

# **INFORME SOBRE LA INFORMACIÓN PRESENTADA, AL AMPARO DEL ARTÍCULO 28 DE LA LEY 20/2013, DE 9 DE DICIEMBRE, DE GARANTÍA DE LA UNIDAD DE MERCADO, EN RELACIÓN CON EL 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 EDIFICIOS**

**Expediente: UM/012/23**

## **PLENO**

### **Presidenta**

D<sup>a</sup>. Cani Fernández Vicién

### **Vicepresidente**

D. Ángel Torres Torres

### **Consejeros**

D<sup>a</sup> María Ortiz Aguilar

D<sup>a</sup> María Pilar Canedo Arrillaga

D. Bernardo Lorenzo Almendros

D. Xabier Ormaetxea Garai

D. Carlos Aguilar Paredes

D. Josep Maria Salas Prat

D<sup>a</sup>. María Jesús Martín Martínez

### **Secretario del Consejo**

D. Miguel Bordiu García-Ovies

En Madrid, a 14 de marzo de 2023

## I. ANTECEDENTES Y OBJETO DEL INFORME

El 1 de marzo de 2023 tuvo entrada en el Registro electrónico del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación un escrito presentado por una persona física, actuando en su propio nombre y representación, a través del cual informa sobre los obstáculos a la aplicación de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado (LGUM, en adelante), que derivan, por un lado, de la exclusión de los ingenieros en automática y electrónica industrial de los profesionales habilitados para expedir certificaciones de eficiencia energética en edificios, y, por otro lado, de la inactividad del Gobierno para llevar a cabo la revisión de la figura del técnico competente prevista en la disposición final sexta 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 edificios, según la cual:

*“En el plazo de dieciocho meses desde la entrada en vigor del presente real decreto se llevará a cabo una modificación del mismo para adecuar la figura del técnico competente a un modelo basado en los conocimientos y las cualificaciones profesionales necesarias para la elaboración de los certificados de eficiencia energética.”*

El 2 de marzo de 2023 la Secretaría para la Unidad de Mercado (SUM, en lo sucesivo) ha dado traslado a la CNMC de la solicitud de inicio del procedimiento regulado en el art. 28 LGUM para que por ésta se emita un informe en el que se podrán incluir propuestas de actuación, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 4 del precepto citado.

## II. INCLUSIÓN DE LA ACTIVIDAD EN EL ÁMBITO DE LA LGUM

Tras la reforma operada por la Ley 18/2022, de 28 de septiembre, de creación y crecimiento de empresas (en vigor desde el 19 de octubre de 2022), el art. 2 LGUM delimita su ámbito de aplicación en los términos que siguen:

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

*2. Quedan excluidas del ámbito de aplicación de esta ley las materias del ámbito tributario.”*

El concepto de “actividad económica” es definido en el apartado b) del anexo de la LGUM como “*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*”. Se añade a continuación, fruto de la modificación efectuada por la Ley 18/2022, de 28 de septiembre, que “*no se incluyen dentro de este concepto las actividades relativas a la reserva o*

*al ejercicio de potestades públicas, jurisdiccionales o administrativas ni la regulación de las relaciones laborales por cuenta ajena o asalariadas.”*

En el caso aquí sometido a informe, la actividad sobre la que versa la reclamación es la prestación de servicios profesionales de naturaleza técnica (concretamente, la expedición de certificaciones energéticas de edificios), por lo que resulta de aplicación la LGUM.

### **III. ANÁLISIS DEL CASO OBJETO DE INFORME**

Sobre la reserva de la actividad consistente en la emisión de certificaciones de eficiencia energética de edificios que deriva de lo dispuesto en el art. 2 u) del Real Decreto 390/2021, de 1 de junio, esta Comisión ya se ha pronunciado en el Informe UM/039/21, de 14 julio de 2021, del que el informante es pleno conocedor como lo demuestra el hecho de que lo aporte junto a su escrito.

