

INFORME SOBRE LA RECLAMACIÓN PRESENTADA, AL AMPARO DEL ARTÍCULO 28 DE LA LEY 20/2013, DE 9 DE DICIEMBRE, DE GARANTÍA DE LA UNIDAD DE MERCADO, CON REFERENCIA A LA EXIGENCIA POR PARTE DE LA GENERALITAT VALENCIANA DE QUE LA VERIFICACIÓN Y CONTROL EXTERNOS DE LAS CERTIFICACIONES DE EFICIENCIA ENERGÉTICA DE EDIFICIOS SEAN EFECTUADOS ÚNICA Y EXCLUSIVAMENTE POR ENTIDADES DE CONTROL Y NO POR TÉCNICOS INDEPENDIENTES

Expediente: UM/083/21

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

Secretario del Consejo

D. Miguel Bordiu García-Ovies

En Madrid, a 3 de noviembre de 2021

I. ANTECEDENTES Y OBJETO DEL INFORME

Mediante escrito presentado el día 7 de octubre de 2021 en el Registro General del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital, se ha informado, al amparo del artículo 28 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de mercado (LGUM), de la barrera al ejercicio de la actividad

económica consistente en la exigencia por parte de la Generalitat Valenciana de que la verificación y control externos de los certificados de eficiencia energética de edificios sea realizada, necesariamente, por entidades de control y no por técnicos independientes. (una vez hayan sido expedidos por técnicos competentes)

La SECUM ha dado traslado a la CNMC de la reclamación a los fines del artículo 28 de la LGUM.

II. OBJETO DE LA RECLAMACIÓN

Es objeto de reclamación el contenido del correo electrónico de 8 de septiembre de 2021, remitido por el Instituto Valenciano de Competitividad Empresarial (IVACE) a un particular, por el que se rechaza la posibilidad de que técnicos independientes puedan realizar el control y verificación externos de los certificados energéticos de edificaciones, una vez éstos hayan sido emitidos por técnicos competentes, atribuyéndose exclusivamente dicha competencia a las entidades de control.

El IVACE justifica esta exigencia en el hecho de que aún no se ha llevado a cabo el desarrollo reglamentario de los requisitos técnicos que han de cumplir los agentes de control externo para llevar a cabo la actividad de control y verificación de los certificados energéticos.

El reclamante estima que dicha reserva favorable a determinada forma jurídica (entidad de control) frente a los técnicos independientes no está prevista en el ordenamiento sectorial aplicable y resulta contraria a los principios de necesidad y proporcionalidad del artículo 5 LGUM, principios a los que está sujeta la actuación administrativa según el artículo 9 LGUM.

III. INCLUSIÓN DE LA ACTIVIDAD DE SERVICIOS TÉCNICOS EN EL ÁMBITO DE LA LGUM

El apartado b) del Anexo de la LGUM define las actividades económicas como: *“b) Actividad económica: 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”.*

La actividad ahora analizada, esto es, la prestación de servicios técnicos está incluida en el ámbito de aplicación de la LGUM, tal y como dispone el artículo 2¹ y ha confirmado la Audiencia Nacional en numerosas sentencias.

IV. ANÁLISIS DE LA RECLAMACIÓN DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA LGUM

En materia de acceso y ejercicio a las actividades económicas, el artículo 16 de la LGUM parte de un principio general de libre iniciativa económica: *“El acceso a las actividades económicas y su ejercicio será libre en todo el territorio nacional y sólo podrá limitarse conforme a lo establecido en esta Ley y a lo dispuesto en la normativa de la Unión Europea o en tratados y convenios internacionales”*.

Así pues, la libre iniciativa económica, que supone el libre acceso y ejercicio de la actividad, solo podrá limitarse, de forma excepcional, cuando exista una razón imperiosa de interés general que lo justifique, y cuando la limitación sea adecuada a dicha razón de interés general y sea asimismo la menos restrictiva posible, según el artículo 5 de la LGUM:

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.

Las razones imperiosas de interés general están previstas 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, en los siguientes términos: *“«Razón imperiosa de interés general»: 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*

¹ *“Esta Ley será de aplicación al acceso a actividades económicas en condiciones de mercado y su ejercicio por parte de operadores legalmente establecidos en cualquier lugar del territorio nacional.”*

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”.

Finalmente, a tenor del artículo 9 de la Ley las autoridades competentes deberán garantizar que respetan los principios de la LGUM en todas sus actuaciones:

1. Todas las autoridades competentes velarán, en las actuaciones administrativas, disposiciones y medios de intervención adoptados en su ámbito de actuación, por la observancia de los principios de no discriminación, cooperación y confianza mutua, necesidad y proporcionalidad de sus actuaciones, eficacia en todo el territorio nacional de las mismas, simplificación de cargas y transparencia.

2. En particular, garantizarán que las siguientes disposiciones y actos cumplen los principios citados en el apartado anterior:

a) Las disposiciones de carácter general que regulen una determinada actividad económica o incidan en ella.

b) Las autorizaciones, licencias y concesiones administrativas, así como los requisitos para su otorgamiento, los exigibles para el ejercicio de las actividades económicas, para la producción o distribución de bienes o para la prestación de servicios y aquellas materias que versen sobre el ejercicio de la potestad sancionadora o autorizadora en materia económica.

Por lo que se refiere a la reclamación objeto del presente informe, según se desprende del correo electrónico del IVACE, la Generalitat Valenciana viene rechazando los controles externos de certificados energéticos de edificaciones efectuados por técnicos independientes exigiendo, en cambio, la necesaria intervención de entidades de control de la calidad de la edificación.

