



SECRETARÍA DEL CONSEJO PARA LA UNIDAD DE MERCADO
MINISTERIO DE ECONOMÍA Y COMPETITIVIDAD
Pº CASTELLANA, 162-Planta 20
28071-MADRID

INFORME Nº 8/2015, EN EL MARCO DEL PROCEDIMIENTO DE INFORMACIÓN DE OBSTÁCULOS O BARRERAS A LA UNIDAD DE MERCADO DEL ARTÍCULO 28 DE LA LEY 20/2013, DE 9 DE DICIEMBRE, DE GARANTÍA DE LA UNIDAD DE MERCADO (EXPEDIENTE (...)) “CERTIFICADO TÉCNICO LICENCIA DE APERTURA”

I. ANTECEDENTES

Con fecha 9 de abril tuvo entrada en esta Secretaría del Consejo para la Unidad del Mercado (en adelante, la SECUM) escrito formulado por D. (...), en nombre y representación de (...) relativa a la titulación requerida para la firma de un Certificado Técnico de licencia de apertura. Dicha reclamación fue presentada en el marco del procedimiento del artículo 26 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado (LGUM, en lo sucesivo).

Con fecha 13 de abril se ha presentado por parte del mismo interesado el desistimiento en la reclamación anterior, solicitando que la misma se reconduzca al artículo 28 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre. Así, con esta última fecha, se da inicio a la tramitación por parte de esta Secretaría del escrito en el marco de dicho artículo 28 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre.

Ese mismo día, 13 de abril, la SECUM ha dado traslado a la Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía de la solicitud y de toda la información que obra en el expediente, en su condición de punto de contacto por parte de la Comunidad Autónoma de Andalucía, y a fin de que formule las observaciones previstas en el artículo 26 de la LGUM.

En el mencionado escrito se señala que el Ayuntamiento de Marbella (Málaga) no admite a trámite la documentación presentada y firmada por ingeniero técnico de obras públicas en el marco del procedimiento de declaración responsable para el inicio de actividad de servicios de un centro estético por no considerar técnico competente al citado profesional que firma el certificado sobre el cumplimiento de la normativa urbanística y técnica que acompaña a la mencionada declaración responsable.

Según el informante, los hechos señalados vulneran los principios inspiradores de la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado, pues considera que la notificación del Ayuntamiento de Marbella exigiendo que el trabajo sea firmado por técnico con otra titulación constituye un acto incompatible con la libertad de circulación por razón de la profesión que se ejerce, lo que lleva a considerar que se vulneran los intereses que al Colegio de Ingenieros Técnicos de Obras Públicas e Ingenieros Civiles le corresponde defender.



II. MARCO REGULATORIO

La Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (Ley Paraguas), por la que se transpuso al ordenamiento jurídico español, junto con la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley Sobre el Libre Acceso a las Actividades de Servicios y su Ejercicio, 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 (Directiva de Servicios), vinieron a consolidar los principios regulatorios compatibles con las libertades básicas de establecimiento y de libre prestación de servicios, y al mismo tiempo trataron de suprimir las barreras y reducir las trabas al acceso de las actividades de servicios y su ejercicio.

Concretamente, la Ley 17/2009, de 23 de noviembre en su artículo 11 prohíbe supeditar el acceso a las actividades de servicios al cumplimiento de requisitos que reserven dicho acceso a una serie de prestadores concretos debido a la índole específica de la actividad y sean distintos de los exigidos para el acceso a las distintas de los exigidos para el acceso a las profesiones reguladas, contemplados en la Directiva 2005/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de septiembre de 2005, relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales.

