

INFORME DE 5 DE SEPTIEMBRE DE 2014 SOBRE SENDAS RECLAMACIONES PRESENTADAS, AL AMPARO DEL ARTÍCULO 26 DE LA LEY 20/2013, DE 9 DE DICIEMBRE, DE GARANTÍA DE LA UNIDAD DE MERCADO, POR LA NO CONSIDERACIÓN POR PARTE DE UN AYUNTAMIENTO DE LOS INGENIEROS TÉCNICOS INDUSTRIALES COMO TÉCNICOS COMPETENTES PARA EXPEDIR CERTIFICADOS DE HABITABILIDAD PARA LA OBTENCIÓN DE LICENCIAS DE SEGUNDA OCUPACIÓN DE VIVIENDAS (UM/028/14).

I. ANTEDECENTES

Mediante sendos escritos de fechas 15 y 25 de julio de 2014, remitidos los días 16 y 29 de julio de 2014, los ingenieros técnicos industriales D. [**Confidencial**] y D. [**Confidencial**] presentaron reclamación contra tres requerimientos de subsanación¹ de la declaración responsable para segunda ocupación de vivienda remitidos por el Ayuntamiento de Torrevieja (Alicante).

En dichos requerimientos, fechados los días 28 de mayo y 10 de junio de 2014² se indica que los certificados de habitabilidad han de estar firmados por técnico competente, quedando únicamente englobados bajo este concepto “*aparejadores, arquitectos técnicos, ingenieros de la edificación y arquitectos*”.

Los reclamantes no comparten la reserva competencial favorable a las categorías profesionales antes citadas, alegando que la misma resulta contraria a los artículos 35.1 y 139.1 de la Constitución y a la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado (en adelante, LGUM). Concretamente, los reclamantes señalan que:

- La normativa autonómica sectorial aplicable³ no prevé expresamente un monopolio de competencias a favor de los colectivos mencionados por el Ayuntamiento en el caso de segunda ocupación de viviendas.
- La competencia discutida no está asociada a la actividad constructiva sino que únicamente se trata de efectuar mediciones y verificar condiciones de habitabilidad. Esto es, de efectuar una serie de comprobaciones relativas a iluminación, ventilación, acústica/aislamiento, suministros de electricidad, agua y gas que pueden ser objeto de verificación por parte de un ingeniero técnico industrial.

¹ Véanse Documento número Uno de la reclamación del Sr. [**Confidencial**] y Documentos números Tres y Cuatro de la reclamación del Sr. [**Confidencial**].

² Véanse Documento números Tres y Cuatro de la reclamación del Sr. [**Confidencial**] y Documento número Dos de la reclamación del Sr. [**Confidencial**].

³ Artículo 34.2 de la Ley 3/2004, de 30 de junio, de la Generalitat Valenciana, de Ordenación y Fomento de la Calidad de la Edificación (LOFCE), Decreto 151/2009, de 2 de octubre, del Consell y Orden de 7 de diciembre de 2009, de la Conselleria de Medio Ambiente, Agua, Urbanismo y Vivienda.

- El marco legal delimitador de las competencias de los ingenieros técnicos industriales⁴ les habilita para proyectar y ejecutar obras de adaptación, remodelación, distribución y reforma interior.
- La jurisprudencia ha venido declarando que no puede admitirse la existencia de un monopolio competencial a favor de determinados colectivos profesionales que alcance a todo tipo de construcciones y sin distinguir entre la finalidad o destino de las mismas⁵.

II. OBJETO

a) Sobre la impugnación que se efectúa por medio de la reclamación presentada

El artículo 26 de la LGUM regula la reclamación que se puede presentar contra disposiciones, actos, actuaciones, inactividad o vía de hecho de la Administración que sean incompatibles con la libertad de establecimiento o de circulación. El plazo para la impugnación por esta vía de actos y disposiciones administrativos es de un mes, contado desde la publicación o desde la notificación de la actuación objeto de impugnación.

Los interesados, operadores económicos en el sentido de la letras b) y h) del Anexo de la LGUM y de los apartados 1 y 5 del artículo 3 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, de libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (en adelante, Ley 17/2009)⁶, presentan reclamación contra tres requerimientos de subsanación fechados los días 28 de mayo y 10 de junio de 2014.

Los interesados solicitan expresamente y con carácter subsidiario que si su reclamación no pudiera ser admitida a trámite por la vía del artículo 26 LGUM, lo sea con base al artículo 28 LGUM. En este último precepto no se contiene exigencia temporal alguna, al decirse que:

“fuera de los supuestos previstos por el artículo 26 de esta Ley, los operadores económicos, los consumidores y usuarios, así como las organizaciones que los

⁴ Artículo 1 del Decreto de 18 de septiembre de 1935, que establece el título de ingeniero industrial, artículo 2.1 de la Ley 12/86, sobre atribuciones de arquitectos e ingenieros técnicos, artículo 2 de la Ley 38/1999, de Ordenación de la Edificación.

⁵ El interesado cita dos sentencias del Tribunal Supremo de 8 de julio de 1988 y 28 de marzo de 1994.

