

INFORME DE 13 DE MARZO DE 2019 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, POR LA FALTA DE CONSIDERACIÓN POR PARTE DEL AYUNTAMIENTO DE PILAR DE LA HORADADA DE LOS INGENIEROS TÉCNICOS DE OBRAS PÚBLICAS COMO TÉCNICOS COMPETENTES PARA SUSCRIBIR CERTIFICADOS PARA LA OBTENCIÓN DE LICENCIAS DE SEGUNDA OCUPACIÓN DE VIVIENDAS (UM/016/19).

I. ANTECEDENTES

Mediante un escrito presentado el día 13 de febrero de 2019 en el Registro de esta Comisión, que fue remitido al Registro General del Ministerio de Economía, Industria y Competitividad, una persona particular, ingeniero técnico de obras públicas, ha planteado una reclamación al amparo del artículo 26 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado (LGUM) contra los informes técnicos del Ayuntamiento de Pilar de la Horadada (Alicante), de fecha 20 de septiembre de 2018 (expediente 233/2018/DR2OCUPA) y 4 de diciembre de 2018 (expediente y 323/2018/DR2OCUPA) por el que se informa desfavorablemente la segunda o posterior ocupación de vivienda solicitadas por la reclamante en nombre de sus propietarios, así como de la notificación de subsanación de fecha 10 de octubre de 2018 (expediente 252/2018/DR2OCUPA) en el mismo sentido tras otra solicitud con el mismo objeto.

A juicio de la reclamante, los citados actos son contrarios al artículo 5 de la LGUM porque vulneran el principio de necesidad y proporcionalidad, ya que suponen una restricción injustificada al ejercicio de una actividad económica. En concreto, al considerar que los ingenieros técnicos de obras públicas no son técnicos competentes para emitir los certificados para la obtención de licencias de segunda ocupación y reservar esta actividad a favor de los arquitectos y arquitectos técnicos, el ayuntamiento de Pilar de la Horadada estaría creando una barrera a la libre prestación de servicios profesionales por parte de otros técnicos cualificados.

Previa subsanación, la reclamación fue remitida a esta Comisión por la SECUM en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 26 LGUM el día 6 de marzo de 2019.

II. CONSIDERACIONES

II.1) Valoración general sobre las llamadas reservas de actividad en la prestación de servicios profesionales y en el acceso a las profesiones reguladas.

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 constituye

una restricción a la competencia que 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 de 2008 y en el Informe sobre el Anteproyecto de Ley 25/2009, de 22 de diciembre de 2009, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, 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, 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.

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 determinadas 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 arquitectos y obstaculizar su capacidad de competir con los arquitectos en otros mercados de la economía.

La excesiva fragmentación de funciones entre, por ejemplo, la arquitectura y la ingeniería, 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 ámbito europeo, el marco normativo comunitario establece 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 sus anteriores informes emitidos en el marco de la tramitación de las reclamaciones a la que se refiere el artículo 26 de la LGUM, o en los emitidos a la vista de las comunicaciones de obstáculos a las que se refiere el artículo 28 de la LGUM, en los que analiza esta cuestión, 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. Para la CNMC, debe evitarse vincular una reserva de actividad justificada a una titulación o a titulaciones concretas y optar por relacionarla con la capacitación técnica del profesional. 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 proporcionalidad¹.

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

¹ La anterior doctrina ha sido aplicada por esta Comisión en multitud de informes. Cabe citar, entre los más recientes, el [UM/048/18](#), sobre la suscripción de licencias de obras mayores, el [UM/057/18](#), relativo a la suscripción de certificados técnicos para la obtención de licencias de primera ocupación, o el [UM/04/19](#), sobre controversia entre arquitectos y arquitectos técnicos en materia de obras de adaptación.

profesional, no limitándose a una titulación concreta sino a cuantas titulaciones acrediten un nivel adecuado de suficiencia técnica.

