

INFORME DE 15 DE JUNIO DE 2016 SOBRE RECLAMACIÓN PRESENTADA, 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 SUSCRIBIR CERTIFICADOS PARA LA OBTENCIÓN DE LICENCIAS DE SEGUNDA OCUPACIÓN DE VIVIENDA (UM/063/16).

I. ANTECEDENTES

Mediante escrito remitido el día 6 de junio de 2016 por un ingeniero técnico industrial, se presentó reclamación del artículo 26 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado (LGUM) contra la Resolución del Jefe del Servicio de Urbanismo e Infraestructuras del Ayuntamiento de La Vila Joiosa (Alicante/Alacant) de 16 de mayo de 2016, por la que se deja sin efecto la declaración responsable para segunda ocupación de vivienda presentada en fecha 14 de enero de 2016, al considerar que el técnico que suscribió la certificación técnica (ingeniero técnico industrial) no resultaba competente para ello por serlo únicamente los profesionales de la arquitectura.

Y como documentación anexa a la reclamación efectuada figura la mencionada Resolución de 16 de mayo de 2016.

El reclamante no comparte la exclusión de los ingenieros técnicos industriales de la posibilidad de suscribir certificados para la obtención de licencias de segunda ocupación de viviendas. Esta exclusión resultaría, a juicio del interesado, contraria a los principios de la LGUM.

II. CONSIDERACIONES

En las consideraciones que siguen a continuación se analizan:

1) Marco jurídico en materia de colegios profesionales **2)** Marco regulador en materia de edificación **3)** Normativa sobre las competencias profesionales de los ingenieros técnicos industriales **4)** Informes de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC), de 2012 sobre los Colegios Profesionales tras la transposición de la Directiva Servicios, y de noviembre de 2013 sobre el Anteproyecto de Ley de Servicios y Colegios Profesionales **5)** Análisis del contenido de la Resolución de 16 de mayo de 2016 objeto de reclamación **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 los informes de esta Comisión de 19 de agosto (UM/034/14)¹, 5 de septiembre (UM/028/14)² y 30 de octubre de 2014 (UM/059/14)³.

II.1. El marco jurídico en materia de colegios profesionales.

En la actualidad sigue todavía vigente la Ley 2/1974, de 13 febrero, de Colegios Profesionales⁴ (en adelante, LCP) y, aunque fue elaborado un Anteproyecto de Ley de Servicios y Colegios Profesionales, dicho Anteproyecto fue retirado finalmente en abril de 2015⁵.

No obstante, debe recordarse que la aprobación de una reforma de la regulación de los colegios profesionales, liberalizando las actividades injustificadamente reservadas y preservando la unidad de mercado en el acceso a los servicios profesionales, constituía una de las recomendaciones efectuadas por el Consejo de la Unión Europea al Plan Nacional de Reformas 2014 de España⁶. Recomendación que ha sido reiterada, de nuevo, por el Consejo de la UE el pasado año 2015⁷.

En el artículo 3.2 de la LCP aún en vigor 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.

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

¹ <http://www.cnmc.es/es-es/cnmc/unidaddemercado.aspx?num=UM%2f034%2f14&ambito=Impugnaciones+y+Unidad+de+Mercado&b=UM%2f034%2f14&p=5&ambitos=Impugnaciones+y+Unidad+de+Mercado&estado=0§or=0&av=0>.

² <http://www.cnmc.es/es-es/cnmc/unidaddemercado.aspx?num=UM%2f028%2f14&ambito=Impugnaciones+y+Unidad+de+Mercado&b=UM%2f028%2f14&p=5&ambitos=Impugnaciones+y+Unidad+de+Mercado&estado=0§or=0&av=0>.

³ <http://www.cnmc.es/es-es/cnmc/unidaddemercado.aspx?num=UM%2f059%2f14&ambito=Impugnaciones+y+Unidad+de+Mercado&b=UM%2f059%2f14&p=5&ambitos=Impugnaciones+y+Unidad+de+Mercado&estado=0§or=0&av=0>.

⁴ BOE 15 febrero 1974, núm. 40.

⁵ http://cincodias.com/cincodias/2015/04/14/economia/1429034760_837773.html.

<http://www.expansion.com/juridico/actualidad-tendencias/2015/05/22/555f70b522601da65d8b459a.html>

⁶ COM (2014) 410 final, Bruselas, 2 de junio de 2014, véase pág.10 y punto 6 (http://ec.europa.eu/europe2020/pdf/csr2014/csr2014_spain_es.pdf).

