

INFORME DE 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 PRINCIPADO DE ASTURIAS DE LOS INGENIEROS DE MINAS COMO TÉCNICOS COMPETENTES PARA SUSCRIBIR INFORMES DE EVALUACIÓN DE EDIFICIOS

Expediente: UM/052/20

PLENO

Presidenta

D^a Cani Fernández Vicién

Vicepresidente

D. Ángel Torres Torres

Consejeros

D^a María Ortiz Aguilar

D. Mariano Bacigalupo Saggese

D^a María Pilar Canedo Arrillaga

D. Bernardo Lorenzo Almendros

D. Xavier Ormaetxea Garai

D^a Pilar Sánchez Núñez

D. Carlos Aguilar Paredes

D. Josep María Salas Prat

Secretario del Consejo

D. Joaquim Hortalà i Vallvé

En Madrid, a 30 de septiembre de 2020

I. ANTECEDENTES Y OBJETO DEL INFORME

Mediante un escrito presentado el día 04 de septiembre de 2020 en el Registro General del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital, un ingeniero de minas, 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 una Resolución de 2 de septiembre del Jefe de Sección de Supervisión de la Consejería de Servicios y derechos sociales del Principado de Asturias, recaída en el expediente IEE/2020/10955, por la que se viene a denegar la competencia de un Ingeniero de Minas para realizar un Informe de Evaluación de Edificios (IEE), declarando la competencia en exclusiva de los arquitectos para realizar este tipo de Informes.

A juicio del reclamante, dicha resolución resulta contraria al artículo 5 de la LGUM porque vulnera el principio de necesidad y proporcionalidad, ya que supone una restricción injustificada al ejercicio de una actividad económica. En concreto, al considerar que los ingenieros de minas no son técnicos competentes para emitir los IEE y reservar esta actividad a favor de los arquitectos y arquitectos técnicos, la comunidad autónoma asturiana estaría creando una barrera a la libre prestación de servicios profesionales por parte de otros técnicos cualificados.

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 sobre el sector de servicios profesionales y colegios profesionales 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.

Ha de señalarse que 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.

Asimismo, 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, la CNMC en sus anteriores informes emitidos en el marco de los artículos 26 y 28 de la LGUM, en los que

analiza esta cuestión, 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 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

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.

² IPN 110/13, véase página 25.

(C31/00)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.

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 (nº recurso 16/2017, FD 6º), 31 de octubre (nº recurso 5/2017, FD 7º) y 28 de noviembre de 2018 (nº

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 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”.

recurso 727/2015, FD 10º) y también, en las más recientes de 21 de marzo y 15 de abril de 2019.

Así, en la citada sentencia de la Audiencia Nacional de 10 de septiembre de 2018 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”.

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.

Ha de señalarse 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, fue objeto de recomendación del Consejo de la Unión Europea

en el marco del Plan Nacional de Reformas de España en los años 2014⁸ y 2017⁹.

En el “Informe sobre España 2018, 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.2.2) Alcance de la reserva de actividad en la resolución objeto de reclamación.

En el apartado c) (“Conclusión”) de la resolución objeto de reclamación, se fija una clara reserva de actividad en la emisión de IEE de edificios residenciales a favor de arquitectos y arquitectos técnicos, en los siguientes términos:

“La habilitación profesional para emitir informes de evaluación de edificios, viene determinada por las atribuciones competenciales que establece la LOE para la redacción de proyectos, dirección de obras o dirección de ejecución de obras de edificación. En el ámbito de los edificios destinados a usos residenciales, administrativos, sanitarios, religiosos, docentes y culturales (ámbito competencial exclusivo en la proyección y dirección de tales edificios por los arquitectos), la competencia, como ha señalado el Tribunal Supremo y la doctrina de los Tribunales Superiores de Justicia de manera reiterada, viene atribuida en exclusiva a los arquitectos y arquitectos técnicos.”

Los ingenieros e ingenieros técnicos, podrán emitir informes de evaluación de edificios, siempre que estos estén en el ámbito propio de su especialidad y de su titulación. Así, por ejemplo, un ingeniero industrial podrá emitir un informe de evaluación del estado de conservación de una nave o edificio industrial y las

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-specificrecommendations-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.

distintas Ingenierías dentro de sus especialidades técnicas correspondientes. Pero no están habilitados legalmente para emitir tales informes de evaluación de edificios en el ámbito competencial reseñado que corresponde en exclusiva a arquitectos y arquitectos técnicos.”

II.2.3) Alcance de la reserva de actividad en la Ley de Ordenación de la Edificación.

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 realizarlo¹⁰.

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 residencial¹¹.

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 históricoartísticas), siempre que dichos proyectos se refieran a edificaciones destinadas 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

¹⁰ 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.

¹¹ 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.

técnico interviniente, principio que preside la doctrina del Tribunal Supremo en las sentencias ya citadas anteriormente.