Respecto al principio de “libertad con idoneidad” de los profesionales técnicos intervinientes, ha de indicarse que este principio preside la jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de competencias técnicas².

²Entre otras, en las 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).

Por otro lado, la Audiencia Nacional, en aplicación de los principios de necesidad y proporcionalidad de la LGUM, ha venido rechazando la existencia de reserva profesional en materia de informes técnicos de edificaciones (ITEs o IEEs)³, expedición de certificaciones técnicas para obtener licencias de segunda ocupación⁴, redacción de estudios geológicos o geotécnicos⁵ y proyectos de piscinas⁶.

Más específicamente, en relación con la exigencia de tener una determinada forma jurídica -en este caso, constituirse en entidad de control- para poder ejercer competencias técnicas, esta Comisión declaró en su Informe [UM/056/14](#) de 19 de noviembre de 2014 que no debería establecerse una distinción entre personas físicas o jurídicas a la hora de habilitar para la prestación de servicios técnicos (en ese caso concreto se trataba de servicios de tasación inmobiliaria):

*En particular, se debería fundamentar desde los principios de necesidad y proporcionalidad el requisito de homologación de las personas y entidades que prestan servicios de tasación de inmuebles. **En caso de que esta homologación u otra barrera al acceso similar se considere justificada, se deberá asegurar que los criterios no distingan entre personas físicas o jurídicas**, estableciendo en su caso criterios objetivos que minimicen la distorsión a la competencia y se encuentren basados en la independencia y en el deber de aplicar rigurosamente normas fiables de tasación que conduzcan a tasaciones realistas y fundamentadas de los inmuebles, así como a la obligación de suministrar al cliente una documentación suficiente.*

En un sentido análogo se pronunció la SECUM en su Informe 28/1444 de 23 de marzo de 2015.

En el supuesto objeto del presente informe, tanto el apartado 3 del artículo 11 del Real Decreto 390/2021, de 1 de junio, por el que se aprueba el procedimiento básico para la certificación de la eficiencia energética de los edificios⁷, como los

³ Entre ellas, la última Sentencia de 21 de octubre de 2020, PO 06/6/2018.

⁴ véanse las dos Sentencias más recientes de 19 de febrero de 2021, recursos 06/344/2016 y 06/12/2017.

⁵ Sentencia de 04 de marzo de 2021, recurso 06/02/2018.

⁶ Sentencia de 10 de mayo de 2021, recurso 06/07/2019.

⁷ *La ejecución del control se realizará por el órgano competente de la comunidad autónoma directamente o por agentes independientes autorizados para este fin. Los agentes autorizados serán organismos o entidades de control que cumplan los requisitos técnicos establecidos en el Real Decreto 410/2010, de 31 de marzo, (...), así como las entidades de*

artículos 5⁸ y 16 del Decreto autonómico valenciano 39/2015, de 2 de abril, del Consell, por el que se regula la certificación de la eficiencia energética de los edificios, establecen expresamente la posibilidad de que las funciones de control externo de las mencionadas certificaciones puedan ser llevadas a cabo por “técnicos competentes independientes”.

En cuanto al hecho de que los requisitos concretos exigibles a dichos “técnicos competentes independientes” no hayan sido aún desarrollados reglamentariamente por la Comunidad Autónoma, como indica el IVACE en su correo electrónico, no resulta admisible, y ello por tres motivos. En primer lugar, porque dicho argumento no constituye, en sí mismo, una razón imperiosa de interés general. En segundo lugar, porque el artículo 11.3 del RD 390/2021 no exige expresamente dicho desarrollo reglamentario. En tercer lugar, porque la Administración reclamada puede valorar la competencia técnica de cada profesional, caso por caso, como ha indicado la Audiencia Nacional, entre otras, en sus Sentencias de 10 de diciembre de 2018 (rec.16/2017) y 15 de abril de 2019 (rec.220/2016).

En virtud de lo expuesto, no habiéndose justificado ni la necesidad ni la proporcionalidad de la exigencia efectuada por la Generalitat Valenciana (IVACE) de que el control de las certificaciones de la eficiencia energética en edificaciones deba realizarse necesariamente por entidades de control y no pueda efectuarse por técnicos independientes, debe concluirse que dicha exigencia resulta contraria al artículo 5 de la LGUM.

V. CONCLUSIONES

1ª.- La reserva a favor de determinadas entidades (entidades de control de la calidad de la edificación) de la competencia para verificar y controlar las certificaciones de eficiencia energética de los edificios constituye una restricción de acceso a la actividad económica en el sentido del artículo 5 de la LGUM.

2ª.- 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

*control habilitadas para el campo reglamentario de las instalaciones térmicas, o **técnicos competentes independientes**.*

⁸ *Los agentes de control externo que sean entidades de control de calidad de la edificación deberán cumplir los requisitos establecidos en el Real Decreto 410/2010, de 31 de marzo, (...), o en caso de ser **técnicos competentes independientes, deberán acreditar el cumplimiento de las exigencias que se establezcan a través del correspondiente desarrollo reglamentario.***

17/2009, de 23 de noviembre, ni se ha justificado la inexistencia de otro medio menos restrictivo o distorsionador para la actividad afectada.

3ª.- Por ello, no habiéndose justificado ni la necesidad ni la proporcionalidad de la exigencia efectuada por el IVACE de la Generalitat Valenciana debe considerarse que la exigencia de que la verificación y control externos de los certificados de eficiencia energética de edificios sea realizada, necesariamente, por entidades de control y no por técnicos independientes, resulta contrario al artículo 5 de la LGUM.