
INFORME 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, CON REFERENCIA A LA DECLARACIÓN POR PARTE DEL AYUNTAMIENTO DE BENISSA DE QUE LOS CERTIFICADOS TÉCNICOS PARA LA OBTENCIÓN DE LICENCIAS DE SEGUNDA OCUPACIÓN NO PUEDEN SER SUSCRITOS POR INGENIEROS TÉCNICOS INDUSTRIALES

Expediente: UM/031/21

PLENO

Presidente

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 Maria Salas Prat

Secretario

D. Joaquim Hortalà i Vallvé

En Madrid, a 19 de mayo de 2021

I. ANTECEDENTES Y OBJETO DEL INFORME

Mediante escrito presentado el día 23 de abril de 2021 en el Registro General del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital, se 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 2021-1025 de fecha 16 de abril de 2021, dictado por el Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Benissa (Alicante), por el que se inadmite una declaración responsable de segunda ocupación y se declara que los ingenieros técnicos industriales no resultan competentes para suscribir los certificados técnicos en este tipo de trámites (licencias o declaraciones responsables de segunda ocupación).

A juicio del reclamante, la mencionada exigencia resulta contraria al artículo 5 LGUM, porque vulneran el principio de necesidad y proporcionalidad al

establecer indebidamente la exigencia de un requisito no previsto por el ordenamiento, concretamente, la titulación de arquitecto o arquitecto técnico para redactar los certificados técnicos necesarios para obtener las licencias de segunda ocupación.

Además, el reclamante denuncia que el Ayuntamiento ha adoptado su decisión con base a una circular remitida por el Colegio de Arquitectos de Alicante en la que se rechaza la competencia de los ingenieros para expedir esta clase de certificaciones técnicas.

El supuesto planteado es análogo al resuelto en el anterior informe de esta Comisión UM/026/21 de 21 de abril de 2021.

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.

A juicio de 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 de la Unión 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.

Como ha tenido ocasión de señalar esta Comisión anteriormente, 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 proporcionalidad¹.

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 está en consonancia con la jurisprudencia del Tribunal Supremo en la que se pone de manifiesto la prevalencia del principio de libertad de acceso con idoneidad sobre el de exclusividad o monopolio competencia², añadiendo que la atribución de una actividad concreta a una profesión por

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 Entre otras, 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)

motivos de su especificidad ha de ser valorada restrictivamente, pues frente al principio de exclusividad debe prevalecer el de libertad con idoneidad.

En esta misma línea se ha manifestado también la Audiencia Nacional³.

Finalmente, señalar que, a nivel comunitario, el Tribunal de Justicia de la UE, también se ha manifestado contrario a las limitaciones basadas en reservas de actividad⁴.

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 el ámbito 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

³ Por todas, Sentencia de 28 de noviembre de 2018 (recurso 757/18)

⁴ Por todas, Sentencia del TJUE de 7 de octubre de 2004 (C-255/01), en la que resolvió lo siguiente que, “[...] El artículo 11 de la Directiva 84/253 permite a un Estadomembro 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”.

de edificios para, entre otros usos, el residencial, el arquitecto será el único profesional habilitado para realizarlo⁵.

La LOE opta por reservar las actividades más complejas del proceso edificativo (las que requieren proyecto de edificación) a los profesionales de la arquitectura cuando se trata de edificios con determinados usos, como el residencial. En concreto, la LOE exige proyecto para las siguientes obras:

- a) Obras de edificación de nueva construcción, excepto aquellas construcciones de escasa entidad constructiva y sencillez técnica que no tengan, de forma eventual o permanente, carácter residencial ni público y se desarrollen en una sola planta.*
- b) Todas las intervenciones sobre los edificios existentes, siempre y cuando alteren su configuración arquitectónica, entendiéndose por tales las que tengan carácter de intervención total o las parciales que produzcan una variación esencial de la composición general exterior, la volumetría, o el conjunto del sistema estructural, o tengan por objeto cambiar los usos característicos del edificio.*
- c) Obras que tengan el carácter de intervención total en edificaciones catalogadas o que dispongan de algún tipo de protección de carácter ambiental o histórico-artístico, regulada a través de norma legal o documento urbanístico y aquellas otras de carácter parcial que afecten a los elementos o partes objeto de protección.*

De la lectura conjunta de los artículos 2 y 10.2.a) de la LOE se desprende la existencia de una reserva legal a favor de los profesionales de la arquitectura para suscribir proyectos de nueva planta o bien de modificación sustancial o sobre obras que afecten edificios protegidos (p.ej. por razones histórico-artísticas), siempre que dichos proyectos se refieran a edificaciones destinadas a determinados usos (uso sanitario, religioso, residencial en todas sus formas, docente o cultural).

