

INFORME DE 28 DE MAYO 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, SOBRE RESERVA PROFESIONAL EN LA ELABORACIÓN DE INFORMES DE EVALUACIÓN DE EDIFICIOS (UM/042/19).

I. ANTECEDENTES

Mediante un escrito presentado el día 10 de mayo de 2019 en el Registro Electrónico del Ministerio de Economía y Empresa, un Colegio de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos 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 el Decreto 25/2019, de 2 de abril, por el que se regulan el Informe de Evaluación del Edificio y el Registro de Informes de Evaluación de Edificios en Castilla-la Mancha y se adoptan medidas en materia de vivienda protegida (Diario Oficial de Castilla-La Mancha nº 72 de 11 de abril de 2019¹).

A juicio del colegio reclamante, la imprecisa redacción del artículo 8 puede dar lugar a equívocos, y a que en su aplicación práctica se confunda la competencia profesional propia del técnico facultativo para la realización de los IEE, con la competencia profesional para la proyección edificaciones en los términos de los artículos 2 y 10 de la Ley 38/1999, de Ordenación de la Edificación (LOE). Ello resultaría contrario a los principios de necesidad y proporcionalidad del artículo 5 de la LGUM.

La reclamación fue remitida a esta Comisión por la SECUM, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 26.5 LGUM.

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.

¹

https://docm.castillalamancha.es/portaldocm/descargarArchivo.do?ruta=2019/04/11/pdf/2019_3625.pdf&tipo=rutaDocm.

Este riesgo puede aparecer si las reservas de actividad se vinculan a titulaciones académicas concretas. En su lugar, es preferible que las reservas de actividad, cuando deban existir sobre la base de criterios de necesidad y proporcionalidad, se subordinen a la capacitación técnica de los profesionales, que puede no ser exclusiva de una titulación sino de un elenco más amplio de titulaciones.

Para esta Comisión, las reservas de actividades profesionales actúan como barrera de entrada y limitan el número, la variedad de operadores y la libre concurrencia en el mercado, protegen a un colectivo frente a otros operadores capacitados y generan efectos negativos en términos de competencia, eficiencia y bienestar, impidiendo que determinados operadores puedan aprovechar economías de escala, lo que generaría ganancias de productividad.

A su vez, 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 elección para los consumidores.

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, esta Comisión, en 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, ha efectuado una referencia crítica a las reservas de actividad.

A juicio de esta autoridad, debe evitarse vincular una reserva de actividad a una titulación o a titulaciones concretas y optar por relacionarla con la capacitación técnica del profesional, de modo que cuando se crea una reserva profesional, rechazando la intervención de otro técnico facultado 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 proporcionalidad².

² 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, los de referencia [UM/057/18](#), [UM/016/19](#) o [UM/024/19](#) relativo a la suscripción de certificados técnicos para la obtención de licencias de primera o ulteriores ocupaciones, el [UM/04/19](#), sobre controversia entre arquitectos y arquitectos técnicos en materia de obras de adaptación, o los informes [UM/026/19](#) o [UM/030/19](#), sobre sobre la cualificación

En este sentido, 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 argumentación, presente en el Informe CNMC de Proyecto normativo 110/13, relativo al Anteproyecto de Ley de Servicios y Colegios Profesionales³, 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](#)),⁴ 7 de octubre de 2004 ([C-255/01](#)),⁵ de 8 de mayo de 2008 ([C-39/07](#))⁶ y STJUE de 2 de diciembre de 2010 (C-422/09, C-425/09 y C-426/09).

En parecidos términos se pronuncia el Tribunal Supremo en su jurisprudencia. La prevalencia del principio de libertad de acceso con idoneidad sobre el de exclusividad o monopolio competencia ha sido reconocida, entre otras, en sentencias 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), en las que se reconoce que las orientaciones actuales evitan

profesional exigida para obtener la certificación de edificaciones en suelo no urbanizable, a los efectos de su declaración como asimiladas al régimen de fuera de ordenación..

³ IPN 110/13, véase página 25.

⁴ 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*”.

⁵ 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*”.

⁶ 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*”.

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.

Cabe citar la 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”.

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 y también, en las más recientes de 21 de marzo y 15 de abril de 2019.

Por todas, señala la sentencia de 28 de noviembre de 2018 (recurso 757/2015, FD 10º):

“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.”

Finalmente, en el *“Informe sobre España 2019, con un examen exhaustivo en lo que respecta a la prevención y la corrección de los desequilibrios macroeconómicos”* elaborado por la Comisión Europea, se recoge una referencia a la necesidad de suprimir las restricciones que afectan a los servicios profesionales:

El carácter restrictivo y fragmentado de la regulación en España impide a las empresas aprovechar las economías de escala. Una aplicación más decidida de la Ley de garantía de la unidad de mercado y la supresión de las restricciones detectadas que afectan a los servicios profesionales mejorarían las oportunidades de crecimiento y la competencia en muchos sectores de servicios.