Esta argumentación, presente en el Informe CNMC de Proyecto normativo 110/13, relativo al Anteproyecto de Ley de Servicios y Colegios Profesionales² (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](#)),³ 7 de octubre de 2004 ([C-255/01](#)),⁴ de 8 de mayo de 2008 ([C-39/07](#))⁵ y STJUE de 2 de diciembre de 2010 (C-422/09, C-425/09 y C-426/09).

El Tribunal Supremo también ha aplicado estos mismos criterios en sus Sentencias nº 2765/2016, de 22 de diciembre de 2016 (Recurso 177/2013)⁶ y nº 1756/2017 de 16 de noviembre de 2017 (RC 2343/2015).⁷

² IPN 110/13, véase página 25.

³ 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*”.

⁴ 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*”.

⁵ 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*”.

⁶ 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*”.

⁷ 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

Igualmente, la Audiencia Nacional ha tenido ocasión de pronunciarse en materia de reservas profesionales, de forma totalmente favorable a las tesis de esta Comisión, en las sentencias de 10 de septiembre, 31 de octubre y 28 de noviembre de 2018.

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

Por su parte, la sentencia de 31 de octubre de 2018 (recurso nº 5/2017, FD 7º), sigue la misma línea de la anterior y señala que:

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”.

“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”.

Los criterios de las anteriores sentencias han sido confirmados por la posterior Sentencia de 28 de noviembre de 2018 (recurso 757/2015, FD 10º):

“Como hemos relatado, el artículo 7.4 del Decreto 67/2015 no tiene amparo en ninguna norma con rango de ley; no obstante, debemos ahora examinar si la reserva a favor de los arquitectos y de los arquitectos técnicos para realizar los informes de la inspección técnica de los edificios de viviendas supone un obstáculo al ejercicio de la competencia en cuanto impide que puedan realizarse por otros profesionales igualmente cualificados. Análisis que debemos realizar atendiendo a la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado en cuyo artículo 9 se especifica que las autoridades administrativas, en sus actuaciones administrativas y al dictar disposiciones de carácter general que impliquen la regulación de una actividad económica o incidan en ellas, deben respetar los principios de no discriminación, de necesidad y de proporcionalidad. Y ello supone que, cuando se establezcan límites al acceso a una actividad económica o a su ejercicio, la autoridad administrativa que actúa en ejercicio de sus competencias deberá motivar su necesidad en la salvaguarda de alguna razón imperiosa de interés general comprendida 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. Y, además, deberá justificar que no existen otros medios menos restrictivos al libre ejercicio de las actividades profesionales. Principios recogidos en los artículos 3, 5 y 17 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado.

II.2) Análisis de la normativa de aplicación

II.2.1) 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 Profesionales (en adelante, LCP), al no haber prosperado el citado Anteproyecto de Ley de Servicios y Colegios Profesionales.

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 España⁸. También ha sido incluida en las Recomendaciones al Plan Nacional de Reformas 2017⁹.

Asimismo, en el “Informe sobre España 2018, un informe exhaustivo en lo que respecta a la prevención y la corrección de los desequilibrios macroeconómicos”¹⁰ 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.

El artículo 3.2 de la LCP dispone que será requisito indispensable para el ejercicio de las profesiones hallarse incorporado al Colegio Profesional correspondiente cuando así lo establezca una ley estatal. 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*”.

⁸ 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).

⁹ 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.

¹⁰ 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.2.2) Alcance de la reserva de actividad en el ámbito de la edificación residencial.

En lo que se refiere al marco regulador en materia de edificación, la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación (LOE), prevé en su artículo 10.2 que cuando el proyecto técnico tenga por objeto la *construcción* de edificios para, entre otros usos, el residencial, el arquitecto será el único profesional habilitado para realizarlo¹¹.

La citada disposición se refiere a la *construcción* de edificios, pero no contiene regulación alguna sobre la competencia profesional necesaria para acreditar la adecuación de los mismos y de sus viviendas a la normativa de aplicación en función del uso y características de los edificios.

