

INFORME DE 10 DE ABRIL DE 2019 SOBRE LA COMUNICACIÓN DE OBSTÁCULOS RELACIONADOS CON LA APLICACIÓN DE LA LEY 20/2013, DE 9 DE DICIEMBRE, DE GARANTÍA DE LA UNIDAD DE MERCADO, DE CONFORMIDAD CON SU ARTÍCULO 28, CONTRA EL CRITERIO DEL AYUNTAMIENTO DE BAZA Y JUNTA DE ANDALUCÍA EN RELACIÓN CON LOS TÉCNICOS COMPETENTES PARA EMITIR INFORMES PARA OBTENER LA CERTIFICACIÓN DE EDIFICACIONES EN SUELO NO URBANIZABLE A LOS EFECTOS DE SU DECLARACIÓN COMO ASIMILADAS AL RÉGIMEN DE FUERA DE ORDENACIÓN (UM/026/19).

I. ANTECEDENTES

El día 20 de marzo de 2019 ha tenido entrada en el Registro de la Secretaría del Consejo de la Unidad de Mercado (SECUM) una comunicación de obstáculos relacionados con la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado (LGUM), de conformidad con su artículo 28.

En concreto, el obstáculo denunciado consiste en la interpretación que efectúa el Ayuntamiento de Baza, que as vez asume un informe de la Secretaría General de Ordenación del Territorio y Sostenibilidad Urbana de la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio de la Junta de Andalucía, sobre la determinación de la cualificación profesional exigida para extender la certificación de edificaciones en suelo no urbanizable, a los efectos de su declaración como asimiladas al régimen de fuera de ordenación, prevista en el Decreto 2/2012, de 10 de enero.

La comunicación de obstáculos fue remitida a esta Comisión por la SECUM en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 26 LGUM.

II. CONSIDERACIONES

II.1) Alcance de la reserva de actividad prevista en la LOE.

La Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación (LOE), en sus artículos 10.2.a) y 12.3.a), reserva a los arquitectos la redacción de proyectos de edificios de uso residencial, así como la dirección de las obras para su construcción.

A juicio de esta Comisión, no resulta procedente la extensión de esta reserva de actividad a otras actividades relacionadas, y ello porque, con carácter general, las reservas de actividad por razón de la titulación académica constituyen una restricción a la competencia que crea ineficiencias y fragmentación en los mercados de prestación de servicios profesionales y perjudica, en última instancia, a las posibilidades de los consumidores de elegir otros proveedores de servicios.

En este mismo sentido, la Comisión Europea, en su informe sobre la prevención y corrección de los desequilibrios macroeconómicos de España del año 2019, de 27 de febrero de 2019, ha destacado la existencia de barreras innecesarias en la regulación de los servicios profesionales en nuestro país y señala que estas restricciones limitan la competencia, obstaculizan la movilidad de los profesionales y la asignación eficiente de los recursos, reducen el dinamismo de la economía y limitan así la competitividad. El informe señala que, de acuerdo con el índice de restricción del comercio de servicios del EEE de 2018 de la OCDE, el nivel de restricción que impone la regulación en España supera la media del mercado único en sectores como, entre otros, la arquitectura y la ingeniería.

Es por ello que, fuera de los casos en los que la reserva profesional es creada por una norma con rango de ley, debe prevalecer el principio de “libertad con idoneidad” del profesional técnico competente.

En este sentido se pronuncia el Tribunal Supremo en su jurisprudencia. Por ejemplo, en su Sentencia de 24 de mayo de 2011 (casación 3997/2007), en la que, en relación con los profesionales técnicos, y tras recordar la jurisprudencia relativa a las competencias de las profesiones tituladas, señala que la atribución de una actividad concreta a una profesión por motivos de su especificidad ha de ser valorada restrictivamente, pues frente al principio de exclusividad debe prevalecer el de libertad con idoneidad. Ello porque, al existir una base de enseñanzas comunes entre algunas ramas de enseñanzas técnicas, *“estas dotan a sus titulados superiores de un fondo igual de conocimientos técnicos que (...) permiten el desempeño de puestos de trabajo en los que no sean necesarios unos determinados conocimientos, sino una capacidad técnica común y genérica que no resulta de la situación específica obtenida sino del conjunto de los estudios que se hubieran seguido”*.

La prevalencia del principio de libertad de acceso con idoneidad sobre el de exclusividad o monopolio competencia ha sido reconocida también en las SSTS de 16 de octubre de 2007 (casación 6491/2002); 31 de octubre de 2010 (casación 4476/1999); 21 de diciembre de 2010 (casación 1360/2008); 10 de noviembre de 2008 (casación 399/2006) o 31 de diciembre de 2010 (casación 5467/2006), entre otras muchas, en las que se reconoce que las orientaciones actuales huyen de consagrar monopolios profesionales en razón exclusiva de la titulación académica y optan por dejar abierta la entrada a la actividad a cualquier titulado que acredite un nivel de conocimientos técnicos suficientes.

De otro lado, en el ámbito de la protección de los principios de garantía de la unidad de mercado previstos en la LGUM, y respecto de la exigencia de una concreta titulación para la prestación de servicios relacionados, por ejemplo, con edificaciones existentes, la CNMC ha informado en múltiples ocasiones en el sentido de considerar que esas reservas de actividad constituyen restricciones al libre acceso a actividades económicas que han de justificarse en razones imperiosas de interés general y ser proporcionadas a la protección buscada.

Este tipo de reservas profesionales también ha sido rechazado por la Audiencia Nacional en sus sentencias de 10 de septiembre de 2018 (recurso 16/2017), 31 de octubre de 2018 (recurso 5/2017) y 28 de noviembre de 2018 (recurso 757/2015), dictadas en procedimientos especiales en defensa de los principios de la LGUM instados por esta Comisión.

La Audiencia Nacional ha entendido que la aplicación del principio de necesidad y proporcionalidad aconseja 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”*.

De esta manera, en sus sentencias, la Audiencia Nacional reconoce que la reserva de actividades como las que son objeto del presente informe no tienen amparo en la LOE y que, por lo tanto, es necesario superar el test de necesidad y proporcionalidad para confirmar la validez de la restricción a esa actividad económica desde la perspectiva de las libertades de establecimiento y de prestación de servicios.

El criterio expuesto es el compartido por el Tribunal de Justicia de la UE al analizar la afectación de las reservas de actividad a la libre prestación de servicios. Así, por ejemplo, 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.

II.2) Normativa aplicable.

La Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía, se refiere en su Disposición adicional decimoquinta al régimen complementario del reconocimiento de asimilación al régimen de fuera de ordenación aplicable a las edificaciones aisladas de uso residencial situadas en una parcelación urbanística en suelo no urbanizable para las que haya transcurrido la limitación temporal de seis años prevista en su artículo 185.1, en el caso de parcelaciones urbanísticas en terrenos que tengan el régimen del suelo no urbanizable.

Dicho régimen prevé que, para la declaración de asimilación al régimen de fuera de ordenación, se exigirán a las edificaciones las condiciones mínimas en materia de seguridad, salubridad, habitabilidad y calidad de las construcciones y edificaciones, y también en materia de protección del patrimonio urbanístico, arquitectónico, histórico, cultural, natural o paisajístico.

La Ley se remite a un desarrollo normativo por parte de la Consejería competente en materia de urbanismo por medio de una instrucción relativa a la aclaración de

la documentación técnica necesaria para la regularización de las edificaciones asimiladas a fuera de ordenación.

Esta regulación ha de completarse con el Decreto 2/2012, de 10 de enero, por el que se regula el régimen de las edificaciones y asentamientos existentes en suelo no urbanizable en la Comunidad Autónoma de Andalucía.

Dicha norma se refiere en su artículo 8 a las edificaciones en situación de asimilado al régimen de fuera de ordenación y regula en sus artículos 9 a 12 el procedimiento para el reconocimiento de esa situación.

A los efectos del presente informe, cabe señalar que el artículo 10 dispone que el procedimiento para el reconocimiento de las edificaciones se iniciará de oficio o mediante presentación de solicitud por la persona titular de la edificación dirigida al Ayuntamiento, acompañada de la documentación, suscrita por personal técnico competente, que acredite determinados extremos:

- Identificación del inmueble afectado, indicando el número de finca registral si estuviera inscrita en el Registro de la Propiedad y su localización geográfica mediante referencia catastral o, en su defecto, mediante cartografía oficial georreferenciada.
- Fecha de terminación de la edificación, acreditada mediante cualquiera de los documentos de prueba que se relacionan en el artículo 20.4.a) del Texto Refundido de la Ley del Suelo aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio.
- Aptitud de la edificación terminada para el uso a que se destina, mediante certificación que acredite que reúne las condiciones de seguridad, habitabilidad y salubridad.
- Descripción de las obras necesarias e indispensables para poder dotar a la edificación de los servicios básicos necesarios para garantizar el mantenimiento del uso de forma autónoma y sostenible o, en su caso, mediante el acceso a las redes, conforme a lo dispuesto en el artículo 8, apartados 4 y 5.