⁷ Publicado en DOUE 18.8.15. En la Recomendación Cuarta se aconseja: “*Suprimir los obstáculos al crecimiento de las empresas, tales como las disposiciones que dependen del tamaño de las empresas, adoptar la reforma planeada de los servicios profesionales, acelerar la aplicación de la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado*” (http://ec.europa.eu/europe2020/pdf/csr2015/csr2015_spain_es.pdf).

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.

II.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 realizarlo⁸.

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 que el Ayuntamiento reclamado, La Vila Joiosa, es de Alicante/Alacant debe analizarse también en este caso la legislación autonómica valenciana, y, concretamente, las dos leyes citadas expresamente en el acto objeto de reclamación⁹: la Ley 5/2014, de 25 de julio, de la Generalitat Valenciana, de Ordenación del Territorio, Urbanismo Paisaje y la Ley 3/2004, de 30 de junio, de la Generalitat Valenciana de Calidad de la Edificación.

El artículo 214.d) de la Ley 5/2014 sujeta a declaración responsable:

d) La primera ocupación de las edificaciones y las instalaciones, concluida su construcción, de acuerdo con lo previsto en la legislación vigente en materia de ordenación y calidad de la edificación, así como el segundo y siguientes actos de ocupación de viviendas.

La declaración responsable viene regulada en el artículo 222 de la misma Ley 5/2014, en cuyo apartado 2 se señala que:

2. La declaración responsable se acompañará de los siguientes documentos adicionales:

a) Acreditación de la identidad del promotor y del resto de los agentes de la edificación.

⁸ 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.

⁹ Véase página 1 de la Resolución de 16 de mayo de

b) Descripción gráfica y escrita de la actuación y su ubicación física, así como proyecto suscrito por técnico competente cuando lo requiera la naturaleza de la obra, con sucinto informe emitido por el redactor que acredite el cumplimiento de la normativa exigible.

c) Documentación adicional exigida por la normativa ambiental, cuando proceda.

d) Indicación del tiempo en que se pretende iniciar la obra y medidas relacionadas con la evacuación de escombros y utilización de la vía pública.

Como se observa, el precepto transcrito no establece qué tipo de titulación debe tener el técnico o técnicos que suscriban la declaración responsable.

Por otro lado, 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 calificación profesional resulta exigible.

Tampoco lo aclara el artículo 3.2.e) del Decreto núm. 161/1989, de 30 de octubre¹⁰, que para las viviendas de segunda ocupación y sucesivas 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 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.

En cambio, en el caso de edificaciones de *nueva planta y primera ocupación* (que no es el caso analizado en este Informe, referido a una segunda ocupación de vivienda), el artículo 3.1.b) del Decreto 161/1989 sí exige certificación expedida por profesionales de la arquitectura, en concordancia con el artículo 10.2 LOE:

Certificación final de obra expedida por el Arquitecto Superior y Técnico, Directores de la obra, que se cumplimentará en el modelo oficial, y que habrá obtenido el visado de los respectivos Colegios Profesionales.

En el artículo 22 del Decreto valenciano núm. 151/2009, de 2 de octubre¹¹, que aprueba las exigencias básicas de diseño y calidad en edificios de vivienda y alojamiento, prevé que los organismos de certificación administrativa en materia de calidad de la edificación (OCAces) cuenten con:

personal cualificado, con titulación de arquitecto, ingeniero, arquitecto técnico, ingeniero técnico o equivalente, válida para el ejercicio de estas profesiones en territorio español, con experiencia profesional en materia de edificación

¹⁰ De la Conselleria d'Obres Públiques, Urbanisme i Transports (DO. Generalitat Valenciana 8 noviembre 1989, núm. 1178).

¹¹ Diari Oficial de la Comunitat Valenciana 7 octubre 2009, núm. 6118.

debidamente acreditada, dentro de los cinco años anteriores a la de solicitud de habilitación.

Finalmente, la disposición adicional segunda de la Ley 5/2014, creadora del cuerpo superior de técnicos en análisis, gestión y ordenación del territorio, urbanismo y paisaje de la Comunitat Valenciana, establece como requisito académico para acceder a dicho cuerpo tener:

Título universitario de licenciatura, ingeniería, arquitectura o equivalente, o bien título universitario oficial de grado más título oficial de máster universitario que, de acuerdo con los planes de estudio vigentes, habiliten para ejercer las actividades de carácter profesional relacionadas con las funciones asignadas a los puestos.