⁶ En la letra h) del Anexo de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre de garantía de la unidad de mercado (LGUM) se considera operador económico “cualquier persona física o jurídica o entidad que realice una actividad económica en España”. Y en la letra b) de la misma norma se considera 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”. En la misma línea que la LGUM, el artículo 3.1 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, de libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (Ley 17/2009) define servicio como “cualquier actividad económica por cuenta propia, prestada normalmente a cambio de una remuneración, contemplada en el artículo 50 del Tratado de la Comunidad Europea”. Y el artículo 3.5 de la misma Ley 17/2009 conceptúa el establecimiento como “el acceso a una actividad económica no asalariada y su ejercicio, así como la constitución y gestión de empresas y especialmente de sociedades, en las condiciones fijadas por la legislación, por una duración indeterminada, en particular por medio de una infraestructura estable”.

representan, podrán informar a la Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado, en cualquier momento y a través de la ventanilla a la que se refiere el citado artículo 26, sobre cualesquiera obstáculos o barreras relacionadas con la aplicación de esta Ley”.

b) Sobre la actuación administrativa objeto de la reclamación

Los requerimientos de subsanación en materia de permisos o licencias urbanísticos han sido considerados actos de trámite cualificados⁷, puesto que, como en el supuesto denunciado por el interesado, a través de ellos puede exigirse documentación o actuaciones concretas que no resulten necesarios de acuerdo con la normativa aplicable al caso⁸ y cuya no realización pueda significar el archivo del procedimiento administrativo, esto es, la imposibilidad de continuar el procedimiento, según prevé el artículo 107 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC).

III. CONSIDERACIONES

En las consideraciones que siguen a continuación se analizan:

1) Marco jurídico en materia de competencias, titulaciones y colegios profesionales **2)** Marco regulador en materia de edificación **3)** Normativa sobre las competencias profesionales de los ingenieros técnicos industriales **4)** Informe de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) de 2012 sobre los Colegios Profesionales tras la transposición de la Directiva Servicios **5)** Anteproyectos de Ley de Servicios y Colegios Profesionales de 20 diciembre de 2013 y 7 julio de 2014 e Informe de la CNMC de noviembre de 2013 **6)** Análisis del caso a la luz de los principios de necesidad y proporcionalidad del artículo 5 de la Ley 20/2013, de garantía de la unidad de mercado y 39 bis de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

El análisis que sigue ha sido ya expuesto en el informe de esta Comisión de 19 de agosto de 2014 (UM/034/14).

III.1. El marco jurídico en materia de competencias, titulaciones y colegios profesionales

Corresponde al Estado la determinación tanto de las profesiones cuyo ejercicio requiera una titulación específica y una colegiación obligatoria como de las competencias atribuidas a cada una de titulaciones profesionales en todo el

⁷ “Así pues, el requerimiento que le obliga a optar entre subsanar el proyecto de obra cumpliendo unos requisitos que, quizás no sean aplicables al caso concreto, o bien tenerla por desistida, es obvio que está resolviendo el fondo del asunto” (Véase Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 5 de Sevilla (Recurso contencioso-administrativo núm. 277/2000), de 12 de febrero de 2011 (JUR 2001\88997).

⁸ Véase Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de febrero de 1989 (RJ 1989\1111), que no considera ajustado al ordenamiento jurídico el requerimiento de subsanación que requiere información no obligatoria o preceptiva.

territorio nacional. Así se desprende de los artículos 35 (derecho al trabajo), 36 (ejercicio de profesiones tituladas y colegios profesionales), 149.1.1^a (condiciones de garantía de la igualdad de derechos y deberes) y 149.1.30^a (títulos profesionales) de la Constitución (en adelante, CE) y de la doctrina del Tribunal Constitucional expresada, entre otras, en las SSTC 3/2013, de 17 de enero⁹, 63/2013, de 14 de marzo¹⁰, 91/2013, de 22 de abril¹¹, y 201/2013, de 5 de diciembre¹².

En la actualidad sigue todavía vigente la Ley 2/1974, de 13 febrero, de Colegios Profesionales¹³ (en adelante, LCP), aunque existe un Anteproyecto de Ley de Servicios y Colegios Profesionales (en adelante, ALSYCP 2014) de 7 de julio de 2014, pendiente de aprobación por parte del Consejo de Ministros. Al contenido de dicho reciente anteproyecto así como a la anterior versión de 20 de diciembre de 2013 (en adelante, ALSYCP 2013) y al Informe de la CNMC de noviembre de 2013 nos referiremos más adelante, por su relación directa con la cuestión objeto de la reclamación.

En el artículo 3.2 de la LCP se dice que:

“Será requisito indispensable para el ejercicio de las profesiones hallarse incorporado al Colegio Profesional correspondiente cuando así lo establezca una ley estatal.”

⁹ “...el inciso impugnado, al eximir de la colegiación obligatoria a los empleados públicos, cuando ejercen la profesión por cuenta de la Administración, establece una excepción no contemplada en la Ley estatal de colegios profesionales, tal y como se razonó en el fundamento jurídico 6 de esta resolución. Siendo competente el Estado para establecer la colegiación obligatoria, lo es también para establecer las excepciones que afectan a los empleados públicos a la vista de los concretos intereses generales que puedan verse afectados, motivo por el cual debemos declarar que el inciso impugnado ha vulnerado las competencias estatales, y, por tanto, su inconstitucionalidad.” Fdto 8 STC 3/2013, de 17 de enero.