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. 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”*.

II.2.2) Alcance de la reserva de actividad en la disposición objeto de reclamación.

El tenor literal del artículo 8 del Decreto 25/2019, de 2 de abril, por el que se regulan el Informe de Evaluación de Edificio (IEE) y el Registro de Informes de Evaluación de Edificios en Castilla-la Mancha y se adoptan medidas en materia de vivienda protegida (Diario Oficial de Castilla-La Mancha nº 72 de 11 de abril de 2019⁷) es el siguiente:

Artículo 8. Capacitación para la elaboración del IEE.

1. El IEE podrá ser suscrito tanto por los técnicos facultativos competentes como, en su caso, por las entidades que ofrezcan servicios de elaboración de IEE, siempre que cuenten con dichos técnicos.

2. A estos efectos, se considera técnico facultativo competente el que esté en posesión de las titulaciones académicas y profesionales habilitantes para la redacción de proyectos o dirección de obras y dirección de ejecución de obras de edificación, según lo establecido en la normativa vigente de ordenación de la edificación, sin perjuicio de que el Certificado de Eficiencia Energética que forme parte del IEE pueda ser redactado por técnico facultativo competente distinto del autor de éste.

3. Cuando se trate de edificios pertenecientes a las Administraciones Públicas enumeradas en los apartados 1 y 2 del artículo 2 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, podrán suscribir los Informes de Evaluación, en su caso, los responsables de los correspondientes servicios

7

https://docm.castillalamancha.es/portaldocm/descargarArchivo.do?ruta=2019/04/11/pdf/2019_3625.pdf&tipo=rutaDocm.

técnicos que, por su capacitación profesional, puedan asumir las mismas funciones a que se refiere el apartado anterior.

Según la LOE, las titulaciones académicas y profesionales habilitantes para la redacción de proyectos o dirección de obras y dirección de ejecución de obras de edificación son las de arquitecto y arquitecto técnico cuando se trata de edificaciones de uso residencial, administrativo, sanitario, religioso, docente y cultural. Además, son también habilitantes para esas funciones del proceso de edificación las titulaciones académicas y profesionales de ingeniero o ingeniero técnico de acuerdo con sus respectivas especialidades y competencias específicas cuando se trate de edificaciones con usos distintos a los antes especificados.

Es por ello que el precepto analizado parece establecer una reserva a favor de cualquier titulación académica o profesional que habilite para redactar proyectos o dirigir obras y ejecución de obras de edificaciones de cualquier uso, es decir, indistintamente a favor de arquitectos, arquitectos técnicos, ingenieros o ingenieros técnicos.

En efecto, del apartado 2 del artículo transcrito parece no desprenderse, directamente, una reserva exclusiva y excluyente a favor de un determinado colectivo, a diferencia, por ejemplo, del artículo 7.4 del Decreto 67/2015 de la Generalitat catalana que dio lugar a la Sentencia de 28 de noviembre de 2018 dictada por la Audiencia Nacional (AN) y estimatoria del recurso nº 757/2015 interpuesto por esta Comisión (véase expediente [UM/033/15](#)⁸). Así, en dicho artículo 7.4, anulado por la Audiencia Nacional, se decía claramente que el profesional habilitado para redactar IEE era única y exclusivamente el titulado como proyectista o director de obra para edificaciones residenciales de viviendas:

“La inspección técnica de los edificios de viviendas se ha de llevar a cabo por una persona 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”.

Sin embargo, también es cierto que, como señala la reclamante, la ambigua y genérica redacción del artículo 8 podría dar lugar a interpretaciones restrictivas en cuanto a los profesionales capacitados para la redacción de IEE. Es decir, que podría entenderse que los IEE de edificios de uso administrativo, sanitario, religioso, residencial, docente y cultural solo podrían ser emitidos por arquitectos o arquitectos técnicos, que son quienes según la LOE pueden proyectarlos y dirigir y ejecutar sus obras.

⁸ <https://www.cnmcc.es/node/345706>.

En este sentido, debe recordarse que la Sentencia de la AN de 28 de noviembre de 2018 no anuló únicamente el inciso “*en edificación residencial de viviendas*” del artículo 7.4 del Decreto 67/2015 de la Generalitat de Catalunya, sino la totalidad del citado apartado, una vez que, en su Fundamento 10º la Audiencia Nacional constató que:

- En el proceso de construcción de los edificios de viviendas, objeto de la LOE, no se incluye la posterior inspección técnica.
- La Ley autonómica catalana 18/2007, de 28 de diciembre, sobre derecho a la vivienda, se remitía al “técnico” competente, con carácter genérico al referirse a los profesionales capacitados para redactar IEE.