II.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 Supremo¹².

El Tribunal Supremo ha venido negando la existencia de un monopolio en el ámbito general de la edificación a favor de un colectivo profesional determinado, 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 en las SSTs de 21 de diciembre de 2010 (RC 1360/2008) y de 19 de enero de 2012 (RC 321/2010)¹³.

En esta última sentencia, se dice que:

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

¹² STS de 29 de marzo de 1995 (RJ\1995\2093).

¹³ RJ 2012\3152.

primar el principio de idoneidad del facultativo interviniente sobre el de exclusividad que conduce a un monopolio profesional que esta Sala rechaza (...)

Y en la STS de 21 de diciembre de 2010 confirmó que

las orientaciones actuales huyen de consagrar monopolios profesionales en razón exclusiva del título ostentado y mantienen la necesidad de dejar abierta la entrada a todo título facultativo oficial que ampare un nivel de conocimientos técnicos suficiente.

Asimismo, el propio Tribunal Supremo, y entre otras, en las SSTS de 28 de marzo de 1994¹⁴ así como en la posterior STS de 29 de diciembre de 1999¹⁵ también establece, como excepción a la prohibición general de monopolio de proyectos constructivos, el caso de las “viviendas”, esto es, los proyectos de construcción de nuevas 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 nuevas “viviendas” o “residencias” humanas están atribuidos en principio, y como se ha indicado en el apartado II.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 2009¹⁶.

En este caso, tal y como se desprende de la información aportada por el reclamante, no se trata de certificar la habitabilidad de una vivienda de nueva planta (primera ocupación) sino de una vivienda ya construida (segunda ocupación) en La Vila Joiosa (Alicante/Alacant), 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

¹⁴ RJ 1994\1820.

¹⁵ RJ\1999\9779.

¹⁶ 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.”

CE, los monopolios o reservas de actividad a favor de determinados sujetos deben ser objeto de interpretación restrictiva¹⁷.

Finalmente, el Tribunal de Justicia de la UE, en la STJUE de 22 de enero de 2002 (C-31/00), cuya doctrina se reitera en la posterior STJUE 16 de mayo de 2002 (C-232/99) declaró, en un litigio planteado por un ingeniero con conocimientos de edificación para poder ejercitar competencias reservadas a los arquitectos por la legislación nacional de un Estado miembro, la necesidad de contrastar la titulación, aptitudes y experiencia del interesado con las competencias legales en cuestión:

... cuando un nacional comunitario presenta a las autoridades competentes de un Estado miembro una solicitud de habilitación para ejercer una profesión cuyo ejercicio, según la legislación nacional, está subordinado a la posesión de un título o de una capacitación profesional, o a períodos de experiencia práctica, dichas autoridades están obligadas a tomar en consideración todos los diplomas, certificados y otros títulos, así como la experiencia pertinente del interesado, efectuando una comparación entre, por una parte, las aptitudes acreditadas por dichos títulos y dicha experiencia, y, por otra parte, los conocimientos y capacitación exigidos por la legislación nacional, aun cuando se haya adoptado una Directiva sobre el reconocimiento mutuo de diplomas respecto a la profesión de que se trate pero la aplicación de esa Directiva no permita el reconocimiento automático del título o títulos del solicitante.

II.4. Informes de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC), de 2012 sobre los Colegios Profesionales tras la transposición de la Directiva Servicios, y de noviembre de 2013 sobre el Anteproyecto de Ley de Servicios y Colegios Profesionales.

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) 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.

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, en la línea de las anteriormente citadas SSTJUE de 22 de enero (C-31/00) y 16

¹⁷ 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.”

de mayo (C-232/99) de 2002 no limitándose a una titulación concreta sino a diversas titulaciones.

Esta concepción se reitera en el Informe CNMC de Proyecto normativo 110/13, relativo al Anteproyecto de Ley de Servicios y Colegios Profesionales¹⁸, anteproyecto que, como se ha indicado antes en este Informe, ha sido finalmente retirado en abril de 2015.

II.5. Análisis del contenido de la Resolución de 16 de mayo de 2016 objeto de reclamación.