Concluimos en el referido informe lo siguiente:

*“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 contenida en el artículo 2 letra u) del RD 390/2021 de que los profesionales que expidan certificaciones energéticas dispongan de una titulación asociada al proceso constructivo regulado en la LOE (arquitectos, arquitectos técnicos, ingenieros o ingenieros técnicos) o bien una titulación técnica cuya profesión se halle regulada, esto es, prevista en el Anexo I del Real Decreto 967/2014 de 21 de noviembre- constituye una restricción al acceso de la actividad económica en el sentido de los artículos 5 LGUM y 4 LRJSP.*

*2º.- Dicha regulación, aunque podría estar fundada en la razón imperiosa de interés general del artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre basada en la protección ambiental y lucha contra el cambio climático (razón indicada en el Considerando 3 de la Directiva 2010/31/UE de 19 de mayo de 2010, relativa a la eficiencia energética de los edificios), debería haber 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.- Las anteriores consideraciones contrarias a la reserva profesional en materia de certificaciones energéticas fueron puestas de manifiesto por esta Comisión en el informe IPN/CNMC/007/2012 sobre el Proyecto del actual RD 390/2021. Y ello tanto si dicha reserva profesional está asociada al proyecto constructivo (LOE) como si dicha reserva está asociada a la existencia de una profesión regulada, según lo indicado también por esta Comisión en el IPN/CNMC/021/1613 y en el reciente informe UM/029/21 de 19 de mayo de 2021.*

*4º.- La Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional en su sentencia de 10 de marzo de 2021 (rec. 10/2019), ha estimado el recurso*

*para la garantía de la unidad de mercado presentado por la CNMC contra el artículo 8 del Decreto 25/2019, de 2 de abril, por el que se regula el Informe de Evaluación del Edificio en Castilla-La Mancha, anulando la regulación de dicho Informe que efectuaba una mera remisión a los técnicos competentes de la LOE.*

*5º.- Es más, la necesidad de abrir la habilitación a todos los técnicos competentes para expedir este tipo de certificados viene reconocida expresamente por el legislador en la disposición final sexta específica del RD 390/2021 titulada “revisión de la figura del técnico competente”. En ella se prevé un plazo de 18 meses de adaptación, para adecuar dicha figura a un modelo basado en “los conocimientos y las cualificaciones profesionales necesarias”, esto es, no fundado en las concretas titulaciones indicadas en el artículo 2 letra u) del RD 390/2021.”*

A lo manifestado en el informe citado solo cabe añadir ahora que la doctrina en la que se basa la Sentencia, de 10 de marzo de 2021, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional (rec. 10/2019), no es la que mantiene la Sala Tercera del Tribunal Supremo desde el dictado de su Sentencia de 13 de diciembre de 2021 (rec. 4486/2019). Así, en la Sentencia de 14 de marzo de 2022 (rec. 1082/2021), el Alto Tribunal razona así:

*“La construcción y la conservación o mantenimiento no son actividades completamente separadas sino que para poder conocer el estado de conservación de un edificio y las medidas correctoras que necesita es preciso estar cualificado para poder, en su caso, proyectar y construir ese tipo de edificio o inmueble.*

*No cabe duda que la conservación y utilización de los edificios tiene que ver con la seguridad de los edificios, el urbanismo y la seguridad de las personas por cuanto su utilización, su uso normal no suponga un riesgo de accidente para las personas o transeúntes (artículo 3.1.b LOE).*

*C/ La resolución del Ayuntamiento no introduce límites al ejercicio de una actividad económica, sino que aplicó la LOE y la jurisprudencia que establecen que, en el ámbito de la edificación residencial, las ITEs deben estar redactadas por arquitectos, arquitectos técnicos o aparejadores. Además, sí están acreditadas las razones de interés general basadas en la protección y garantía de la seguridad de los edificios en interés de los usuarios.*

*En consecuencia, la competencia profesional para intervenir en las inspecciones técnicas de edificaciones y en los informes de evaluación de edificios, está en relación con la formación y conocimiento para proyectar y dirigir el edificio del que se trate en cada caso.*

*Esa justificación -como recoge la STS de 13 de diciembre de 2021- se encuentra en la propia LOE que ha sido interpretada ya por este Tribunal Supremo estableciendo una jurisprudencia que la Sala de instancia no tiene en cuenta argumentado que en tales pronunciamientos no se analizó la*

*posible incidencia de la LGUM en este ámbito cuando sí se ha valorado, aunque no sea de forma explícita, la necesidad y la proporcionalidad de tal reserva.*

(...)