Debe recordarse, asimismo, que en estos momentos se está tramitando por el Gobierno una reforma del marco regulatorio de los servicios profesionales y de los Colegios Profesionales a través del Anteproyecto de Ley de Servicios y Colegios Profesionales aprobado por el Consejo de Ministros el 2 de agosto de 2013 (en adelante, APLCSP). Según la propia Exposición de Motivos, la regulación actual de los servicios profesionales es claramente susceptible de perfeccionamiento, dado que se caracteriza por ser copiosa, fragmentaria, obsoleta y excesiva y que no ha evitado la conflictividad entre profesionales, y sobre la que resulta imprescindible realizar una profunda reforma tal como vienen recomendando distintos organismos internacionales (OCDE, FMI, UE) como vía para garantizar la competitividad y el crecimiento. Además, se indica en su Exposición de motivos que esta Ley (de Servicios y Colegios Profesionales) debe considerarse complementaria a la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado, en cuanto ambas leyes pretenden aplicar los principios de buena regulación económica, eliminando obstáculos y barreras de acceso y ejercicio innecesarios, desproporcionados o discriminatorios con el objetivo de crear un marco regulatorio eficiente para las actividades económicas. En concreto, la futura Ley estaría aplicando dichos principios al sector de los servicios profesionales y a las restricciones de acceso basadas en la exigencia de una cualificación.

Así pues, la futura Ley de Servicios y Colegios Profesionales, cuya aprobación se anuncia cercana, establecerá el principio general de libertad de acceso y ejercicio de las actividades profesionales, acompañado por el de igualdad de trato y no discriminación y por el de eficacia en todo el territorio nacional que reconoce la capacidad para ejercer en todo el territorio nacional de los profesionales con independencia de donde se haya accedido a la actividad profesional. De tal modo que las restricciones de acceso sólo podrán establecerse por ley cuando se justifique por razones de interés general y atendiendo a la aplicación de los principios de necesidad, proporcionalidad y no discriminación, y con ello se evitará la proliferación de barreras de entrada



poco justificadas o determinadas sólo por los intereses particulares de algún colectivo en perjuicio de otro.

Con carácter general, es preciso mencionar la Ley 12/1986, de 1 de abril, que regula las atribuciones profesionales. En dicha norma se establece las facultades y atribuciones profesionales y de los requisitos que habrían de cumplirse para el ejercicio de la profesión de los Arquitectos e Ingenieros técnicos. Dicha Ley establece en su artículo 2, como criterio básico, que los Ingenieros Técnicos tendrán la plenitud de facultades y atribuciones en el ejercicio de la profesión, dentro del ámbito de su respectiva especialidad técnica. Este principio se desarrolla en el artículo 2 cuyo apartado 1, señala que corresponden a los Ingenieros Técnicos, dentro de su especialidad, las siguientes atribuciones profesionales:

- La redacción y firma de proyectos que tengan por objeto la construcción, reforma, 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.
- La dirección de las actividades objeto de los proyectos a que se refiere el apartado anterior, incluso cuando los proyectos hubieran sido elaborados por un tercero.
- La realización de mediciones, cálculos, valoraciones, tasaciones, peritaciones, estudios, informes, planos de labores y otros trabajos análogos.
- El ejercicio de la docencia en sus diversos grados en los casos y términos previstos en la normativa correspondiente y, en particular, conforma lo dispuesto en la Ley Orgánica 11/1983, de 25 de Agosto, de Reforma Universitaria.
- La dirección de toda clase de industrias o explotaciones y el ejercicio en general respecto a ellas, de las actividades a que se refieren los apartados anteriores.

Finalmente, y de forma más específica la Orden CIN/307/2009, de 9 de febrero, establece los requisitos para la verificación de los títulos universitarios oficiales que habiliten para el ejercicio de la profesión de Ingeniero Técnico de Obras Públicas. Esta Orden recoge las competencias que estos profesionales deben adquirir en sus estudios entre las que destacan conocimientos sobre mediciones, planos, trazados y proyectos de construcción de obras, sistemas de abastecimiento y saneamiento, seguridad y salud en las obras de construcción, impacto ambiental, las infraestructuras en la ordenación del territorio y para participar en la urbanización del espacio público urbano, tales como distribución de agua, saneamiento, gestión de residuos, sistemas de transporte, tráfico, iluminación, etc., entre otras.