En la Fundamentación del acto reclamado (páginas 2 a 11 de la Resolución de 16 de mayo de 2016), que recoge íntegramente, a su vez, el contenido del Informe Jurídico emitido por el Técnico Urbanista Municipal de 22 de febrero de 2016, se efectúa una referencia a la normativa de expedición del Informe de Evaluación del Edificio (IEE) al considerar que la competencia del profesional técnico es la misma que en el supuesto de suscribir un certificado técnico para obtener una licencia de segunda ocupación.

Aunque en los informes emitidos hasta la fecha por esta Comisión¹⁹ se han deslindado ambas cuestiones, también nos referiremos en el apartado siguiente a los IEE por ser objeto de la fundamentación del acto.

Por otro lado, en los Fundamentos de la Resolución de 16.5.2016 (páginas 6 a 9 de la Resolución), se contienen sendas menciones a:

- Nota Informativa de la Subdirección General de Urbanismo de 14.01.2014, cuya interpretación figura en la web del Ministerio de Fomento²⁰, y que resulta favorable a la reserva competencial de los profesionales de la arquitectura para suscribir IEE.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 2014 (RC 4549/2012), también favorable a la tesis de reserva competencial de los arquitectos.

Con referencia a la “Nota Informativa” de la Subdirección General de Urbanismo, debe recordarse que las meras “notas informativas” no son actos administrativos propiamente dichos ni tienen valor normativo. Así lo ha señalado la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en sus Autos núms.245/2015 (rec.63/2015) y 246/2015 (rec.64/2015), ambos de

¹⁸ IPN 110/13, véase página 25.

¹⁹ Véase Informe UM/054/16 de 13 de mayo de 2016 (certificados de habitabilidad para obtención de licencias de segunda ocupación de viviendas) y anterior Informe UM/080/15 de 30 de noviembre de 2015 (técnicos competentes para suscribir informes técnicos de evaluación de edificios residenciales).

²⁰ <https://iee.fomento.gob.es/>.

16 de septiembre de 2015²¹ así como en su anterior Sentencia de 23 de diciembre de 1998 (rec.355/1996)²².

En cuanto a la STS de 9 de diciembre de 2014 (RC 4549/2012) citada también en la Resolución de 16.05.2016, ésta fue dictada en aplicación del Derecho ordinario, esto es, sin aplicar la LGUM (ni en sus Fundamentos ni en su Fallo) y sin interpretar la legislación sectorial aplicable de acuerdo con LGUM, según exige el vigente artículo 9 LGUM. Y, entre otras cosas, ello sucedió porque los supuestos de hecho, actos y disposiciones enjuiciados en dicha Sentencia son anteriores a la entrada en vigor de la propia LGUM.

Nótese cómo, además, la LGUM (art.27 LGUM) y la Ley 29/1998, de la Jurisdicción Contencioso Administrativa o LJCA (arts.127bis, 127ter y 127 quáter LJCA) prevén un procedimiento específico de tutela de la aplicación de la LJCA, distinto del procedimiento ordinario (véanse art.127 bis apdo 1 y 127ter apdo 8 LJCA) en el que recayó la Sentencia del Tribunal Supremo antes citada.

Finalmente, cabe señalar que el Resuelve del acto reclamado (página 11 de la Resolución de 16.05.2016) contiene una manifiesta contradicción conceptual entre sus apartados Primero y Segundo.

En efecto, por un lado, en el apartado Primero de la Resolución se acuerda que *“no procede reconocer la competencia de los ingenieros técnicos industriales para le expedición del certificado técnico preciso en materia de habitabilidad y, por tanto de segunda ocupación, al tener éstos que valorar las condiciones de habitabilidad en los inmuebles afectos a un uso residencial”*.

Y, de otro, lado, en el apartado Segundo de la misma Resolución de 16.05.2016, el Jefe de Servicio de Urbanismo e Infraestructuras, decide *“no vincular una reserva de actividad a una titulación o titulaciones concretas, optando por vincularla a la capacitación técnica del profesional en materia de habitabilidad”*.

En otras palabras: mientras en el apartado primero de la resolución reclamada se confirma la *“reserva de actividad”* a favor de los profesionales de la arquitectura, en el apartado segundo se declara que no se está efectuando tal reserva.