¹⁰ “La exigencia de la colegiación obligatoria para el ejercicio de una determinada profesión y, en consecuencia, sus excepciones, constituyen, además, una condición básica que garantiza la igualdad en el ejercicio de los derechos y deberes constitucionales ex art. 149.1.1 CE. Guarda una relación directa, inmediata y estrecha con el derecho reconocido en el art. 35.1 CE en el que incide de forma directa y profunda, y constituye una excepción, amparada en el art. 36 CE, a la libertad de asociación para aquellos profesionales que, para poder hacer efectivo el derecho a la libertad de elección y ejercicio profesional, se ven obligados a colegiarse y, por tanto, a formar parte de una entidad corporativa asumiendo los derechos y deberes que se imponen a su miembros y a no abandonarla en tanto en cuanto sigan ejerciendo la profesión.” Fdto 2 STC 63/2013, de 14 de marzo.

¹¹ “el art. 3.2 de la Ley de colegios profesionales impone como requisito indispensable para el ejercicio de las profesiones colegiadas la incorporación a un colegio profesional para ejercer en todo el territorio nacional, lo que responde a las competencias estatales para dictar las bases organizativas y competenciales (ex art. 149.1.18 CE) en materia de colegios profesionales en su condición de corporaciones públicas reconocidas por la doctrina constitucional (SSTC 76/1983, de 5 de agosto [RTC 1983, 76] , FJ 26; 20/1988, de 18 de febrero [RTC 1988, 20] , FJ 4 y 31/2010, de 28 de junio [RTC 2010, 31] , FJ 71).” Fdto 2 STC 91/2013, de 22 de abril.

¹² “En lo que respecta al alcance de las competencias estatales sobre esta materia, existe una amplia jurisprudencia constitucional, que sintetiza la STC 111/2012, de 24 de mayo, FJ 3, afirmando que la competencia del art. 149.1.30 CE “comprende la de establecer los títulos correspondientes a cada nivel y ciclo educativo, en sus distintas modalidades, con valor habilitante tanto desde el punto de vista académico como para el ejercicio de las profesiones tituladas, es decir, aquellas cuyo ejercicio exige un título (ad ex: Graduado Escolar, Bachiller, Diplomado, Arquitecto Técnico o Ingeniero Técnico en la especialidad correspondiente, Licenciado, Arquitecto, Ingeniero, Doctor)”. Fdto 3 STC 201/2013, de 5 de diciembre.

¹³ BOE 15 febrero 1974, núm. 40.

Y en cuanto a las competencias profesionales, el artículo 2 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.”

Aplicando lo anterior al caso concreto de las competencias profesionales de los ingenieros técnicos industriales en materia de edificación, deberá acudir a la legislación general en materia de edificación así como a la legislación específica de la profesión de ingeniero técnico industrial. Esta normativa será objeto de análisis en los dos apartados siguientes.

III.2. Marco regulador en materia de edificación

La Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de ordenación de la edificación (en adelante, LOE), prevé en su artículo 10.2 que cuando el proyecto técnico tenga por objeto la *construcción* de edificios para uso residencial (viviendas), el arquitecto será el único profesional habilitado para realizarlo¹⁴.

La citada disposición se refiere a la *construcción* de edificios residenciales de nueva planta pero no contiene regulación alguna sobre la competencia profesional necesaria para acreditar la habitabilidad de viviendas ya construidas (de segundo uso).

Considerando la atribución competencial exclusiva en materia de territorio, urbanismo y vivienda a las comunidades autónomas por el artículo 149.1.3ª CE¹⁵, debe analizarse también en este caso la legislación autonómica valenciana.

El artículo 34 de la Ley 3/2004, de 30 de junio, de la Generalitat Valenciana de Calidad de la Edificación habla de certificado expedido por “*facultativo competente*”, sin indicar qué titulación o calificación profesional resulta exigible. Tampoco lo aclara el artículo 3.2.e) del Decreto núm. 161/1989, de 30 de octubre¹⁶, que exige:

“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

¹⁴ 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.

¹⁵ En la STC 139/2013, de 8 de julio de 2013, sin embargo, se dice que el Estado puede llevar a cabo actividades de fomento de la actividad urbanística o inmobiliaria, con base al artículo 149.1.13 CE, que atribuye al Estado competencia exclusiva en materia de bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica. En este mismo sentido, véanse las anteriores SSTC 59/1995, de 17 de marzo, y 61/1997, de 20 de marzo.

¹⁶ De la Conselleria d'Obres Públiques, Urbanisme i Transports (DO. Generalitat Valenciana 8 noviembre 1989, núm. 1178).

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”.

III.3. Normativa sobre las competencias profesionales de los ingenieros técnicos industriales

La Ley 12/1986, de 1 de abril, regula las atribuciones profesionales de arquitectos e ingenieros técnicos (en adelante, Ley 12/1986), señalándose en su artículo 2.1.a) que se atribuye a los ingenieros técnicos:

“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.”