De la misma manera, la LOE opta por reservar las actividades más complejas del proceso edificativo (las que requieren proyecto de edificación) a los profesionales de la arquitectura cuando se trata de edificios con determinados usos, como el residencial.

En concreto, la LOE exige proyecto para las siguientes obras:

- 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) Todas las intervenciones sobre los edificios existentes, siempre y cuando alteren su configuración arquitectónica, 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.

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 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 dichos proyectos se refieran a edificaciones destinadas

¹¹ Concretamente se efectúa una remisión a los usos indicados en el artículo 2.1.a) LOE, esto es, para los usos administrativo, sanitario, religioso, residencial en todas sus formas, docente y cultural.

a determinados usos (uso sanitario, religioso, residencial en todas sus formas, docente o cultural).

Fuera de estos casos legalmente tasados de reserva profesional, 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).

El Tribunal Supremo, en sus sentencias de 3 de julio de 2002 (RC 1637/1997) y 11 de julio de 2011 (RC 6294/2009), señala:

Es claro, pues, que existe entre los Arquitectos Superiores y los Arquitectos Técnicos, un ámbito de competencias concurrentes de proyección e intervención parcial de construcciones, sin reglas precisas ni claras de delimitación, dependiendo la competencia de esos profesionales de su capacidad técnica real para el desempeño de tales funciones proyectivas y ejecutivas de obras-- sentencias del Tribunal Supremo de 8 de julio de 1981 (RJ 1981, 3457) y 21 de octubre de 1987 (RJ 1987, 8685) , entre muchas otras--.

En una interpretación de ese artículo 2.2 de la Ley 12/86 , la jurisprudencia viene también declarando-- sentencias de 3 de octubre y 13 de diciembre de 1991 (RJ 1992, 358) , 7 de mayo de 1992 (RJ 1992, 4138) -- que la cuestión de la competencia profesional de los Arquitectos Técnicos, ha de resolverse atendiendo a la entidad de los estudios de la indicada carrera, señalando que su facultad de proyectar opera cuando se trata de obras que carecen de complejidad técnica constructiva, atendiéndose en todo caso a la suprema garantía de la seguridad por la que ha de velar la Administración, por lo que las dudas, tan numerosas y frecuentes, dada la ambigüedad de los términos legales definitorios de las competencias citadas, que puedan plantearse deben resolverse en el sentido de la búsqueda de la mayor seguridad y por tanto de la exigencia de la titulación propia de los estudios superiores.

Como puede apreciarse, la emisión de un informe sobre el cumplimiento de los requisitos básicos de utilización, accesibilidad y dotación, así como las exigencias básicas de habitabilidad de las viviendas, no exige proyecto de edificación, por lo que la reserva de actividad prevista en la LOE no es extensible a la actividad analizada.

II.2.3) Normativa sobre las competencias profesionales de los ingenieros técnicos de obras públicas.

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

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

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

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

Por su parte, las letra b) y c) del citado precepto dispone que a los ingenieros técnicos les corresponde 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 y la realización de mediciones, cálculos, valoraciones, tasaciones, peritaciones, estudios, informes, planes de labores y otros trabajos análogos.

En lo que se refiere a los ingenieros técnicos de obras públicas, 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 establece que los planes de estudios conducentes a la obtención de los títulos de Grado que habiliten para el ejercicio de la profesión de Ingeniero Técnico de Obras Públicas, deberán cumplir, además de lo previsto en el Real Decreto 1393/2007, de 29 de octubre, por el que se establece la ordenación de las enseñanzas universitarias oficiales, determinados requisitos, entre los que se incluyen las competencias que deben adquirir los estudiantes, tales como:

- Capacitación científico-técnica para el ejercicio de la profesión de Ingeniero Técnico de Obras Públicas y conocimiento de las funciones de asesoría, análisis, diseño, cálculo, proyecto, construcción, mantenimiento, conservación y explotación.
- Capacidad para proyectar, inspeccionar y dirigir obras, en su ámbito.
- Capacidad para el mantenimiento, conservación y explotación de infraestructuras, en su ámbito.