Como puede apreciarse, la emisión de un IEE no exige proyecto de nueva edificación o de modificación sustancial de una edificación preexistente, por lo que la reserva de actividad prevista en la LOE no es extensible a la actividad analizada.

En este sentido, debe recordarse que la Sentencia de la Audiencia Nacional de 28 de noviembre de 2018 (nº recurso 757/2015) anuló el artículo 7.4 del Decreto 67/2015¹² en el que se establecía una reserva a favor de los arquitectos y arquitectos técnicos para la realización de inspecciones técnicas en edificios de viviendas al constatar 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.2.4) Normativa sobre las competencias profesionales de los ingenieros de minas.

Dentro de las competencias técnicas de los ingenieros de minas previstas en la Orden CIN/310/2009, 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 Minas, se establece en su apartado 3 (“Objetivos”) que, para obtener el título, el estudiante deberá haber adquirido, entre otras, las siguientes competencias:

“Comprensión de los múltiples condicionamientos de carácter técnico, legal y de la propiedad que se plantean en el proyecto de una planta o instalación, y capacidad para establecer diferentes alternativas válidas, elegir la óptima y plasmarla adecuadamente, previendo los problemas de su desarrollo, y empleando los métodos y tecnologías más adecuadas, tanto tradicionales como innovadores, con la finalidad de conseguir la mayor eficacia y favorecer el progreso y un desarrollo de la sociedad sostenible y respetuoso con el medio ambiente.”

¹² Decreto 67/2015, de 5 de mayo, para el fomento del deber de conservación, mantenimiento y rehabilitación de los edificios de viviendas mediante las inspecciones técnicas y el libro del edificio.

II.2.5) Regulación estatal de los IEE.

Los informes de evaluación de edificios (IEE) se encontraban regulados en los artículos 29 y 30, disposición transitoria segunda y 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.

El TRLSRU contemplaba como titulados profesionales competentes para la redacción de proyecto o dirección de obras y dirección de ejecución de obras de edificación, no solo a los arquitectos y arquitectos técnicos, sino también a los ingenieros al establecer que 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”).

Ha de indicarse que, el Tribunal Constitucional, en su sentencia nº 143/2017, anuló dicha regulación estatal, por vulnerar competencias autonómicas, pero no por razones de competencia profesional.

Cabe señalar, no obstante, que la Audiencia Nacional, en su sentencia de 31 de octubre de 2018 (nº recurso 5/2017) contiene, en su fundamento jurídico sexto unas precisiones relevantes 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 39/2015, de Procedimiento Administrativo Común, en su artículo 129, establece que las Administraciones Públicas en el ejercicio de la potestad reglamentaria actuarán de acuerdo con los principios de necesidad, eficacia, proporcionalidad, seguridad jurídica, transparencia, y eficiencia. En la exposición de motivos o en el preámbulo, según se trate, respectivamente, de anteproyectos de ley o de proyectos de reglamento, quedará suficientemente justificada su adecuación a dichos principios.

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

A su vez, el principio de proporcionalidad, implica que la iniciativa que se proponga deberá contener la regulación imprescindible para atender la necesidad a cubrir con la norma, tras constatar que no existen otras medidas menos restrictivas de derechos, o que impongan menos obligaciones a los destinatarios”.

II.2.6) Regulación autonómica de los IEE.

El artículo 11 del Decreto asturiano 29/2017, de 17 de mayo, por el que se regula el Informe de Evaluación de los Edificios y se crea el Registro General de Informes de Evaluación de los Edificios del Principado de Asturias establece una reserva profesional favorable a los arquitectos y arquitectos técnicos en la redacción de IEEs, salvo en el supuesto de la certificación energética incorporada al mismo:

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

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

Debe señalarse que esta restricción profesional ha sido fijada no por ley sino por norma reglamentaria, puesto que en la Exposición de Motivos del Decreto autonómico 29/2017 se reconoce la inexistencia de regulación precedente sobre la materia, y tampoco figura en el Decreto Legislativo 1/2004, de 22 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de ordenación del territorio y urbanismo.

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.- Posición 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/021/17¹³, UM/027/17¹⁴, UM/126/17¹⁵, UM/013/18¹⁶ y UM/042/19¹⁷.

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

¹³ <https://www.cnmc.es/node/356253>.

¹⁴ <https://www.cnmc.es/node/356493>.

¹⁵ <https://www.cnmc.es/node/366617>.

¹⁶ <https://www.cnmc.es/node/367450>.

¹⁷ <https://www.cnmc.es/node/375310>.

titulación o a titulaciones concretas y optar por vincularla a la capacitación técnica del profesional.

La 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 26/17010¹⁸, 26/17016¹⁹ y 28/1620²⁰.