Del precepto mencionado se desprende que serán técnicos competentes con relación a proyectos relativos a inmuebles aquellos cuya titulación esté relacionada con la naturaleza y características de la construcción. Así, por ejemplo, en el caso de las naves industriales resultarían claramente competentes los ingenieros de esta especialidad (ingenieros industriales), como lo ha declarado expresamente el Tribunal Supremo¹⁷.

En materia de especialidades y titulaciones relacionadas con la edificación, el Tribunal Supremo anuló el grado de “ingeniería de la edificación”¹⁸, uno de los títulos indicados en los requerimientos objeto de reclamación, argumentando que podía provocar confusión en la ciudadanía, pues el calificativo resultaba tan genérico que inducía a pensar que estos nuevos titulados tenían, en detrimento de otros profesionales una competencia o monopolio exclusivo en materia de edificación, que era rechazado por el Alto Tribunal.

Efectivamente, el Tribunal Supremo ha venido negando la existencia de un monopolio en el ámbito general de la edificación a favor de uno u otro colectivo profesional, siempre y cuando de la naturaleza del propio proyecto o actuación no se derive una atribución específica a una especialidad técnica concreta. Así lo expresa la STS de 19 de enero de 2012¹⁹:

“cuando la naturaleza de un proyecto técnico exige una intervención exclusiva de un determinado técnico la competencia es indubitada, pero cuando, como sucede en el caso planteado, se trata de un complejo polideportivo el criterio jurisprudencial prevalente, habida cuenta de su carácter multidisciplinar, ha de primar el principio de idoneidad del facultativo interviniente sobre el de exclusividad que conduce a un monopolio profesional que esta Sala rechaza (..)”

¹⁷ STS de 29 de marzo de 1995 (RJ\1995\2093).

¹⁸ SSTs de 9 de marzo de 2010 (RJ 2010\4221), 2 octubre 2012 (RJ 2012\9540) y 5 de julio de 2013 (RJ 2013\5820).

¹⁹ RJ 2012\3152.

Y el propio Tribunal Supremo, entre otras, en una de las dos sentencias citadas por los reclamantes, esto es, en la STS de 28 de marzo de 1994²⁰ así como en la posterior STS de 29 de diciembre de 1999²¹ establece, como excepción a la prohibición general de monopolio de proyectos constructivos, el caso de las “viviendas”, esto es, los proyectos de construcción de edificaciones destinadas exclusivamente a residencia humana. Concretamente, en el Fundamento Tercero de la STS de 28 de marzo de 1994 se dice que:

“no puede admitirse un monopolio de proyección de todo tipo de construcciones -cualquiera que sea su finalidad o destino y con la excepción de la vivienda humana- a favor de profesión determinada, ya que, al contrario, tal competencia en exclusiva no aparece atribuida específicamente a nadie, a la vez que las diferentes reglamentaciones ofrecen perspectivas de competencias concurrentes sin reglas precisas de delimitación.”

Los proyectos destinados a la construcción de “vivienda” o “residencia” humana están atribuidos en principio, y como se ha indicado en el apartado III.2, a los profesionales de la arquitectura según el artículo 10.2 LOE. Esta atribución competencial también fue en su momento reconocida por la entonces Comisión Nacional de la Competencia (en adelante, CNC) en la página 9 de su Resolución de 15 de junio de 2009²².

En este caso, tal y como se desprende de la información aportada por los reclamantes, se trata de certificar la habitabilidad de viviendas sitas en Torrevieja (Alicante) no proyectadas sino ya construidas (segunda ocupación), por lo que resultaría discutible la aplicación automática del monopolio legal del artículo 10.2 LOE.

En este sentido, los tribunales han recordado que, como excepciones al principio general de libertad de empresa y de libre competencia del artículo 38 CE, los monopolios o reservas de actividad a favor de determinados sujetos deben ser objeto de interpretación restrictiva²³.

²⁰ RJ 1994\1820.

²¹ RJ\1999\9779.

²² Véase página 9 de la Resolución de 15 de junio de 2009 (Expediente S/0002/07): “La doctrina del Alto Tribunal viene a decir que debemos distinguir aquellos Proyectos de obras de conjunto, donde intervienen aspectos de naturaleza diversa, de aquellas obras que tienen una propia autonomía, como ocurre con las edificaciones destinadas a viviendas donde sin perjuicio de reconocer que los Ingenieros, de acuerdo con sus planes de estudios, poseen capacidad técnica para redactar un proyecto referido a determinados aspectos de dichas edificaciones, sus funciones, por su naturaleza y definición, deben desarrollarse en un campo distinto de la edificación de viviendas que según recoge la Ley 38/99 queda constreñida a los arquitecto (sic) superiores y los arquitectos técnicos.”

²³ Véanse las Sentencias de AP Madrid núm.367/2005, de 8 de junio de 2005 (JUR 2005\265307) y AP La Rioja núm.614/1997, de 30 de diciembre (AC 1997\2523). En la última sentencia citada se dice textualmente: “En el presente, se trata de interpretar una norma restrictiva de la competencia, lo cual obliga a acrecentar esta actitud cautelosa, máxime cuando en nuestro ordenamiento jurídico existe un principio general de libertad de empresa, y por ende de libre competencia, y cualquier norma limitativa ha de ser objeto de la más estricta interpretación.”

