
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 EFECTUADA POR EL AYUNTAMIENTO DE ONIL DE QUE LOS CERTIFICADOS TÉCNICOS DE LAS DECLARACIONES RESPONSABLES DE SEGUNDA OCUPACIÓN DE VIVIENDAS DEBAN SER SUSCRITOS NECESARIAMENTE POR ARQUITECTOS O ARQUITECTOS TÉCNICOS

Expediente: UM/035/21

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 Maria Salas Prat

Secretaria

D.^a María Ángeles Rodríguez Paraja

En Madrid, a 2 de junio de 2021

I. ANTECEDENTES Y OBJETO DEL INFORME

Mediante escrito presentado el día 13 de mayo 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 un requerimiento de subsanación efectuado por el Ayuntamiento de Onil (Alicante) de 12 de mayo de 2021 por el que exige la presentación de un certificado suscrito por arquitecto o arquitecto técnico y se rechaza el certificado redactado por un ingeniero técnico industrial con relación a una declaración responsable de segunda ocupación de vivienda.

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.

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

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)

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

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”.

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.

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).

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.

En el caso de la Comunidad Valenciana, dicha normativa es el 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, cuya disposición adicional primera señala que cuando fuera necesaria la renovación de la licencia municipal de ocupación para aquellos edificios o viviendas destinados a uso principal de vivienda o alojamiento, dichos edificios o viviendas deberán ajustarse a los criterios y condiciones previstos en el propio decreto y en su desarrollo reglamentario.

Por otra parte, el Decreto 161/1989, de 30 de octubre, del Consell de la Generalitat Valenciana, regula el procedimiento de expedición de las cédulas de habitabilidad, que regula el procedimiento para su obtención. Según su artículo 3.2, para el caso de viviendas de segunda o posterior ocupación, junto a la solicitud, se ha de acompañar, entre otra documentación, la "Certificación expedida por técnico competente, visada por el respectivo Colegio Profesional, o, en su caso, por técnico de la Administración Municipal competente, que acredite que la vivienda cumple la normativa técnica de habitabilidad de la Generalitat Valenciana aplicable, y que no se trata de una edificación de nueva planta, con especificación de la clase de suelo en que la vivienda se ubica".

Por lo tanto, en relación con las segundas licencias de ocupación, la normativa no contiene una reserva de actividad a favor de ningún tipo de profesional, 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 LGUM y del artículo 4 de la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público.

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 concurran 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, el requerimiento de subsanación emitido por el Ayuntamiento de Onil el 12 de mayo de 2021 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 argumentando un presunto carácter “incompleto” del expediente administrativo (pese a contener el mismo un certificado suscrito por ingeniero técnico industrial) y apoyándose en la premisa incorrecta de la existencia de una reserva legal en la LOE que ya ha sido desestimada anteriormente en este informe:

En relación al mismo, observamos que la documentación viene incompleta, por lo que, para poder iniciar su tramitación, y sin perjuicio de que con posterioridad le fuere requerida documentación técnica tras ser evaluado el expediente por nuestros servicios técnicos, habrá de aportar la siguiente documentación:

- *Aportar el Certificado de Segunda Ocupación, firmado por Arquitecto o Arquitecto técnico, tal y como ordena el artículo 10 de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, en relación con el artículo 2.a) de dicha Ley.*

No obstante, 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 y así lo ha indicado expresamente la Audiencia Nacional en su sentencia de 15 de abril de 2019 (recurso 220/2016) así como en dos sentencias posteriores de 19 de febrero de 2021 (recursos 344/2016 y 12/2017).

En esta misma línea se ha pronunciado esta Comisión en sus últimos informes sobre esta cuestión, concretamente, en sus Informes UM/040/20 de 02 de septiembre de 2020⁶, UM/075/20 de 09 de diciembre de 2020⁷ y UM/026/21 de 21 de abril de 2021⁸.

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 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. Tampoco la LOE ni la normativa autonómica urbanística aplicable recogen restricción o reserva alguna de actividad en materia de expedición de certificados técnicos para obtener licencias de segunda ocupación.

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 Onil, debe considerarse que el acto reclamado resulta contrario al artículo 5 de la LGUM, habiéndolo señalado también esta Comisión así en otros supuestos muy similares en los anteriores informes UM/040/20 de 02 de septiembre de 2020⁹, UM/075/20 de 09 de diciembre de 2020¹⁰ y UM/026/21 de 21 de abril de 2021¹¹. Y en el mismo sentido de esta Comisión se ha pronunciado la Audiencia Nacional en su

⁶ <https://www.cnmc.es/node/382751>.

⁷ <https://www.cnmc.es/expedientes/um07520>.

⁸ <https://www.cnmc.es/node/387864>.

⁹ <https://www.cnmc.es/node/382751>.

¹⁰ <https://www.cnmc.es/expedientes/um07520>.

¹¹ <https://www.cnmc.es/node/387864>.

sentencia de 15 de abril de 2019 (recurso 220/2016) así como en dos sentencias posteriores de 19 de febrero de 2021 (recursos 344/2016 y 12/2017).