa (artículo 26 LGUM) ni tampoco de la interposición de un recurso judicial (artículo 27 LGUM) sino de únicamente, un mecanismo administrativo de “información” o “consulta”. Adicionalmente, cabe señalar que dicha resolución judicial no analiza la norma impugnada a la luz de los principios de la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado, ni de las normas y la jurisprudencia relativas a la necesidad y proporcionalidad de las medidas adoptadas en materia actividades profesionales y su ejercicio.

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, en los términos expresados en el artículo 11 del Decreto 29/2017, de 17 de mayo, del Principado de Asturias, 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) y el artículo 11.1.d de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.

2º.- Ni las leyes autonómicas en vigor aplicables al caso (artículo 143.1 del Texto Refundido de ordenación del territorio y urbanismo de Asturias, aprobado por Decreto Legislativo 1/2004), ni la normativa vigente sobre competencias técnicas y edificación (artículos 2, 10, 12 y 13 de la Ley 38/1999, de Ordenación de la Edificación) prevén expresamente esta restricción.

3º.- La restricción solo podría justificarse por 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 ello, 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, concurriendo una razón imperiosa de interés general, debería haberse evitado asociar una reserva de actividad a una titulación o a titulaciones concretas, optando por vincularla a la concreta capacitación y experiencia técnicas del profesional en cuestión, de acuerdo con la doctrina del Tribunal de Justicia de la UE en sus SSTJUE de 22 de enero de 2002 -C-31/00- 7 de octubre de 2004 -C-255/01-, de 8 de mayo de 2008 -C-39/07- y STJUE de 2 de diciembre de 2010 -C-422/09, C-425/09 y C-426/09-) y del Informe de la

Autoridad de Competencia de la Comunitat Valenciana de 22 de junio de 2017²⁵ así como del Informe de la Lehiaren Euskal Agintaritzza/Autoridad Vasca de la Competencia de 21 de noviembre de 2017²⁶.

No habiéndose acreditado, en este caso, la necesidad y, por lo tanto, no ser necesario el análisis relativo a la proporcionalidad de la restricción establecida por el Principado de Asturias, debe considerarse dicha restricción contraria a la LGUM, al limitar la concurrencia de profesionales cualificados en la elaboración de informes de evaluación de edificios.

4º.- Por todo ello, se recomienda a la autoridad autonómica la supresión de la restricción contenida en el artículo 11 del Decreto 29/2017, facilitando que todos los profesionales con capacitación técnica suficiente puedan emitir informes de evaluación de edificios, tal y como exige el artículo 5 LGUM y ha indicado recientemente la Audiencia Nacional en sus Sentencias de 10 de septiembre y 31 de octubre de 2018 (recursos números 16/2017 y 5/2017).

25

<http://www.indi.gva.es/documents/161328267/162627523/2017.06.22.+Informe+Expte.+CDC++PRO M+2+ +2016+INGENIEROS+SANTAPOLA.pdf/c9fe9d0e-95e7-4c7d-87d0-d7241a21522d>.

26

http://www.competencia.euskadi.eus/contenidos/informacion/informes/es_informes/adjuntos/248_INFORME_ITES_web_es.pdf