²¹ En el Fundamento Segundo la Audiencia Nacional señala que: *“Dicha comunicación o nota informativa no reúne las características de acto administrativo, ni por su apariencia externa ni por su contenido, al no expresar juicio, conocimiento o deseo, ni además existe modificación de derecho subjetivo ni de su patrimonio jurídico.”*

²² En el Fundamento Tercero se dice que: *“...con independencia del contenido de dicha nota informativa, que no tiene ningún valor normativo.”*

II.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 LGUM²³.

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.*

²³ “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 de habitabilidad para la obtención de segundas y ulteriores licencias de ocupación de vivienda) 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 Profesionales²⁴ 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*”²⁵.

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 podrían establecerse mediante norma con rango de Ley cuando fuera necesario por razones de interés general y de acuerdo con los principios de proporcionalidad y no discriminación²⁶.

²⁴ Véase página 5.

²⁵ Véase página 5 Nota 3.

²⁶ “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.”

No obstante, aunque las previsiones del artículo 7 del Anteproyecto no resulten todavía aplicables por tratarse de una propuesta legislativa sin valor normativo²⁷, 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 La Vila Joiosa (Alicante/Alacant) de una concreta titulación o cualificación (arquitecto o arquitecto técnico) 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.

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 la página 9 de la Resolución reclamada de 16.05.2016 se aduce expresamente como razón imperiosa de interés general “*la protección de la seguridad y salud de los consumidores*”, ya que, a juicio del Ayuntamiento “*la habitabilidad tiene una relación directa con la seguridad de las personas y la protección del medio ambiente*”, señalando como referencia normativa el artículo 4.1 de la Ley valenciana 3/2004, de 30 de junio. En dicho precepto se dice que:

Con el fin de garantizar la seguridad de las personas, el bienestar de la sociedad y la protección del medio ambiente, los edificios deberán proyectarse, construirse, mantenerse y conservarse de tal forma que se satisfagan los requisitos básicos siguientes.

Respecto a la razón imperiosa de interés general y a la cita normativa alegadas por la Administración reclamada, debe señalarse que:

²⁷ 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.

- El artículo 4.1 de la Ley valenciana 3/2004 no asocia las razones imperiosas de interés general en él mencionadas a la actuación de determinados profesionales o técnicos (requisito subjetivo), sino al cumplimiento, por parte de la edificación, de determinados requisitos objetivos de seguridad, funcionalidad y habitabilidad.
- El artículo 34.2 de la Ley 3/2004, relativo a las licencias de segunda ocupación, habla de “*facultativo competente*” sin indicar titulación concreta alguna, encomendando el artículo 5.3.b) de la propia Ley 3/2004 a la Administración que se encargue de “*incrementar la profesionalidad y la transparencia del sector, la identificación de los agentes y su idoneidad*”.
- En todo caso, y aunque en este supuesto concorra la razón imperiosa de interés general antes citada, debería haberse evitado vincular una reserva de actividad a una titulación o a titulaciones concretas, optando por vincularla a la capacitación técnica del profesional en cuestión, según se indica tanto en las SSTJUE de 22 de enero (C-31/00) y 16 de mayo (C-232/99) de 2002 anteriormente citadas, como 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 anteriormente en el presente Informe.

Por tanto, el Ayuntamiento reclamado debería haber ponderado, a juicio de esta Comisión:

- Las competencias exigidas para la expedición de la certificación de habitabilidad, 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 titulación, capacitación técnica y experiencia concretas del profesional actuante en el expediente de obtención de licencia de segunda ocupación objeto de reclamación.

En cuanto a la **proporcionalidad** de la restricción impuesta, no se argumenta en el acto reclamado la inexistencia de otro medio menos restrictivo o distorsionador para la actividad del sujeto afectado.

Los criterios expuestos en este Informe, indicados también en nuestros anteriores Informes de 19 de agosto (UM/034/14)²⁸, 5 de septiembre

²⁸ <http://www.cnmc.es/es-es/cnmc/unidaddemercado.aspx?num=UM%2f034%2f14&ambito=Impugnaciones+y+Unidad+de+Mercado&b=UM%2f034%2f14&p=5&ambitos=Impugnaciones+y+Unidad+de+Mercado&estado=0§or=0&av=0>.

(UM/028/14)²⁹ y 30 de octubre de 2014 (UM/059/14)³⁰, coinciden plenamente con los criterios de la SECUM, vertidos entre otros, en sus Informes de 12 de septiembre de 2014³¹, 6 de noviembre de 2014³², 26 de febrero de 2015³³ y 3 de febrero de 2016³⁴.