A la vista de dichas capacidades y del contenido de los planes de estudios de la titulación de ingeniero técnico de obras públicas, salvo motivada argumentación en contrario por la Administración competente basada en los principios de necesidad y proporcionalidad, permiten considerarlos cualificados para emitir las certificaciones exigidas junto con las declaraciones responsables para la segunda o ulterior ocupación de viviendas.

Además, hay que tener en cuenta que el objeto del informe técnico incluye aspectos tales como la dotación de instalaciones y suministros, el acceso a los servicios de telecomunicación, audiovisuales y de información, exigencias de

¹² STS de 29 de marzo de 1995.

ahorro de energía y de protección frente al ruido, entre otros, para cuya evaluación los ingenieros técnicos de obras públicas pueden estar plenamente capacitados.

II.2.4) Regulación autonómica de la actividad.

La Ley 3/2004, de 30 de junio, de la Generalitat, de Ordenación y Fomento de la Calidad de la Edificación, prevé en su artículo 33 de que transcurridos diez años desde la obtención de la primera licencia de ocupación será necesaria la renovación de la misma en los siguientes supuestos: a) Cuando se produzca la segunda o posteriores transmisiones de la propiedad y b) Cuando sea necesario formalizar un nuevo contrato de suministro de agua, gas o electricidad.

Para la obtención de las segundas o ulteriores licencias de ocupación, el artículo 34.2 de la citada Ley dispone:

2. Para obtener ulteriores licencias de ocupación, los propietarios deberán solicitarla al ayuntamiento, aportando certificado del facultativo competente de que el edificio o, en su caso, la parte del mismo susceptible de un uso individualizado, se ajusta a las condiciones que supusieron el otorgamiento de la primera o anterior licencia de ocupación a la que se solicita. Se aportará asimismo copia del Libro del Edificio correspondiente

La licencia municipal de ocupación es el acto que reconoce y ampara la aptitud para el uso de las edificaciones a las que se refiere esa ley, ya sea en su totalidad o en alguna de sus partes susceptibles de uso individualizado. Tiene por objeto comprobar la adecuación de la obra ejecutada al proyecto para el que fue concedida la licencia municipal de edificación. Para todas las edificaciones existentes, ya sea en su totalidad o en las partes susceptibles de uso individualizado, la licencia municipal de ocupación tiene por objeto comprobar la adecuación de las mismas a la normativa de aplicación, en función del uso y características de los edificios.

La licencia de segunda ocupación, por tanto, tiene por objeto comprobar que los edificios, o sus partes susceptibles de aprovechamiento individualizado, cumplen las exigencias previstas en la normativa.

En el caso de la Comunidad Valenciana, dicha normativa es el Decreto 151/2009, de 2 de octubre, del Consell, por el que se aprueban las exigencias básicas de diseño y calidad en edificios de vivienda y alojamiento, cuya disposición adicional Primera señala que cuando fuera necesaria la renovación de la licencia municipal de ocupación para aquellos edificios o viviendas destinados a uso principal de vivienda o alojamiento, dichos edificios o viviendas deberán ajustarse a los criterios y condiciones previstos en el propio decreto y en su desarrollo reglamentario.

El decreto tiene como objeto establecer las exigencias básicas de calidad de los edificios de vivienda y alojamiento previstas en la legislación de ordenación de

la edificación para satisfacer el cumplimiento de los requisitos básicos de utilización, accesibilidad y dotación, así como las exigencias básicas de habitabilidad no desarrolladas en el Código Técnico de la Edificación, aprobado por el Real Decreto 314/2006, de 17 de marzo.

La utilización o adecuación al uso se refiere a la aptitud de las viviendas y la conformidad para el uso para el que están previstas, de forma que la disposición y las dimensiones de los espacios, tanto en los edificios como en las viviendas, deberán facilitar la adecuada realización de las funciones previstas en ellos. Comprende, asimismo, previsiones sobre la disposición de los espacios básicos.