Finalmente, el Tribunal de Justicia de la UE, en el apartado 48 de la STJUE de 21 de febrero de 2013²⁴, ha reconocido que corresponde a la legislación interna de cada Estado miembro determinar el ámbito de las actividades concretas que corresponde realizar a los profesionales de la arquitectura:

“Así pues, aunque corresponde a la legislación nacional del Estado miembro de acogida definir el ámbito de actividades de la profesión de arquitecto, si un Estado miembro considera que una actividad está comprendida en dicho ámbito, la exigencia del reconocimiento mutuo implica que los arquitectos migrantes también deben tener acceso a esta actividad (sentencia Comisión/España, antes citada, apartado 38).”

III.4. Informe de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) de 2012 sobre los Colegios Profesionales tras la transposición de la Directiva Servicios

En el Informe de la extinta Comisión Nacional de la Competencia (en adelante, CNC) de 2012, sobre los Colegios Profesionales tras la transposición de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior (en adelante, Directiva Servicios) se efectúa una referencia general muy crítica a las reservas de actividad existentes así como una referencia específica a la cuestión del reparto de atribuciones profesionales entre arquitectos e ingenieros en el sector de la edificación.

En cuanto a la referencia general, en la página 19 del Informe CNC de 2012 se señala claramente que:

“En cuanto a las reservas de actividad, la exigencia de unos requisitos formativos para el ejercicio de una actividad profesional es una restricción a la competencia que, no obstante, puede estar justificada por razones de interés general. Ahora bien, debe evitarse incurrir en el riesgo de excluir del ejercicio de una actividad a profesionales titulados con capacitación técnica suficiente para el ejercicio de dicha actividad, riesgo que puede aparecer si las reservas de actividad se vinculan a titulaciones concretas. En su lugar, es preferible que las reservas de actividad, cuando deban existir por razones de justificación 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 CNC de 2008 y en el Informe sobre el Anteproyecto de Ley Ómnibus, 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, “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,

²⁴ C-111/12.

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.”

Por tanto, en principio, a juicio de la CNC, únicamente deberían imponerse reservas de actividad por razones de necesidad (interés general) y proporcionalidad. Y, en caso de fijarse dichas reservas deberían vincularse a la capacidad técnica real del profesional, no limitándose a una titulación concreta sino a diversas titulaciones.

En cuanto a la referencia específica al sector de la edificación, en las páginas 52 a 53 del mencionado informe también se dice que:

“Un buen ejemplo de esta clase de situaciones restrictivas de la competencia se encuentra en la Resolución de la CNC en el expte. S/0002/07 (Consejo Arquitectos) en el que se enjuiciaba un posible uso excesivo de la función de los Colegios de lucha contra el intrusismo profesional y que fue resuelto mediante terminación convencional. En este caso, varios colegios territoriales de peritos e ingenieros técnicos industriales denunciaron a los colegios de arquitectos y arquitectos técnicos de sus respectivos ámbitos territoriales por haber dado en todas sus oficinas de visado la instrucción de denegar el visado a aquellos proyectos de edificios cuyo uso principal sea administrativo, sanitario, religioso, residencial en todas sus formas, docente y cultural y en el que el correspondiente estudio de seguridad y salud esté firmado por otro técnico que no sea arquitecto o un arquitecto técnico, excluyendo, por tanto, a los peritos e ingenieros técnicos industriales de forma arbitraria. Este tipo de conducta supondría una clara restricción de la competencia.”

Debe señalarse que tanto en el Informe CNC de 2012 como en el expediente administrativo mencionado en el mismo²⁵ se analiza positivamente la atribución competencial a los ingenieros industriales de la elaboración de un “estudio de seguridad y salud”. Se trata de un ámbito técnico especializado (seguridad y salud laborales) no sujeto al monopolio general de los arquitectos en materia de proyectos constructivos de viviendas y que, por tanto, debería quedar abierto a la participación de otros profesionales técnicos. También, y por igual motivo, el legislador ha excluido de dicho monopolio, por ejemplo, la certificación de eficiencia energética en los edificios²⁶.

²⁵ Véase Resolución de 15 de junio de 2009 (Expediente S/0002/07).

²⁶ Véase artículo 1.3.p) del Real Decreto 235/2013, de 5 de abril, así como la interpretación administrativa del mismo:

http://www.minetur.gob.es/energia/desarrollo/EficienciaEnergetica/CertificacionEnergetica/Normativa/Documents/Respuestas_a_preguntas_frecuentes_CEE_18_11_13.pdf.

III.5. Anteproyectos de Ley de Servicios y Colegios Profesionales de diciembre de 2013 y julio de 2014 e Informe de la CNMC de noviembre de 2013

En el último Anteproyecto de Ley de Servicios y Colegios Profesionales de 7 de julio de 2014 (en adelante, ALSCP-7/2014) se sigue manteniendo la actual reserva legal y jurisprudencial de los proyectos de construcción de viviendas o edificios residenciales a favor de los arquitectos, a diferencia del Anteproyecto anterior de 20 de diciembre de 2013 (en adelante, ALSCP-12/2013).