III. POSICIONAMIENTO DE LAS AUTORIDADES DE COMPETENCIA SOBRE LAS RESERVAS DE ACTIVIDAD

Se considera de interés a este respecto, poner en valor la posición crítica que las Autoridades de defensa de la competencia vienen manteniendo en relación con situaciones que puedan constituir una reserva de actividad a favor de determinados profesionales o colectivos, por sus evidentes efectos negativos sobre la libre competencia, al establecer limitaciones en la oferta de servicios en el mercado, que sólo bajo excepcionales circunstancias podrían estar justificadas. Así se desprende de las numerosas actuaciones desarrolladas por las Autoridades de



competencia (nacional, extinto Tribunal de Defensa de la Competencia “TDC” o el Consejo de la también extinta Comisión Nacional de la Competencia “CNC” actualmente integrada en la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia “CNMC” como autonómicas, ADCA entre otras) desde la óptica de promoción de la competencia a través de los estudios e informes elaborados sobre el sector de los servicios y colegios profesionales, realizando un exhaustivo análisis de este sector con el fin de mejorar las condiciones de competencia en el mismo ¹, y desde el punto de vista de defensa de la competencia mediante la instrucción de expedientes sancionadores en este ámbito².

Asimismo, conviene recordar que la utilización o interpretación del término “técnico competente” no ha estado exenta de ciertas controversias en las Administraciones Públicas, precisamente ante la falta de concreción en la legislación española sobre el concepto de técnico competente y sobre las atribuciones profesionales de las diferentes titulaciones técnicas. Lo que ha motivado con frecuencia que tales conflictos se hayan resuelto en sede judicial, existiendo multitud de sentencias y líneas jurisdiccionales, cuya doctrina no ha sido uniforme. Así se recoge en la Resolución S/02/2012, del CDCA, sobre el asunto “Consejo Andaluz de Colegios Oficiales de Arquitectos”, cuando señala que “(...) la continua utilización de expresiones como “el técnico competente” ha dado lugar a una gran litigiosidad en la materia, que se ha interpretado en sede judicial como una evidente voluntad del legislador de no establecer un

¹ Se aconseja la consulta de los siguientes informes:

- Informe sobre el proyecto normativo 110/13 relativo al Anteproyecto de Ley de Servicios y Colegios Profesionales, de noviembre de 2013 (CNMC)
- Informe sobre los Colegios Profesionales tras la transposición de la Directiva de Servicios, de 18 de abril de 2012 (CNC)
- Informe y recomendaciones en relación con la negativa de distintas Administraciones Públicas a la autorización de proyectos energéticos firmados por Ingenieros de Minas, de 2010 (CNC)
- Informe 06/09 denominado “Informe sobre Promoción de la Competencia en los Colegios Profesionales de la Comunidad Autónoma de Andalucía, de 2009 (CDCA)
- Informe sobre el sector de los servicios y colegios profesionales, de 2008 (CNC)
- Informe sobre el libre ejercicio de las profesiones. Propuesta para adecuar la normativa sobre las profesiones colegiadas al régimen de libre competencia vigente en España, de 1992 (TDC)

El contenido íntegro de todos los documentos citados de la CNMC, CNC y del TDC se encuentran publicados en la página Web de la CNMC: <http://www.cnmc.es/>. Por su parte, el informe mencionado del CDCA se encuentra disponible en la página Web de la ADCA: <http://web.adca.junta-andalucia.es/>

² Véanse, entre otras, las Resoluciones del CDCA en la presente materia: Resolución S/08/2012, del CDCA, de fecha 15 de marzo de 2012, en el Expte. COLEGIO DE APAREJADORES Y ARQUITECTOS TÉCNICOS DE SEVILLA; Resolución S/09/2014, del CDCA, de fecha 12 de marzo de 2012, Expte. COAS Y CACOA; Resolución S/02/2012, del CDCA, de fecha 6 de febrero de 2012, Expte. CONSEJO ANDALUZ DE COLEGIOS OFICIALES DE ARQUITECTOS; o la Resolución S/03/2012, de fecha 6 de febrero de 2012 (Expte. Delegación Provincial de Córdoba de la Consejería de Economía, Innovación y Ciencia). El contenido íntegro de las mencionadas Resoluciones pueden consultarse en el siguiente enlace: <http://web.adca.junta-andalucia.es/defensa-de-la-competencia/expedientes-y-resoluciones>.