Finalmente, la Audiencia Nacional, en la Sentencia antes citada de 28 de noviembre de 2018 (nº recurso 757/2015) ha avalado expresamente la postura de CNMC y SECUM en el ámbito de los IEE, rechazando expresamente en su Fundamento Décimo la aplicabilidad de la supuesta doctrina del Tribunal Supremo a favor de la exclusividad profesional de arquitectos y arquitectos técnicos en la redacción de IEE, doctrina alegada también en la resolución de 02 de septiembre de 2020 objeto de la presente reclamación²¹. Dicha doctrina resulta inaplicable al referirse a supuestos de hecho anteriores a la entrada en vigor de la LGUM, cuyo artículo 9 obliga a interpretar todos los actos y disposiciones administrativas de acuerdo con sus principios:

“Asimismo, tampoco admitimos la justificación dada por la Generalitat de Cataluña de que el Tribunal Supremo y el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña han admitido esa reserva a favor de los arquitectos y de los arquitectos técnicos. Es lo cierto que las sentencias del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2015, rec.578/2014 y 9 de diciembre de 2014, rec. 4549/2012 no analizaron, a propósito del conflicto de atribuciones profesionales suscitado, la incidencia de la Ley 20/2013, de Garantía de la Unidad de Mercado en la restricción impuesta ni la legislación sectorial aplicable de acuerdo con LGUM, según exige su artículo 9. Es más, en la sentencia de 22 de diciembre de 2016, rec. 177/2013 al enjuiciar el Tribunal Supremo la legalidad del Real Decreto 235/2013, de 5 de abril, por el que se aprueba el procedimiento básico para la certificación de la eficiencia energética de los edificios, para la acreditación de los profesionales habilitados para suscribir certificados técnicos (en ese caso, de eficiencia energética) afirma que deberá tenerse en cuenta "la titulación, la formación, la exigencia y la complejidad del

18

https://www.mineco.gob.es/stfls/mineco/economia/gum/casos_gum/26.99ACTIVIDADES PROFESIONALESIEEGalicia.pdf

19

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

20

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

²¹ De hecho, la jurisprudencia más reciente es favorable a las tesis de los informes de UM (Sentencia del TS de 23 de junio de 2020- recurso casación nº 1371/2019)

proceso de certificación", sin reconocer la exclusividad de expedición de dichos certificados a favor de una titulación técnica en concreto".

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".

Por tanto, y siendo la actividad técnica de redacción de IEEs una actividad profesional, le resulta de aplicación plena la LGUM. Ello también se deriva de la lectura de la Exposición de Motivos de la propia LGUM²².

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 redacción de IEEs) puede considerarse como una modalidad de restricción de acceso a dicha actividad, entendiéndose por tal la "exigencia de unos requisitos formativos para el ejercicio de una actividad profesional".

²² "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."

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:

“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.”

La resolución impugnada se apoya en una doctrina del Tribunal Supremo que se considera aplicable al caso pero que, como se ha señalado antes, se refiere a supuestos de hecho anteriores a la LGUM y que, por ello, la propia Audiencia Nacional en el Fundamento Décimo de la Sentencia antes citada de 28 de noviembre de 2018 (recurso 757/2015) estima inaplicable al considerar que las disposiciones reglamentarias (inclusive, por tanto, también en este supuesto, el Decreto asturiano 29/2017, de 17 de mayo) deben interpretarse según los principios de la LGUM tal y como señala expresamente el artículo 9 LGUM.

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, precisamente, 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 la ya citada sentencia de fecha de 22 de enero de 2002 (asunto C-31/00). Esta doctrina del TJUE ha sido reiterada en la sentencia de 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 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 Principado de Asturias debería haber analizado:

- Las competencias exigidas para redactar el IEE, según los criterios técnicos contenidos en el Decreto asturiano 29/2017, de 17 de mayo.
- Las competencias atribuidas a los ingenieros de minas.
- La titulación, capacitación técnica y experiencia concreta del profesional actuante en el expediente administrativo de referencia.

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 o arquitecto técnico para la redacción de IEEs, constituye una restricción de acceso a la actividad económica en el sentido del artículo 5 de la (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.

Por otro lado, la doctrina del Tribunal Supremo -alegada por la Administración reclamada para justificar la reserva de actividad- no resulta de aplicación, al referirse a supuestos de hecho anteriores a la entrada en vigor de la LGUM, cuyo artículo 9 exige interpretar todos los actos y disposiciones administrativos según sus principios y articulado.

3º.- No habiéndose justificado ni la necesidad ni la proporcionalidad de la exigencia mencionada, debe considerarse que el acto reclamado resulta contrario 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 (LRJCA), y pedir su nulidad, y, en su caso, recurrir también el artículo 11 del Decreto asturiano 29/2017, de 17 de mayo, por el que se regula el Informe de Evaluación de los Edificios, con base al mecanismo de la impugnación indirecta de reglamentos prevista en el artículo 26 de la LRJCA.