Fuera de estos casos legalmente tasados de reserva profesional, debe prevalecer siempre el principio de “libertad con idoneidad” del profesional técnico interviniente, principio que preside la doctrina del Tribunal Supremo, entre otras, en las anteriormente citadas Sentencias nº 2765/2016 de 22 de diciembre de 2016 (Recurso 177/2013) y nº 1756/2017 de 16 de noviembre de 2017 (RC 2343/2015).

⁵ 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.

II.2.3) Regulación autonómica de la actividad.

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

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

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

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

La licencia de segunda ocupación, por tanto, tiene por objeto comprobar que los edificios, o sus partes susceptibles de aprovechamiento individualizado, cumplen las exigencias previstas en la normativa. Dicha normativa está constituida por Decreto 151/2009, de 2 de octubre, del Consell, por el que se aprueban las exigencias básicas de diseño y calidad en edificios de vivienda y alojamiento, y por su Orden de desarrollo en lo que se refiere a las condiciones y parámetros cuyo cumplimiento asegure la satisfacción de las exigencias de calidad de las viviendas y de los edificios para alojamiento en el ámbito del decreto.

En ninguno de dichos textos normativos, se establece una reserva de actividad a favor de un profesional concreto, remitiéndose, siempre y en todo caso al “técnico competente”.

II.2.4) Competencias profesionales de los ingenieros técnicos industriales.

El artículo 2.1.a) de la Ley 12/1986, de 1 de abril, sobre regulación de las atribuciones profesionales de los Arquitectos e Ingenieros técnicos, atribuye a los ingenieros técnicos industriales:

*La redacción y firma de **proyectos que tengan por objeto la construcción, reforma, reparación, conservación, demolición, fabricación, instalación, montaje o explotación de bienes muebles o inmuebles** en sus respectivos casos, tanto con carácter principal como accesorio, siempre que queden comprendidos por su naturaleza y características en la técnica propia de cada titulación.*

Por otro lado, la Orden CIN/351/2009, de 9 de febrero, que recoge las competencias de los ingenieros técnicos industriales, señala que se hallan capacitados para diseñar proyectos relativos a

*la **construcción**, reforma, reparación, conservación, demolición, fabricación, instalación, montaje o explotación de: **estructuras**, equipos mecánicos, instalaciones energéticas, instalaciones eléctricas y electrónicas, **instalaciones y plantas industriales** y procesos de fabricación y automatización.*

II.3) Análisis del asunto desde la perspectiva de los principios de necesidad y proporcionalidad del artículo 5 de la Ley 20/2013, de la LGUM, del artículo 4 de la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público, así como del principio de prohibición de intervención de competidores en los procedimientos de autorizaciones administrativas previsto en el artículo 18.2.g) LGUM.

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 redactar certificaciones para obtener licencias de segunda ocupación una actividad económica, le resulta de aplicación plena 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.

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.

Y en el artículo 17 LGUM se prevé que:

1. Se podrá establecer la exigencia de una autorización siempre que concurren los principios de necesidad y proporcionalidad, que habrán de motivarse suficientemente en la Ley que establezca dicho régimen. Cuando el régimen de autorización se exija por norma comunitaria o tratado internacional las autorizaciones podrán estar previstas en una norma de rango inferior a la Ley. Se considerará que concurren los principios de necesidad y proporcionalidad para la exigencia de una autorización:

a) Respecto a los operadores económicos, cuando esté justificado por razones de orden público, seguridad pública, salud pública o protección del medio ambiente en el lugar concreto donde se realiza la actividad, y estas razones no puedan salvaguardarse mediante la presentación de una declaración responsable o de una comunicación.

b) Respecto a las instalaciones o infraestructuras físicas necesarias para el ejercicio de actividades económicas, cuando sean susceptibles de generar daños sobre el medio ambiente y el entorno urbano, la seguridad o la salud pública y el patrimonio histórico-artístico, y estas razones no puedan salvaguardarse mediante la presentación de una declaración responsable o de una comunicación.

c) Cuando por la escasez de recursos naturales, la utilización de dominio público, la existencia de inequívocos impedimentos técnicos o en función de la existencia de servicios públicos sometidos a tarifas reguladas, el número de operadores económicos del mercado sea limitado.

d) Cuando así lo disponga la normativa de la Unión Europea o tratados y convenios internacionales, incluyendo la aplicación, en su caso, del principio de precaución.