monopolio o exclusividad a favor de un determinado profesional permitiendo la intervención de toda profesión titulada que garantice la formación técnica necesaria para la realización de un proyecto.”. En esta misma línea, el CDCA en su Resolución S/09/2014, de fecha 12 de marzo de 2012, sobre el Expte. COAS Y CACOA, hace referencia a la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 2012, en su fundamento de derecho séptimo, donde el más alto Tribunal pone de manifiesto que la jurisprudencia de esa Sala, relativa a las competencias de las profesiones tituladas, de forma reiterada señala la prevalencia del principio de libertad de acceso con idoneidad sobre el de exclusividad y monopolio competencial. En este caso, la ausencia de una previsión expresa permite una interpretación favorable a la libre competencia, que está sostenida por la neutralidad del término “técnico competente”, por la doctrina del Tribunal Supremo, y por las autoridades de competencia, en lo que se refiere a las habilitaciones profesionales para desarrollar ciertas funciones.

En resumen, esta doctrina jurisprudencial es coincidente con la doctrina recaída sobre la presente materia por las Autoridades de competencia.

IV. ANÁLISIS DE LA CUESTIÓN DESDE LA ÓPTICA DE LA UNIDAD DE MERCADO

La LGUM tiene por objeto establecer las disposiciones necesarias para hacer efectivo el principio de unidad de mercado en el territorio nacional. La unidad de mercado se fundamenta en la libre circulación y establecimiento de los operadores económicos, en la libre circulación de bienes y servicios por todo el territorio español, sin que ninguna autoridad pueda obstaculizarla directa o indirectamente, y en la igualdad de las condiciones básicas de ejercicio de la actividad económica.

A este respecto, el artículo 2 de la LGUM determina el ámbito de aplicación de esta Ley, que incluye el acceso y ejercicio de las actividades económicas en condiciones de mercado y, en consecuencia, a todos los actos y disposiciones de las diferentes Administraciones Públicas que afecten al acceso y ejercicio de las mencionadas actividades económicas. En particular, dice que:

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

En este sentido, la prestación de servicios profesionales se entiende como una actividad económica que entraría dentro del ámbito de aplicación de la LGUM.

Por su parte, el artículo 9 de la LGUM establece que todas las autoridades competentes velarán, en las actuaciones administrativas, disposiciones y medios de intervención adoptados en su ámbito de actuación, por la observancia de los principios de no discriminación, cooperación y confianza mutua, necesidad y proporcionalidad de sus actuaciones, eficacia en todo el territorio nacional de la misma, simplificación de cargas y transparencia. En particular, señala el apartado 2 de este precepto, que garantizarán el cumplimiento de tales principios en las siguientes disposiciones y actos:

“a) Las disposiciones de carácter general que regulen una determinada actividad



económica o incidan en ella.

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

c) La documentación relativa a los contratos públicos, incluidos los pliegos y cláusulas de los contratos públicos.

d) Los actos dictados en aplicación de las disposiciones, requisitos y condiciones mencionados en las letras anteriores, así como los procedimientos asociados a los mismos.

e) Los estándares de calidad emanados de normas o consejos reguladores, así como los actos que acrediten el cumplimiento de estos estándares de calidad.

f) Cualesquiera otros actos, resoluciones y procedimientos administrativos que afecten a los operadores económicos.”

El objeto de la solicitud de información es una actuación de una Administración Pública local, que versa sobre la definición de técnico competente y sobre las atribuciones profesionales de las diferentes titulaciones técnicas, en particular sobre la titulación académica que debe poseer el profesional que confeccione una certificación en el marco de un procedimiento de declaración responsable para el inicio de actividad.

El enfoque a realizar debería sustentarse en si la exigencia por parte del Ayuntamiento de una concreta titulación o cualificación a los profesionales que expidan certificaciones sobre el cumplimiento de la normativa urbanística y técnica se efectúan de conformidad con lo previsto en los artículos 5 LGUM y 39 bis LRJPAC, tal y como señala el reciente informe de la CNMC de 5 de septiembre de 2014 sobre el asunto de cualificaciones profesionales³.

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.”

³Ver: <http://www.cnmc.es/es-es/cnmc/ficha.aspx?num=UM/028/14&ambito=Impugnaciones%20y%20Unidad%20de%20Mercado&p=1>



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.”

En concreto, se trataría de realizar un análisis sobre la necesidad y proporcionalidad de la restricción impuesta. En cuanto a la necesidad, en última instancia, la reserva de actividad expuesta debería estar vinculada a la capacitación técnica del profesional y no a una titulación concreta. Asimismo, tendría que estar sustentada en una razón imperiosa de interés general cuestión esta sobre la que no menciona nada la Administración municipal en el documento de denegación de la declaración responsable de inicio de actividad.

Por ello, no puede ser evaluada la proporcionalidad de la medida adoptada por el Ayuntamiento al no poderse identificar si de acuerdo con el fin perseguido no existe otro mecanismo menos distorsionador considerando la imposibilidad de disponer de argumentos sobre la razón imperiosa de interés general que justificaría la mencionada restricción.

Hay que señalar, asimismo, que la capacidad de un profesional para la elaboración y firma de los certificados de la memoria el sobre cumplimiento de la normativa urbanística para poder presentar una declaración responsable de inicio de actividad debería valorarse según la competencia técnica del profesional que realice el trabajo. Según la información disponible estos certificados se basan en el análisis del emplazamiento, accesos y evacuación del mismo, normas de accesibilidad y supresión de barreras arquitectónicas, características del local empresarial, instalaciones, ventilación e iluminación, climatización, instalación eléctrica aguas, incidencia medioambiental, cumplimiento general de la legislación vigente. En atención a las características del trabajo de certificación previsto, parece no existir una exigencia basada en un interés general que pueda sustentar el mantenimiento de una reserva de actividad a unas determinadas titulaciones concretas. En concreto, no se señala por parte del Ayuntamiento la existencia o no de una falta de calidad técnica o la potencial inviabilidad del proyecto como justificaciones para exigir la obligatoriedad de que sea un profesional de una titulación concreta el capacitado para elaborar el documento requerido.

En consecuencia, esta restricción debería eliminarse y por el contrario facilitar que de forma necesaria y proporcionada conforme a los principios de la LGUM se incluyan a todos aquellos profesionales capacitados para la elaboración y la firma de los correspondientes certificados.



V. CONCLUSIONES

1. La exigencia de requisitos concretos de cualificación profesional por parte de las Administraciones Públicas para el desarrollo de una actividad económica, como en este caso, la denegación de la capacidad a un titulado concreto, ingeniero técnico de obra pública, para firma de certificados técnicos de cumplimiento de normativa urbanística y técnica en el marco de los mecanismos de intervención municipal para el inicio de una actividad económica, constituye una restricción de acceso y de ejercicio de 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.
2. Dicha restricción además de que debe estar motivada 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), también debe evitar estar vinculada a una titulación o a titulaciones concretas, optando por vincularla en el caso de existir la mencionada razón que la justifique, a la capacitación técnica del profesional. Asimismo, debe razonarse su proporcionalidad, basándola en la inexistencia de otro medio menos restrictivo o distorsionador para la actividad afectada, en el caso en que se insista en su mantenimiento.
3. No habiéndose acreditado ni la necesidad ni la proporcionalidad de la exigencia contenida en el requerimiento de subsanación de la declaración responsable de inicio de actividad presentado a la Administración, debe considerarse dicha exigencia contraria a la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado.

Sevilla, 21 de abril de 2015

AGENCIA ANDALUZA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA