

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 CÓRDOBA 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/030/19).

I. ANTECEDENTES

El día 27 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.

El obstáculo denunciado consiste en la interpretación que efectúa el Ayuntamiento de Córdoba sobre 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, por el que se regula el régimen de las edificaciones y asentamientos existentes en suelo no urbanizable en la Comunidad Autónoma de Andalucía.

Según dicha interpretación, que el reclamante señala se reitera de forma sistemática por el citado Ayuntamiento, a cuyo efecto se remite copia de un requerimiento de la Gerencia de Urbanismo, de fecha 30 de abril de 2015 (expediente 4.1.14 002/2015), los arquitectos técnicos no son competentes para suscribir los informes técnicos necesarios para la finalidad descrita.

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 con el proceso constructivo, 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 “*calificación 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 necesarias éstas, 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 lo que se refiere a los arquitectos técnicos, de acuerdo con el artículo 2.2 de la Ley 12/1986, de 1 de abril, sobre regulación de las atribuciones profesionales de los Arquitectos e Ingenieros técnicos, corresponde a los arquitectos técnicos las atribuciones profesionales, entre otras, relativas a la redacción y firma de proyectos que tengan por objeto la construcción, reforma, reparación, conservación, demolición, fabricación, instalación, montaje o explotación de bienes muebles o inmuebles en sus respectivos casos, tanto con carácter principal como accesorio, de toda clase de obras y construcciones que no precisen de proyecto arquitectónico, a los de intervenciones parciales en edificios construidas que no alteren su configuración arquitectónica, a los de demolición y a los de organización, seguridad, control y economía de obras de edificación de cualquier naturaleza. También se les atribuye la dirección de las actividades objeto de dichos proyectos, incluso cuando los proyectos hubieren sido elaborados por un tercero o la realización de mediciones, cálculos, valoraciones, tasaciones, peritaciones, estudios, informes, planes de labores y otros trabajos análogos, todo ello en relación a su especialidad de ejecución de obras y con sujeción a las prescripciones de la legislación del sector de la edificación.

En lo que se refiere a los arquitectos técnicos, la Orden ECI/3855/2007, de 27 de diciembre, por la que se establecen los requisitos para la verificación de los títulos universitarios oficiales que habiliten para el ejercicio de la profesión de Arquitecto Técnico, dispone que los planes de estudios conducentes a la obtención de los títulos de Grado que habiliten para el ejercicio de la profesión de Arquitecto Técnico 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:

- Dirigir la ejecución material de las obras de edificación, de sus instalaciones y elementos, llevando a cabo el control cualitativo y cuantitativo de lo construido mediante el establecimiento y gestión de los planes de control de materiales, sistemas y ejecución de obra, elaborando los correspondientes registros para su incorporación al Libro del Edificio.
- Llevar el control económico de la obra elaborando las certificaciones y la liquidación de la obra ejecutada.
- Llevar a cabo actividades técnicas de cálculo, mediciones, valoraciones, tasaciones y estudios de viabilidad económica; realizar peritaciones, inspecciones, análisis de patología y otros análogos y redactar los informes, dictámenes y documentos técnicos correspondientes; efectuar levantamientos de planos en solares y edificios.
- Elaborar los proyectos técnicos y desempeñar la dirección de obras de edificación en el ámbito de su habilitación legal.

- Gestionar las nuevas tecnologías edificatorias y participar en los procesos de gestión de la calidad en la edificación; realizar análisis, evaluaciones y certificaciones de eficiencia energética, así como estudios de sostenibilidad en los edificios.
- Dirigir y gestionar el uso, conservación y mantenimiento de los edificios, redactando los documentos técnicos necesarios.

A la vista de dichas capacidades y del contenido de los planes de estudios de la titulación de arquitecto técnico, salvo motivada argumentación en contrario por la Administración competente basada en los principios de necesidad y proporcionalidad, cabe considerar a dichos profesionales técnicos cualificados para emitir los informes técnicos necesarios para la declaración de edificaciones existentes en suelo no urbanizable como asimiladas al régimen de fuera de ordenación.

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 que la prohibición que supone la actuación administrativa.

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 justificadas 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.