*La atribución de competencias a técnicos distintos de los especialmente habilitados para intervenir en edificios de uso residencial según la LOE, conlleva un detrimento de la salvaguarda de una razón imperiosa de interés general, como es la seguridad de las personas.*

*En este sentido, la jurisprudencia de esta Sala reserva a los arquitectos y arquitectos técnicos la competencia para suscribir los informes de evaluación de edificios de carácter residencial.*

*G/ En conclusión, la reserva que lleva a cabo la LOE en favor de determinados profesionales -Arquitectos e Ingenieros Técnicos-, no supone ninguna infracción de los principios de necesidad y proporcionalidad, estando justificada en razones de interés público. Y, si en el RCA 4580/2020 -STS de 23 de diciembre de 2021- se trata de la redacción del proyecto de obras o de dirección de obras, u otras actuaciones análogas, en edificios de uso administrativo (uso principal), confirmando las resoluciones administrativas y jurisdiccionales que así lo acordaron, aquí se refiere a los denominados ITEs de los edificios residenciales, por lo que igualmente debemos confirmar las resoluciones administrativas que así lo dispusieron, casando la sentencia recurrida[...]>>.”*

Por tanto, con la citada salvedad, se mantienen las consideraciones efectuadas en el Informe UM/039/21, de 14 de julio de 2021.

Dicho esto, dado que ha transcurrido ya el plazo de dieciocho meses establecido en la disposición final sexta del Real Decreto 390/2021, de 1 de junio, sin que por el Gobierno se haya procedido a la modificación de la regulación contenida en el mismo con la finalidad de adecuar la figura del técnico competente a un modelo basado en los conocimientos y las cualificaciones profesionales necesarias para la elaboración de los certificados de eficiencia energética, hemos de concluir que el obstáculo a la libertad de establecimiento que aquella regulación impone pervive en nuestro ordenamiento jurídico.

Interesa, no obstante, poner de manifiesto que el Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico ha iniciado la tramitación del proyecto de real decreto por el que se modifica el Real Decreto 390/2021, de 1 de junio, con la finalidad de dar cumplimiento al mandato previsto en su disposición final sexta<sup>1</sup>. Sobre el referido proyecto esta Comisión ha emitido Informe de fecha 28 de febrero de 2023 (IPN/CNMC/052/22), en que, en líneas generales, se valora positivamente que la reforma propuesta revise una reserva de actividad que no respetaba los principios de regulación económica eficiente, y que adopte un

---

<sup>1</sup> <https://energia.gob.es/es-es/participacion/paginas/detalleparticipacionpublica.aspx?k=543>

enfoque regulatorio centrado en los conocimientos y aptitudes necesarios para el ejercicio concreto de la actividad, más que en la exigencia de titulaciones concretas. Se advierte, sin embargo, de que la apertura se circunscribe a las certificaciones de obra terminada, aspecto que debe justificarse adecuadamente o revisarse.

## **IV. CONCLUSIONES**

En virtud de todo lo hasta ahora expuesto, se formulan las siguientes conclusiones:

- 1ª. La reserva de la actividad consistente en la emisión de certificaciones de eficiencia energética de edificios que deriva de lo dispuesto en el art. 2 u) del Real Decreto 390/2021, de 1 de junio, ya fue analizada por esta Comisión, que la ha calificado como contraria a la libertad de establecimiento en el Informe UM/039/21, de 14 julio de 2021.
- 2ª. El obstáculo a la aplicación de la LGUM que constituye esa reserva de actividad pervive en nuestro ordenamiento jurídico porque el Gobierno no ha procedido a su modificación en el plazo de dieciocho meses establecido en la disposición final sexta del Real Decreto 390/2021, de 1 de junio.