II.2.3) Normativa sobre las competencias profesionales de los ingenieros de caminos, canales y puertos.

En el artículo 3 de la Orden CIN/309/2009, 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 de Caminos, Canales y Puertos, se reconoce expresamente a dichos profesionales:

Capacidad para el proyecto, ejecución e inspección de estructuras (puentes, edificaciones, etc.), de obras de cimentación y de obras subterráneas de uso civil (túneles, aparcamientos), y el diagnóstico sobre su integridad.

II.2.4) Regulación de la actividad.

A) En el ámbito estatal

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”).

La Sentencia del Tribunal Constitucional nº 143/2017, de 14 de diciembre (BOE nº 15 de 17.01.2018) anuló dicha regulación estatal, por vulnerar competencias autonómicas, pero no por razones de competencia profesional. Cabe señalar, no obstante, que la Audiencia Nacional de 31 de octubre de 2018 contiene unas precisiones relevantes en su fundamento 6 sobre este punto:

“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.”

B) En el ámbito autonómico

El artículo 138 de la Ley de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística de Castilla-La Mancha, aprobada por Decreto Legislativo 1/2010, de 18 de mayo⁹, no establece reserva profesional alguna en materia de IEE:

*1. Los propietarios de toda construcción o edificación catalogada o protegida, así como, en cualquier caso, superior a cincuenta años, deberán encomendar **a un técnico facultativo competente**, cada diez años, la realización del Informe de Evaluación del Edificio regulado en la normativa estatal y autonómica.*

2. Los informes técnicos que se emitan a resultas de las inspecciones deberán consignar el resultado de éstas, con el contenido que exija al efecto la normativa estatal y autonómica, y además con descripción de:

a) Los desperfectos y las deficiencias apreciados, sus posibles causas y las medidas recomendadas, en su caso priorizadas, para asegurar la estabilidad, la seguridad, la estanqueidad y la consolidación estructurales, así como para mantener o recuperar las condiciones de habitabilidad o de uso efectivo según el destino propio de la construcción o edificación, evaluando además las condiciones básicas de accesibilidad y el grado de eficiencia energética del edificio.

b) El grado de ejecución y efectividad de las medidas adoptadas y de los trabajos y obras realizados para cumplimentar las recomendaciones contenidas en el o, en su caso, los informes técnicos de las inspecciones anteriores.

La eficacia a efectos administrativos de los informes técnicos requerirá tanto su inscripción en el Registro Autonómico habilitado al efecto como su presentación ante el municipio correspondiente.

Los municipios podrán requerir de los propietarios la exhibición de los informes técnicos resultantes de las inspecciones periódicas y, caso de comprobar que éstas no se han realizado, ordenar su práctica o realizarlas en sustitución y a costa de los obligados.

Y el apartado 1 del artículo 9 del derogado Decreto 11/2015, de 11 de marzo¹⁰, que reguló los IEE en Castilla-La Mancha hasta la entrada en vigor del artículo 8 del vigente Decreto 25/2019 objeto de reclamación, también preveía la existencia de otros profesionales capacitados y acreditados para redactar IEE fuera del marco de la LOE:

El IEE podrá ser suscrito tanto por los técnicos facultativos competentes como, en su caso, por las entidades que ofrezcan servicios de elaboración de IEE, siempre que cuenten con dichos técnicos. A tales efectos, se considera técnico facultativo competente el que esté en 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, según lo

⁹ DO. Castilla-La Mancha 21 mayo 2010, núm. 97, pág. 24971.

¹⁰ DO. Castilla-La Mancha 17 marzo 2015, núm. 52, pág. 7453.

*establecido en la Ley 38/1999, de 5 de noviembre (RCL 1999, 2799) , de Ordenación de la Edificación, **o haya acreditado, según las normas de desarrollo de la legislación estatal básica, la cualificación necesaria para la realización del informe**, sin perjuicio de los técnicos competentes para la elaboración del Certificado de Eficiencia Energética regulado en el Decreto 29/2014, de 8 de mayo (LCLM 2014, 101) .*

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.

II.5.1.- Postura de la CNMC, SECUM y Audiencia Nacional sobre capacitación profesional para redactar Informes de Evaluación de Edificios (IEE).