En efecto, si en el ALSCP-12/2013 se creaba una Comisión de trabajo interministerial con la participación de representantes de los colegios de ingeniería y arquitectura²⁷ para redactar una propuesta normativa que determinara las atribuciones profesionales “en el ámbito de la ingeniería y la edificación” y se abolían las actuales reservas competenciales de la LOE²⁸ en materia edificativa, en cambio, en la actual ALSCP-7/2014 se confirma la vigencia de las reservas profesionales de la LOE²⁹ y se limita la reforma de atribuciones profesionales al ámbito de la ingeniería³⁰.

²⁷ Disposición Adicional Duodécima del Anteproyecto de Ley de 20 de diciembre de 2013: “Se constituirá un grupo de trabajo específico para la determinación de las atribuciones profesionales en el ámbito de la ingeniería y la edificación. En el grupo de trabajo estarán representados los correspondientes Ministerios con competencia en la regulación de las distintas profesiones. En su régimen de funcionamiento se establecerá una convocatoria a determinadas sesiones y para su audiencia específica a los Consejos Generales de los Colegios Profesionales de ingenieros, ingenieros técnicos, arquitectos y arquitectos técnicos, así como los representantes de aquellas otras profesiones que puedan verse afectadas y que así lo soliciten. El grupo de trabajo elaborará una propuesta en relación con las atribuciones profesionales en el ámbito de la ingeniería y la edificación de acuerdo con los principios y criterios de esta ley, y tomando en consideración el desarrollo, evolución y situación tecnológica presente. Esta propuesta será presentada en el plazo de tres meses desde la aprobación de esta ley para informe preceptivo de la Comisión de Reforma de las Profesiones a la que hace referencia la disposición adicional novena. Las disposiciones relativas al acceso a actividades profesionales o profesiones o a la reserva de funciones en el ámbito de la ingeniería y de la edificación se mantendrán vigentes, mientras no se modifiquen por otra norma posterior.”

²⁸ Mediante su exclusión de la lista de normas del apartado 3 de la disposición derogatoria única. Estas normas representan excepciones al principio de no reserva de funciones del artículo 7.2 del propio Anteproyecto.

²⁹ Apartado 3 de la disposición derogatoria única Anteproyecto de 7 de julio de 2014: “Asimismo, quedan derogadas todas las disposiciones relativas al acceso a actividades profesionales o profesiones o a la reserva de funciones a determinados titulados excepto las contenidas en las siguientes leyes y en su correspondiente normativa de desarrollo: (...)

- Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación.”

³⁰ Disposición Adicional Undécima del Anteproyecto de Ley de 7 de julio de 2014: “Se constituirá un grupo de trabajo específico para la determinación de las atribuciones profesionales en el ámbito de la ingeniería. En el grupo de trabajo estarán representados los correspondientes Ministerios con competencia en la regulación de las distintas profesiones. En su régimen de funcionamiento se establecerá una convocatoria a determinadas sesiones y para su audiencia específica a los Consejos Generales de los Colegios Profesionales de ingenieros e ingenieros técnicos, así como los representantes de aquellas otras profesiones que puedan verse afectadas y que así lo soliciten. El grupo de trabajo elaborará una propuesta en relación con las atribuciones profesionales en el ámbito de la ingeniería de acuerdo con los principios y criterios de esta ley, y tomando en consideración el desarrollo, evolución y situación tecnológica presente. Esta propuesta será presentada en el plazo de tres meses desde la aprobación de esta ley para informe preceptivo de la Comisión de Reforma de las Profesiones a la que hace referencia la disposición adicional novena. Las disposiciones relativas al acceso a actividades profesionales o profesiones o a la reserva de funciones en el ámbito de la ingeniería se mantendrán vigentes, mientras no se modifiquen por otra norma posterior.”

La causa de esta diferencia de filosofía y finalidad entre el ALSCP-12/2013 y el ALSCP-7/2014 en el ámbito de las profesiones técnicas relacionadas con la edificación, podemos hallarla en la memoria de análisis de impacto normativo³¹. Concretamente, en las páginas 39-40 de la Memoria del ALSCP-12/2013 se expresa la necesidad de una apertura a la competencia de las actividades profesionales vinculadas a la construcción³², efectuándose una comparación con otros Estados de la UE, cuya regulación resulta menos restrictiva en este ámbito económico³³.

Cabe señalar que la filosofía y finalidad del ALSCP-12/2013 fue plenamente compartida por esta Comisión, que, en la página 25 de su Informe de Proyecto normativo 110/13, relativo al Anteproyecto de Ley de Servicios y Colegios Profesionales³⁴, manifestó lo siguiente:

“La disposición adicional décimo tercera ordena la formación de un Grupo de trabajo para la determinación de las atribuciones profesionales en el ámbito de la ingeniería y la edificación. En relación con estas actividades, debería ampliarse el acceso a las mismas a todas las profesiones científicas y técnicas que ostenten la capacitación suficiente para llevarlas a cabo. Además, la existencia de plazos más dilatados para la puesta en marcha de los principios aplicables en el resto de sectores de actividad retrasan los efectos positivos que cabe esperar de la aplicación de la propuesta.”