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 este supuesto, la resolución reclamada declara la incompetencia de los ingenieros técnicos industriales para emitir este tipo de certificaciones no con base a una razón imperiosa de interés general sino, exclusivamente, fundándose en el siguiente motivo, tal y como sucedió también en el supuesto del anterior informe UM/026/21 de 21 de abril de 2021:

En fecha 10 de febrero de 2021 tiene entrada en este Ayuntamiento con número de registro de entrada 2021-E-RE-956, Circular del Colegio Territorial de Arquitectos de Alicante por medio del cual se nos informa de la competencia para la emisión de certificados necesarios para solicitar licencias de segunda ocupación, no siendo competentes los Ingenieros Técnicos Industriales.

Pues bien, el artículo 18.2.g) de la LGUM prohíbe expresa y terminantemente la aplicación de

g) Requisitos de naturaleza económica o intervención directa o indirecta de competidores en la concesión de autorizaciones, en los términos establecidos en las letras e) y f) del artículo 10 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.

Por su parte, en el artículo 10 f) de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, se aclaran los términos de la anterior prohibición:

f) Intervención directa o indirecta de competidores, incluso dentro de órganos consultivos, en la concesión de autorizaciones o en la adopción de otras decisiones de las autoridades competentes relativas al establecimiento para el ejercicio de una actividad de servicios, sin perjuicio de la actuación de colegios profesionales y consejos generales y autonómicos de colegios profesionales, como autoridades competentes, en el ámbito de las competencias que les otorga la ley. Esta prohibición se extiende a organismos como las cámaras de comercio y a los interlocutores sociales en lo que concierne al otorgamiento de autorizaciones individuales, pero esa prohibición no afectará a la consulta de organismos como las cámaras de comercio o de los interlocutores sociales sobre asuntos distintos a las solicitudes de autorización individuales, ni a una consulta del público en general.

Por tanto, la decisión del Ayuntamiento de Benissa, apoyándose en una Circular emitida por el Colegio de Arquitectos de Alicante, representante de un colectivo (arquitectos) competidor de los profesionales de la ingeniería, infringe claramente la prohibición del artículo 18.2.g) LGUM en relación con el artículo 10 f) de la Ley 17/2009.

Finalmente, y como ya se ha expuesto en este informe, ni la LOE ni la normativa autonómica aplicable recogen ninguna reserva legal a favor de los profesionales de la arquitectura para suscribir certificaciones técnicas con relación a la obtención de licencias de segunda ocupación. Así lo ha manifestado la Audiencia Nacional (sentencia de 15 de abril de 2019 (recurso 220/2016) y sentencias posteriores de 19 de febrero de 2021 (recursos 344/2016 y 12/2017) y esta Comisión en sus últimos informes sobre esta cuestión (UM/040/20, UM/75/20 y el ya citado UM/026/21).

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 de arquitectura para la expedición de certificaciones técnicas, en particular, certificados de habitabilidad para la obtención de licencias de segunda ocupación de viviendas, constituye una restricción de acceso a la actividad económica en el sentido del artículo 5 de la LGUM, así como del artículo 4 de la Ley 40/2015, de LRJSP.

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. El único fundamento o argumento que consta en la resolución reclamada es una circular del Colegio de Arquitectos de Alicante/Alacant, cuya aplicación resulta contraria a la prohibición de intervención de competidores en los procedimientos de autorizaciones, tal y como se desprende del artículo 18.2.g) LGUM en relación con el artículo 10 f) de la Ley 17/2009.

En todo caso, y aunque en este supuesto hubiera concurrido una razón imperiosa de interés general, debería haberse evitado vincular una reserva de actividad a una titulación o a titulaciones concretas, optando por vincularla a la capacitación técnica y experiencia de cada profesional.

3º.- No habiéndose justificado ni la necesidad ni la proporcionalidad de la exigencia efectuada por el Ayuntamiento de Benissa, debe considerarse que el

acto reclamado, además de vulnerar la prohibición del artículo 18.2.g) LGUM, resulta contrario al artículo 5 de la LGUM. Así lo ha manifestado la Audiencia Nacional (sentencia de 15 de abril de 2019 (recurso 220/2016) y sentencias posteriores de 19 de febrero de 2021 (recursos 344/2016 y 12/2017) y esta Comisión en sus últimos informes sobre esta cuestión (UM/040/20, UM/75/20 y UM/026/21).

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.