Esta Comisión ya se ha pronunciado en diferentes ocasiones sobre la cuestión de la reserva de funciones a favor de diversos profesionales en el ámbito de la edificación y la vivienda en el marco de procedimientos especiales previstos en la LGUM. Y, concretamente, respecto a la elaboración de informes de inspección o evaluación técnica de edificaciones (IEE o ITE), pueden citarse, entre otros, los informes UM/021/17¹¹, UM/027/17¹², UM/126/17¹³, UM/013/18¹⁴, UM/016/19¹⁵ o UM/024/19¹⁶

En esos informes se ha concluido que 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 titulaciones asociadas a la construcción de nuevas edificaciones dentro del estricto marco de la LOE) constituye una restricción de acceso a la actividad económica en el sentido del artículo 5 de la LGUM y que dicha restricción debería haberse motivado en la salvaguarda de alguna razón imperiosa de interés general de entre las comprendidas en el artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio. Asimismo, también debería haberse razonado su proporcionalidad en relación con la razón imperiosa de interés general invocada, justificándose la inexistencia de otro medio menos restrictivo o distorsionador para la actividad afectada.

En todo caso, y aunque hubiese concurrido una razón imperiosa de interés general, debería haberse evitado realizar una reserva de actividad a una titulación o a titulaciones concretas y optar por vincularla a la capacitación técnica del profesional.

¹¹ <https://www.cnmc.es/node/356253>.

¹² <https://www.cnmc.es/node/356493>.

¹³ <https://www.cnmc.es/node/366617>.

¹⁴ <https://www.cnmc.es/node/367450>.

¹⁵ <https://www.cnmc.es/expedientes/um01619>

¹⁶ <https://www.cnmc.es/expedientes/um02419-0>

La Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado (SECUM), en sus informes sobre inspección o evaluación técnica de edificaciones, también ha señalado que la reserva de actividades profesionales debe realizarse de forma necesaria y proporcionada conforme a los artículos 5 y 17 de la LGUM e incluir a todos los profesionales capacitados según los conocimientos técnicos para su desempeño. Entre otros, así lo ha señalado en sus Informes 26/17010¹⁷, 26/17016¹⁸ y 28/1620¹⁹.

Finalmente, la Audiencia Nacional, en la Sentencia antes citada de 28 de noviembre de 2018 (recurso 757/2015) ha avalado expresamente la postura de CNMC y SECUM en el ámbito de los IEE.

II.5.2.- Análisis del caso.

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”*. Siendo la redacción de IEE una actividad profesional, le resulta plenamente de aplicación la LGUM.

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.

¹⁷

http://www.mineco.gob.es/stfls/mineco/economia/gum/casos_gum/26.99ACTIVIDADESPROFESIONALESIEEGalicia.pdf.

¹⁸

http://www.mineco.gob.es/stfls/mineco/economia/gum/casos_gum/26.98ACTIVIDADESPROFESIONALESInformedeevaluaciondeedificiosZalla.pdf.

¹⁹

http://www.mineco.gob.es/stfls/mineco/economia/gum/casos_gum/28.77ACTIVIDADESPROFESIONALESIEEAlmeria.pdf.

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 consistentes en disponer de uno de los títulos previstos en la LOE y asociados al proceso constructivo puede considerarse como una restricción de acceso, 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 ello 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:

“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 el caso analizado, y según lo expuesto, si la interpretación del artículo 8.2 del Decreto 25/2019 supone restringir los técnicos competentes para emitir los IEE de edificios de uso administrativo, sanitario, religioso, residencial en todas sus formas, docente y cultural a los arquitectos o arquitectos técnicos, se estaría produciendo una reserva de actividad contraria al principio de necesidad.

En todo caso, y aunque en este supuesto concurriera alguna razón imperiosa de interés general, debería evitarse 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.

III. CONCLUSIONES

A juicio de esta Comisión:

1º.- La redacción del artículo 8 del Decreto 25/2019, de 2 de abril, por el que se regulan el Informe de Evaluación del Edificio y el Registro de Informes de Evaluación de Edificios en Castilla-la Mancha y se adoptan medidas en materia de vivienda protegida, podría interpretarse como una exigencia de requisitos concretos de cualificación profesional (disponer de las titulaciones de arquitecto o arquitecto técnico) para emitir informes de evaluación de edificios de uso administrativo, sanitario, religioso, residencial, docente y cultural. Esta interpretación supondría 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.- De mantenerse esa interpretación, dicha restricción no habría sido 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 habría justificado la inexistencia de otro medio menos restrictivo o distorsionador para la actividad afectada. En todo caso, aunque 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.- En el caso de que una autoridad competente mantuviese la interpretación señalada, esta Comisión estaría legitimada para interponer contra los actos de aplicación del Decreto 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.