II.3) Análisis del asunto desde la perspectiva de los principios de necesidad y proporcionalidad.

La actividad técnica consistente en la elaboración de informes para el reconocimiento de la situación de asimilado al régimen de fuera de ordenación de edificaciones constituye una actividad profesional, por lo que le resulta de aplicación plena la LGUM.

Como punto de partida del análisis, debe señalarse que la exigencia de requisitos concretos de *“cualificación profesional”* (disponer del título de arquitecto) para el desarrollo de una actividad (en este caso, para redactar los informes necesarios para el reconocimiento de las edificaciones) se considera una modalidad de restricción de acceso a dicha actividad, en la medida en que impide a otros profesionales su ejercicio.

Tal y como se ha expuesto, esta Comisión considera que, de ser necesaria, debería evitarse vincular las reservas de actividad a titulaciones concretas en vez de a la capacitación técnica de los profesionales. El motivo 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.

En este caso, las actuaciones administrativas que constituye la barrera a la aplicación de los principios de garantía de la unidad de mercado no contienen una justificación al criterio restrictivo empleado, ni se remiten a la protección de ninguna razón imperiosa de interés general para establecer la reserva de actividad. Tan solo se limitan a interpretar, de forma errónea, el alcance de las reservas de algunas de las actividades del proceso constructivo contenidas en la LOE.

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 la aptitud de una edificación para destinarla a un uso residencial, es decir, analizar si cumple las condiciones de seguridad, habitabilidad y salubridad, no tiene idéntica incidencia en dichos motivos ni exige conocimientos sobre las técnicas constructivas que impidan a otros profesionales realizarlo con las adecuadas garantías para la preservación del interés protegido. 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.

Tampoco es equiparable una mera descripción de las obras necesarias e indispensables para poder dotar a la edificación de los servicios básicos necesarios para garantizar el mantenimiento del uso de forma autónoma y sostenible a su proyección o a la dirección de las obras necesarias para su ejecución.

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.

En el caso analizado, de acuerdo con el artículo 2.1.a) de la Ley 12/1986, de 1 de abril, los ingenieros técnicos son competentes para la redacción de proyectos

de construcción de edificios que queden comprendidos en la técnica propia de su titulación.

En lo que se refiere a los ingenieros técnicos agrícolas, la Orden CIN/323/2009, 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 Agrícola, dispone 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 Agrícola, 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:

- Capacidad para la preparación previa, concepción, 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 que por su naturaleza y características queden comprendidos en la técnica propia de la producción agrícola y ganadera (instalaciones o edificaciones, explotaciones, infraestructuras y vías rurales), la industria agroalimentaria (industrias extractivas, fermentativas, lácteas, conserveras, hortofrutícolas, cárnicas, pesqueras, de salazones y, en general, cualquier otra dedicada a la elaboración y/o transformación, conservación, manipulación y distribución de productos alimentarios) y la jardinería y el paisajismo (espacios verdes urbanos y/o rurales –parques, jardines, viveros, arbolado urbano, etc.–, instalaciones deportivas públicas o privadas y entornos sometidos a recuperación paisajística).
- Capacidad para dirigir la ejecución de las obras objeto de los proyectos relativos a industrias agroalimentarias, explotaciones agrarias y espacios verdes y sus edificaciones, infraestructuras e instalaciones, la prevención de riesgos asociados a esa ejecución y la dirección de equipos multidisciplinares y gestión de recursos humanos, de conformidad con criterios deontológicos.
- Capacidad para la redacción y firma de mediciones, segregaciones, parcelaciones, valoraciones y tasaciones dentro del medio rural, la técnica propia de la industria agroalimentaria y los espacios relacionados con la jardinería y el paisajismo, tengan o no carácter de informes periciales para Órganos judiciales o administrativos, y con independencia del uso al que este destinado el bien mueble o inmueble objeto de las mismas.
- Capacidad para la redacción y firma de estudios de desarrollo rural, de impacto ambiental y de gestión de residuos de las industrias agroalimentarias explotaciones agrícolas y ganaderas, y espacios relacionados con la jardinería y el paisajismo.

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

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 opciones menos restrictivas al libre ejercicio de actividades económicas.

III. CONCLUSIONES

A juicio de esta Comisión:

1º.- La exigencia de la titulación de arquitecto para redactar la documentación a la que se refiere el artículo 10 del Decreto 2/2012 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 y el artículo 11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.

2º.- Dicha restricción no está fundada 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 estando justificada ni la necesidad ni la proporcionalidad de la exigencia, debe considerarse que la actuación analizada constituye una infracción de los principios de garantía previstos en la LGUM, en especial en su artículo 5.