Finalmente, en cuanto a las competencias profesionales para suscribir IEE, a las que se hace referencia en la Resolución de 16.05.2016 (véase página 5), esta Comisión también se ha mostrado contraria a la reserva profesional. Así se indica en los Informes UM/080/15 de 30 de noviembre de 2015³⁵ y UM/055/16 de 3 de junio de 2016, cuyos criterios coinciden con los expresados por la SECUM en sus Informes 26/1540 de 4 de diciembre de 2015³⁶ y 28/1613 de 6 de junio de 2016.

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 arquitecto o arquitecto técnico

²⁹ <http://www.cnmc.es/es-es/cnmc/unidaddemercado.aspx?num=UM%2f028%2f14&ambito=Impugnaciones+y+Unidad+de+Mercado&b=UM%2f028%2f14&p=5&ambitos=Impugnaciones+y+Unidad+de+Mercado&estado=0§or=0&av=0>.

³⁰ <http://www.cnmc.es/es-es/cnmc/unidaddemercado.aspx?num=UM%2f059%2f14&ambito=Impugnaciones+y+Unidad+de+Mercado&b=UM%2f059%2f14&p=5&ambitos=Impugnaciones+y+Unidad+de+Mercado&estado=0§or=0&av=0>.

³¹ <http://www.mineco.gob.es/stfls/mineco/economia/ficheros/pdf/Cualificacionprofesionalingenieros2.pdf>

³² <http://www.mineco.gob.es/stfls/mineco/economia/ficheros/pdf/Cualificacionprofesionalcertificadoshabitabilidad26.pdf>

³³ <http://www.mineco.gob.es/stfls/mineco/economia/ficheros/pdf/CUALIFICACIONESLicenciasequndaocupacion3.pdf>

³⁴ <http://www.mineco.gob.es/stfls/mineco/economia/ficheros/pdf/26.35ACTIVIDADESPROFESIONALESCertificadostecnicos.pdf>

³⁵ <http://www.cnmc.es/es-es/buscadordeexpedientes.aspx?num=UM%2F080%2F15&ambito=Impugnaciones+y+Unidad+de+Mercado>.

³⁶ <http://www.cnmc.es/es-es/buscadordeexpedientes.aspx?num=UM%2F080%2F15&ambito=Impugnaciones+y+Unidad+de+Mercado>.

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 (LGUM) 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.

2º.- Dicha restricción ha sido fundada por la Resolución reclamada de 16 de mayo de 2016 en una de las razones imperiosas de interés general del artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, concretamente en la protección de la seguridad y salud de los consumidores.

No obstante, en la legislación sectorial aplicable (artículos 4.1, 5.1 y 34 de Ley valenciana 3/2004, de 30 de junio; artículo 222 de la Ley valenciana 5/2014, de 25 de julio; artículo 3.2 del Decreto núm. 161/1989, de 30 de octubre) la razón imperiosa de interés general alegada por la Administración reclamada no aparece directamente vinculada a requisitos subjetivos de titulación profesional sino a requisitos objetivos de la edificación. Únicamente en el caso de primera ocupación de viviendas de nueva planta se exigen requisitos concretos de titulación (cotejar artículos 3.1.b) y 3.2.e) de Decreto núm. 161/1989, de 30 de octubre), pero no en el supuesto de segunda y ulteriores ocupaciones de edificaciones residenciales.

Asimismo, también debería haberse razonado en este caso la proporcionalidad de la restricción impuesta 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 haya concurrido una razón imperiosa de interés general como la anteriormente citada, debería haberse evitado vincular una reserva de actividad a una titulación o a titulaciones concretas, optando por vincularla a la capacitación técnica y experiencia del profesional, en la línea de la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea expresada en las SSTJUE de 22 de enero (C-31/00) y 16 de mayo (C-232/99) de 2002.

3º.- No habiéndose justificado ni la necesidad ni la proporcionalidad de la exigencia contenida en la Resolución de 16 de mayo de 2016 del Ayuntamiento de La Vila Joiosa, debe considerarse dicha exigencia contraria al artículo 5 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado.

4º.- En el caso de que el Ayuntamiento reclamado no suprimiera la exclusión o restricción profesional arriba indicada, esta Comisión vendría legitimada para impugnar la Resolución de 16 de mayo de 2016, de conformidad con lo previsto en el artículo 27 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado y las especialidades procesales previstas en los artículos 127 bis ter y quáter de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.