Las exigencias de accesibilidad son aquellas que permiten a las personas con movilidad reducida o limitación sensorial el acceso y la circulación por ellos, en los términos y condiciones previstas en la Ley 1/1998, de 5 de mayo, de la Generalitat, de Accesibilidad y Supresión de Barreras Arquitectónicas, Urbanísticas y de la Comunicación.

El decreto se refiere también a las exigencias de dotación de equipamiento, elementos auxiliares e instalaciones que permitan el desarrollo de las funciones y suministro necesarios, así como el acceso a los servicios de telecomunicación, audiovisuales y de información.

Finalmente, en lo que respecta a las exigencias de habitabilidad y seguridad, se remite, en cuanto a exigencias de seguridad estructural, seguridad en caso de incendio y seguridad de utilización, así como de salubridad, exigencias de ahorro de energía y exigencias de protección frente al ruido, a lo establecido en el Código Técnico de la Edificación y demás normativa de aplicación, aunque incluye determinadas exigencias de iluminación y ventilación.

El Decreto se remite a la Orden de desarrollo en lo que se refiere a las condiciones y parámetros cuyo cumplimiento asegure la satisfacción de las exigencias de calidad de las viviendas y de los edificios para alojamiento en el ámbito del decreto.

La Orden de desarrollo es la Orden de 7 de diciembre de 2009, de la Consejería de Medio Ambiente, Agua, Urbanismo y Vivienda, por la que se aprueban las condiciones de diseño y calidad en desarrollo del Decreto 151/2009 de 2 de octubre, del Consell, que aprueban las condiciones de diseño y calidad en edificios de vivienda y en edificios para alojamiento que se contienen en su Anexos I, así como las definiciones y los gráficos que constan en los Anexos II y III, respectivamente.

Por otra parte, la licencia de ocupación de una vivienda, o cédula de habitabilidad, se define en la normativa de la Comunidad Valenciana como el documento administrativo que acredita el cumplimiento de la normativa técnica sobre habitabilidad establecida por la Generalitat Valenciana, necesario para que cualquier clase de vivienda sea considerada apta a efecto de su uso residencial o de morada humana.

Su procedimiento de obtención está regulado en el Decreto 161/1989, de 30 de Octubre, del Consell de la Generalitat Valenciana, por el que se regula el procedimiento de expedición de las cédulas de habitabilidad, que regula el procedimiento para su obtención. Según su artículo 3.2, para el caso de viviendas de segunda o posterior ocupación, junto a la solicitud, se ha de acompañar, entre otra documentación, la *“Certificación expedida por técnico competente, visada por el respectivo Colegio Profesional, o, en su caso, por técnico de la Administración Municipal competente, que acredite que la vivienda cumple la normativa técnica de habitabilidad de la Generalitat Valenciana aplicable, y que no se trata de una edificación de nueva planta, con especificación de la clase de suelo en que la vivienda se ubica”*.

En cambio, en el caso de edificaciones de *nueva planta y primera ocupación* (que no es el caso analizado en este Informe, referido a segundas o posteriores ocupaciones de vivienda), el artículo 3.1.b) del Decreto 161/1989 sí exige certificación expedida por profesionales de la arquitectura, en concordancia con el artículo 10.2 LOE:

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

Por lo tanto, en relación con las segundas licencias de ocupación, la normativa no contiene una reserva de actividad a favor de ningún tipo de profesional, remitiéndose al “técnico competente”.

Las anteriores referencias normativas han de completarse con lo previsto en la Ley 5/2014, de 25 de julio, de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Paisaje, de la Comunidad Valenciana, en cuyo artículo 214.d) se sustituye el régimen de licencia por el de declaración responsable para la primera ocupación de las edificaciones y las instalaciones, concluida su construcción, de acuerdo con lo previsto en la legislación vigente en materia de ordenación y calidad de la edificación, así como el segundo y siguientes actos de ocupación de viviendas.

II.5) 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.

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

Por tanto, y siendo la actividad técnica certificadora desarrollada por los ingenieros técnicos 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 LGUM¹³.

En lo que se refiere al principio de necesidad y proporcionalidad, el artículo 5 de la LGUM los define de la siguiente manera:

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 o arquitecto técnico) para el desarrollo de una actividad (en este caso, para la expedición de certificaciones técnicas de habitabilidad de viviendas y edificios) puede considerarse como una modalidad de restricción de acceso a dicha actividad, entendiendo por tal la “*exigencia de unos requisitos formativos para el ejercicio de una actividad profesional*”.

Tal y como se ha expuesto, esta Comisión considera que debería evitarse vincular las reservas de actividad a titulaciones concretas en vez de a la capacitación técnica de los profesionales. El motivo de la anterior consideración es que, en caso contrario, las autoridades competentes estarán imponiendo un límite a las garantías de las libertades económicas innecesario e injustificado.

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, por remisión al mismo del artículo 5 LGUM. El citado artículo 3.11 define “razón imperiosa de interés general” como:

¹³ “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.”

“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.

Los actos contra los que se dirige la reclamación se limitan a considerar al técnico solicitante como no competente para la emisión de los certificados porque las viviendas habrían sido objeto de ampliaciones o modificaciones.

El argumento del Ayuntamiento de Pilar de la Horadada, como ya se ha expuesto, no puede compartirse desde la óptica de los principios de las garantías de las libertades económicas. La reserva legal de la actividad en el ámbito de 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 emisión de un informe sobre si una vivienda cumple las condiciones de habitabilidad no tiene idéntica incidencia en dichos motivos ni exige conocimientos sobre las técnicas constructivas que impidan a otros profesionales realizarlo con las adecuadas garantías. Solo si el contenido de la certificación exigiera de forma inevitable y justificada conocimientos técnicos propios del ejercicio de la arquitectura, podría exigirse que fueran emitidas por esos profesionales.

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:

... 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 períodos 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 y experiencia, y, por otra parte, 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.

Este análisis de las concretas competencias profesionales del técnico redactor es 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 Ayuntamiento hubiera debido ponderar:

- Las competencias exigidas para la expedición de la certificación de habitabilidad, según los criterios técnicos contenidos en el Decreto 151/2009, de 2 de octubre, de la Generalitat valenciana y en su Orden de desarrollo.
- 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 y el resto de normativa.
- La titulación, capacitación técnica y experiencia concretas de los profesionales actuantes en cada uno de los expedientes de obtención de licencia de segunda ocupación que le sean sometidos.

III. CONCLUSIONES

A juicio de esta Comisión:

1º.- La exigencia de requisitos concretos de cualificación profesional por parte de las Administraciones Públicas para el desarrollo de una actividad concreta, como en este caso, la exigencia de la titulación arquitecto para la expedición de certificaciones técnicas, en particular, certificados de habitabilidad para la obtención de licencias de segunda ocupación de viviendas, constituye una restricción de acceso a la actividad económica en el sentido del artículo 5 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado (LGUM) así como del artículo 4 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

2º.- Dicha restricción no ha sido fundada por la Administración reclamada en ninguna de las razones imperiosas de interés general del artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, ni se ha justificado la inexistencia de otro medio menos restrictivo o distorsionador para la actividad afectada.

En todo caso, y aunque en este supuesto hubiera 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 y experiencia de cada profesional.

3º.- No habiéndose justificado ni la necesidad ni la proporcionalidad de la exigencia efectuada por el Ayuntamiento de Pilar de la Horadada, debe considerarse que los actos recurridos son contrarios al artículo 5 de la LGUM.

4º.- En el caso de que la autoridad competente no rectificase su criterio, y por los anteriores motivos, esta Comisión estaría legitimada para interponer contra la actuación administrativa el recurso especial al que se refiere el artículo 27 de la LGUM en relación con el artículo 127bis de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, y pedir su nulidad.