La CNMC ponía como ejemplo en su Informe³⁵ de buena práctica legislativa y pro competitiva la Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas, cuyo artículo 6.1 ha ampliado el espectro de profesionales habilitados para actuar.

³¹ Esta memoria de análisis de impacto normativo agrupa, tal y como establece el Real Decreto 1083/2009, de 3 de julio, por el que se regula la memoria del análisis de impacto normativo, los tres informes exigidos por la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno: el informe sobre la necesidad y oportunidad de la norma, la memoria económica y el informe de impacto por razón de género.

³² “Debe abrirse de una forma clara la competencia en actividades profesionales relacionadas con la edificación: inspecciones técnicas de edificios, coordinación y planificación de la seguridad y salud, tal y como ya ha sucedido con la certificación energética.”

³³ “De un análisis comparado con otros países europeos se puede concluir que **hay países donde no existe reserva de actividad** para arquitectos y otros donde es mucho más limitada que la existente en nuestro país y se comparte con otros profesionales. Así en **Alemania** los ingenieros de edificación pueden asumir sin excesiva dificultad la responsabilidad de la obra en edificios corrientes. En algunos Länder se les permite proyectar y dirigir casi todo el tipo de edificios. Algo similar ocurre en **Gran Bretaña**, donde cualquier persona puede proyectar y construir un edificio, siempre que no se llame a sí mismo arquitecto. En otros países, como **Francia, Portugal o Italia**, existe una **reserva parcial**, si bien mucho más limitada que en España. Así, por ejemplo en Italia, la reserva exclusiva para arquitectos se restringe a la restauración de monumentos. En Francia la reserva es algo más amplia, y se fija en función del tamaño del edificio (cuando la superficie es superior a 170 metros cuadrados) y el destino de la edificación (cuando tiene uso agrícola, el arquitecto será competente siempre que no supere los 800 metros).” También debe señalarse que el Considerando 28 de la Directiva 2005/36/CE, de 7 de septiembre, de reconocimiento de cualificaciones profesionales en la UE, declara que en la mayoría de países de la Unión no existe un monopolio de proyectos constructivos a favor de los arquitectos.

³⁴ IPN 110/13.

³⁵ Véase Nota a pie de página núm.25 de página 25.

III.6. Análisis del caso a la luz 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 39bis de la Ley 30/1992

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 certificadora desarrollada por los ingenieros técnicos industriales reclamantes 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 LGUM³⁶.

El artículo 5 de la LGUM señala que:

“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, el artículo 39bis de la LRJPAC prevé que:

“1. Las Administraciones Públicas que en el ejercicio de sus respectivas competencias establezcan medidas que limiten el ejercicio de derechos individuales o colectivos o exijan el cumplimiento de requisitos para el desarrollo de una actividad, deberán elegir la medida menos restrictiva, motivar su necesidad para la protección del interés público así como justificar su adecuación para lograr los fines que se persiguen, sin que en ningún caso se produzcan diferencias de trato discriminatorias.

2. Las Administraciones Públicas velarán por el cumplimiento de los requisitos aplicables según la legislación correspondiente, para lo cual podrán comprobar, verificar, investigar e inspeccionar los hechos, actos, elementos, actividades, estimaciones y demás circunstancias que se produzcan.”

³⁶ “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.”

La exigencia de requisitos concretos de “*cualificación profesional*” (tener el título de arquitecto o arquitecto técnico) para el desarrollo de una actividad (en este caso, para la expedición de certificaciones técnicas) puede considerarse como una modalidad de restricción de acceso a dicha actividad.

Es la llamada “*reserva de actividad*”, definida en el Informe de la CNMC de noviembre de 2013 al Anteproyecto de Ley de Servicios y Colegios Profesionales³⁷ como la “*exigencia de unos requisitos formativos para el ejercicio de una actividad profesional*”. Esta Comisión recordó en el citado informe de noviembre de 2013 que debería evitarse “*vincular las reservas de actividad a titulaciones concretas en vez de a la capacitación técnica de los profesionales*”³⁸.

El carácter restrictivo para la competencia de las “reservas de actividad” basadas en la “cualificación” se reconoce expresamente en el apartado I de la Exposición de Motivos del Anteproyecto de Ley de Servicios y Colegios Profesionales de 7 de julio de 2014:

“En este sentido, esta Ley debe considerarse complementaria a otras recientes reformas estructurales como la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, dado que ambas tienen como objetivo la creación de un marco regulatorio eficiente para las actividades económicas y la eliminación de las barreras y obstáculos existentes a través de la aplicación de los principios de buena regulación económica. Esta ley, en concreto, aplica dichos principios al sector de los servicios profesionales y a las restricciones al acceso basadas en la cualificación.”

Por ello, el artículo 7 del citado Anteproyecto de Ley señala que las restricciones de acceso a una actividad profesional o profesión basadas en la cualificación sólo podrán establecerse mediante norma con rango de Ley cuando sea necesario por razones de interés general y de acuerdo con los principios de proporcionalidad y no discriminación³⁹.

No obstante, aunque las previsiones del artículo 7 del Anteproyecto no resulten todavía aplicables por tratarse de una propuesta legislativa sin valor

³⁷ Véase página 5.

³⁸ Véase página 5 Nota 3.

³⁹ “Las restricciones al acceso a una actividad profesional o una profesión basadas en la cualificación sólo podrán establecerse cuando sea necesario por razones de interés general y de acuerdo con los principios de proporcionalidad y no discriminación. Se entenderá por restricción al acceso basada en la cualificación cualquier exigencia o límite relativos a la titulación, nivel académico o educativo, formación, capacitación o experiencia que implique la reserva de funciones a favor del poseedor de dicha cualificación. Las restricciones al acceso deberán estar previstas en una norma con rango de ley. En el caso de transposición, desarrollo o aplicación de una norma de derecho de la Unión Europea, las restricciones al acceso podrán estar previstas en una norma de rango inferior. La norma que establezca restricciones al acceso a una actividad profesional o una profesión identificará claramente la actividad o profesión a la que se restringe el acceso, haciendo referencia a las funciones que comprende, de manera que no induzca a confusión con otras actividades profesionales o profesiones.”

normativo⁴⁰, sí puede y debe realizarse en este caso el test de necesidad y proporcionalidad por aplicación de los artículos 5 LGUM y 39bis LRJPAC.

Por tanto, tendrá que analizarse, en este supuesto concreto, si la exigencia por parte del Ayuntamiento de Torrevieja (Alicante) de una concreta titulación o cualificación (aparejador, arquitecto técnico, ingeniero de la edificación o arquitecto) a los profesionales que expidan certificaciones de habitabilidad de viviendas de segunda ocupación se efectúan de conformidad con lo previsto en los artículos 5 LGUM y 39bis LRJPAC.

Debe señalarse, ante todo, que los requerimientos denunciados no motivan ni la necesidad ni la proporcionalidad de la restricción impuesta al interesado, no tratándose tampoco ninguno de estos extremos en la normativa autonómica sectorial a la que se remiten expresamente dichos requerimientos objeto de reclamación⁴¹.

En cuanto a la **necesidad** de la restricción, ésta 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, 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 todo caso, y aunque en este supuesto hubiese 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 del profesional, según se indicaba ya en el Informe de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) de 2012 sobre los Colegios Profesionales tras la transposición de la Directiva Servicios y al que se ha hecho referencia en el apartado **III.4** del presente informe.

⁴⁰ Véase artículo 2.1 del Código Civil (“Las leyes entrarán en vigor a los veinte días de su completa publicación en el «Boletín Oficial del Estado», si en ellas no se dispone otra.”) ya artículos 81 a 92 de la Constitución.

⁴¹ Concretamente, ni en los artículos 27 y 34 de la Ley valenciana 3/2004, de 30 de junio, ni en la disposición adicional décima de la Ley 16/2005, de 30 de diciembre, también de la Generalitat Valenciana, se indica expresamente que los técnicos competentes para expedir certificaciones técnicas deban ser los profesionales enumerados en el acto objeto de reclamación.

Ninguno de los anteriores motivos del artículo 3.11, sin embargo, ha sido expuesto razonadamente en los requerimientos administrativos objeto de reclamación, para el caso concreto de las certificaciones técnicas de habitabilidad para una segunda ocupación de vivienda, debiendo haberse ponderado:

- Las competencias exigidas para la expedición de dicha certificación, según los criterios técnicos contenidos en el Decreto núm. 151/2009, de 2 de octubre, de la Generalitat valenciana.
- Las competencias atribuidas a los ingenieros técnicos industriales por la Ley 12/1986, de 1 de abril, reguladora de las atribuciones profesionales de arquitectos e ingenieros técnicos.
- La competencia y capacitación técnica concretas de los profesionales actuantes en los expedientes objeto de reclamación.

Debe decirse, por otro lado, que el Tribunal de Justicia de la UE ha tenido ocasión de pronunciarse sobre las atribuciones competenciales entre arquitectos e ingenieros en el ámbito constructivo, rechazando mediante STJUE de 21 de febrero de 2013⁴² que una normativa nacional pueda reservar exclusivamente a los arquitectos las obras que afecten a inmuebles clasificados pertenecientes al patrimonio artístico.

En cuanto a la **proporcionalidad** de la restricción impuesta, al no señalar la Administración reclamada la razón imperiosa de interés general que justificaría dicha restricción, no puede analizarse si ésta resulta o no proporcional al fin perseguido, no argumentándose tampoco en el acto reclamado la inexistencia de otro medio menos restrictivo o distorsionador para la actividad del sujeto afectado.

IV. 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 aparejador, arquitecto técnico, ingeniero de la edificación o arquitecto, 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 Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado así como del artículo 39bis de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

⁴² C-111/12.

2º.- 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 en este supuesto hubiese 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 del profesional.

3º.- No habiéndose acreditado ni la necesidad ni la proporcionalidad de la exigencia contenida en el requerimiento efectuado por la Administración reclamada, debe considerarse dicha exigencia contraria a la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado.