

**RESOLUCIÓN**  
**EXPEDIENTE SAN 2/2018 – AYUNTAMIENTO SAN JUAN DE**  
**ALICANTE**

Dña. Carmen Estevan de Quesada  
D. Jaume Martí Miravalls

En Valencia, a 13 de enero de 2020#

La Comisión de Defensa de la Competencia de la Comunitat Valenciana (CDC), en la fecha y con la composición arriba expresada, siendo Ponente Dña. Carmen Estevan de Quesada, ha dictado la presente Resolución relativa al expediente SAN 2/2018 – AYUNTAMIENTO SAN JUAN DE ALICANTE.

**I. ANTECEDENTES**

1. El 9 de abril de 2018 se presentó ante la sede electrónica de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) escrito y documentación complementaria suscrito por XXXXXX. En el mencionado escrito se denunciaba al Ayuntamiento de San Juan de Alicante por infracción del artículo 1de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la competencia (en adelante, LDC).#
2. Mediante oficios de 27 de abril de 2018, de la Dirección de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), y 16 de

mayo de 2018, de la Subsecretaria de la Conselleria de Economía sostenible, Sectores Productivos, Comercio y Trabajo de la Generalitat Valenciana, se acordó que la competencia para el conocimiento del asunto, en aplicación de los criterios de la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de coordinación de las competencias en materia de defensa de la competencia entre el Estados y las Comunidades Autónomas, correspondía a los órganos competentes de la Generalitat Valenciana.

## **II. HECHOS DENUNCIADOS**

3. El denunciante, XXXXXX, ingeniero de minas colegiado, denuncia al Ayuntamiento de San Juan de Alicante por conductas que podrían ser contrarias al artículo 1 LDC, consistentes en exigir sucesivos certificados acreditativos de la competencia de los ingenieros superiores de minas para emitir certificados de segunda ocupación de viviendas, suponiendo esta actuación una limitación de competencia que privilegia a arquitectos y arquitectos técnicos.

## **III. INFORMACIÓN RECABADA**

4. El denunciante recibió requerimiento de subsanación del Ayuntamiento de San Juan de Alicante, emitido en fecha 28 de marzo de 2018, relativo a la tramitación de un expediente de licencia de segunda ocupación de vivienda (Expte 1035/2018), en el que se concede un plazo de diez días para la aportación de certificado emitido por profesional técnico competente, pues el certificado del ingeniero superior de minas aportado no se ajusta a las disposiciones aplicables. Previamente a este requerimiento de subsanación, se habría solicitado al cliente del denunciante otra serie de acreditaciones (certificado de eficiencia energética, acreditación de la colegiación del denunciante).

5. Para proceder a este y los anteriores requerimientos se aportó, entre otros, informe de la Asesoría Jurídica del Consejo Superior de Colegios de



Ingenieros de Minas (DOC 001 págs. 11-20) y certificación de la colegiación del denunciante, expedida por la Secretaría del Colegio Oficial de Ingenieros de Minas del Centro (DOC 001 págs. 9-10).

**6.** De acuerdo con las consideraciones del requerimiento de subsanación (DOC 001 págs. 21-23), el certificado emitido por el denunciante, que acompaña la declaración responsable de segunda ocupación presentada, no se ajusta a lo dispuesto en el art. 34 Ley 3/2004, de 30 de junio, de ordenación y fomento de la calidad de la edificación (en adelante, LOFCE), por cuanto la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de ordenación de la edificación (en adelante, LOE) establece que la titulación académica y profesional habilitante para la dirección de obras de construcción de edificios de carácter residencial será la de Arquitecto (artículo 12.3.a) en relación con el artículo 2.1.a) LOE) y la titulación académica y profesional para la dirección de la ejecución de obras de construcción de edificios de carácter residencial es la de Arquitecto Técnico (artículo 13.2.a) en relación con el artículo 2.1<sup>a</sup>) LOE).

Continúa señalando el requerimiento que, relacionado con la capacitación para la realización del proyecto de obra de la construcción que se inspeccione en cada caso, parece lógico considerar que el profesional al que se reconoce competencia para el proyecto de obra de la construcción, la tenga para la inspección de la misma, y a la inversa.

De este modo, y atendiendo a la legislación vigente, el Ayuntamiento considera que son los Arquitectos y los Arquitectos Técnicos los "técnicos competentes" para la emisión del correspondiente informe técnico para la obtención de la licencia de segunda ocupación.

Como conclusión, se considera que el certificado aportado (suscrito por el denunciante) no se ajusta a las disposiciones a las que se alude en el requerimiento.

**7.** Entre esas disposiciones se halla la Circular informativa núm. 3 de fecha 4 de mayo de 2016 (DOC 003) del Ayuntamiento de San Juan de Alicante, que

tiene como finalidad “clarificar controversias en relación a qué profesionales pueden emitir informes de inspección técnica de edificios e informes en relación con las declaraciones de segunda o posteriores actos de ocupación de viviendas, exigidos en tramitaciones incluidas en la Ordenanza de Autorizaciones Urbanísticas y de Autorizaciones para el ejercicio de cualquier tipo de actividad (BOP 9-07-2015)”. Dicha Circular concluye que “Son técnicos competentes para la emisión del Informe de Evaluación de Edificios, los Arquitectos y los Arquitectos Técnicos, que están en posesión de titulaciones académicas y profesionales habilitantes para la redacción de proyectos o dirección de obras y dirección de ejecución de obras de edificación”.

#### **IV. OBJETO DE LA RESOLUCIÓN**

**8.** La presente Resolución tiene por objeto la denuncia contra el Ayuntamiento de San Juan de Alicante por una supuesta infracción del artículo 1 LDC al exigir sucesivos certificados acreditativos de la competencia de los ingenieros superiores de minas para emitir certificados de segunda ocupación de viviendas, actuación que supondría una limitación de competencia que privilegia a arquitectos y arquitectos técnicos.

**9.** La competencia o capacitación profesional de determinados profesionales para realizar informes de evaluación de edificios o certificar el estado de conservación y habitabilidad de las edificaciones de carácter residencial se ha suscitado en varias ocasiones ante la Comisión de Defensa de la Competencia de la Comunitat Valenciana en el ámbito de la LDC (véase, por ejemplo, Expte. SAN 3/2015 Colegio de Aparejadores y Arquitectos Técnicos de Alicante; Expte. PROM 10/2015 Certificados para obtención de licencias de segunda ocupación de viviendas; Expte. PROM 2/2016, Ingenieros Industriales Santa Pola, Expte. SAN 1/2017 de 11 de enero de 2018).

**10.** No obstante, la mayoría de estas cuestiones y reclamaciones se han planteado en el ámbito de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado (en adelante, LGUM), tanto en aplicación del artículo 26 como del artículo 28. La conflictividad es especialmente relevante en relación

con los certificados para la obtención de las licencias de segunda ocupación, pero recientemente se ha extendido también a los Informes de Evaluación de los Edificios (IEE), dado que algunos Ayuntamientos de la Comunitat Valenciana aceptan la competencia de los ingenieros para emitir los mismos y otros sólo reconocen a los arquitectos y arquitectos técnicos para su emisión.

## V. NORMATIVA APLICABLE

11. Además de la LDC alegada por el denunciante, las principales normas estatales y autonómicas que afectan a esta cuestión son las que se exponen a continuación.

### Normativa estatal común a las licencias de segunda ocupación e IEE

12. Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de ordenación de la edificación (en adelante LOE):

Su artículo 2. 1 determina y define en el ámbito de aplicación de la ley (el proceso de la edificación), diferenciando las edificaciones por usos entre distintos grupos:

- a) Administrativo, sanitario, religioso, residencial, docente y cultural.
- b) Aeronáutico, agropecuario, de la energía, de la hidráulica, minero, de ingeniería de telecomunicaciones, del transporte (marítimo, fluvial y aéreo), forestal, industrial, naval, de la ingeniería de saneamiento e higiene, y el accesorio a las obras de ingeniería y su explotación.
- c) El resto de las edificaciones cuyos usos no estén relacionados en los grupos anteriores.

El artículo 2.2 establece que se considera edificación y por tanto requiere de proyecto:

- a) las obras de nueva construcción (excepto las de escasa entidad constructiva y sencillez técnica, que no tengan de forma eventual o permanente carácter residencial ni público y sean solo de una planta).
- b) las intervenciones en edificios existentes si alteran su configuración arquitectónica (es decir, que produzcan una variación esencial en la

composición general exterior, volumetría, el conjunto del sistema estructural o supongan un cambio de los usos del edificio).

c) las obras de intervención total en edificaciones catalogadas o que dispongan de protección de carácter ambiental o histórico-artístico, regulada por ley o documento urbanístico, y aquellas obras de carácter parcial que afecten a los elementos o partes objeto de protección.

El artículo 5 LOE sujeta la construcción de edificios y la ejecución de las obras que en ellos se realicen, así como su ocupación, a las preceptivas licencias y autorizaciones administrativas.

En los artículos 10.2 a), 12.3.a) y 13.2.a) LOE se establecen como titulaciones académicas y profesionales que habilitan para realizar proyectos, dirigir la obra y dirigir la ejecución de obra, en edificios con los usos previstos en el art. 2.1.a) de la propia ley (administrativo, sanitario, religioso, residencial en todas sus formas, docente y cultural), las de arquitectura o arquitectura técnica. Si el proyecto, la dirección de obra o la dirección de la ejecución de obra se refiere a edificios con los usos previstos en el artículo 2.1 apartados b) y c) se establecen también como titulaciones académicas y profesionales habilitantes las de ingeniería e ingeniería técnica.

#### Normativa autonómica

**13.** Ley 3/2004, de 30 de junio, de Ordenación y Fomento de la Calidad de la Edificación (LOFCE).

Su artículo 2.2 define lo que considera edificación (exigiendo proyecto), diferenciándola por uso y grupos en términos similares a la LOE; y su artículo 4.1 establece los requisitos básicos de la misma, también en términos similares a la LOE.

El artículo 26.1 LOFCE establece que “la construcción de edificios, la realización de las obras que en ellos se ejecuten y su ocupación precisará la obtención de las preceptivas licencias municipales de edificación y de ocupación, y demás autorizaciones administrativas procedentes”.

En los artículos 32 a 34 LOFCE se regula la licencia municipal de ocupación:



De acuerdo con el art. 33 LOFCE la licencia municipal de ocupación es exigible una vez concluidas las obras comprendidas en el ámbito de aplicación de dicha ley; y, transcurridos diez años desde la obtención de la primera licencia de ocupación, será necesaria la renovación de la misma: a) cuando se produzca la segunda o posteriores transmisiones de la propiedad; b) cuando sea necesario formalizar un nuevo contrato de suministro de agua, gas o electricidad. También es preceptiva la obtención de la licencia de ocupación cuando se produzca una alteración del uso de la edificación, con independencia del tiempo transcurrido desde la obtención de la anterior.

Específicamente con relación a las licencias de segunda o ulterior ocupación, el artículo 34.2 LOFCE establece que “(...) los propietarios deberán solicitarla al ayuntamiento, aportando certificado del facultativo competente de que el edificio o, en su caso, la parte del mismo susceptible de un uso individualizado, se ajusta a las condiciones que supusieron el otorgamiento de la primera o anterior licencia de ocupación a la que se solicita”. La misma referencia al “certificado del facultativo competente” se realiza en el apartado tercero de este artículo para los casos de edificación existente sin que tuvieran licencia de ocupación anterior.

**14.** Normas de desarrollo de la LOFCE que contienen las exigencias básicas de funcionalidad (utilización, accesibilidad y dotación), así como las exigencias básicas de habitabilidad no desarrolladas en el CTE (Real Decreto 314/2006, de 17 de marzo, por el que se aprueba el Código Técnico de la Edificación) para las viviendas y alojamientos en la Comunitat Valenciana:

- El Decreto 151/2009, de 2 de octubre, del Consell, por el que se aprueban las exigencias básicas de diseño y calidad en edificios de viviendas y alojamientos.
- La Orden de 7 de diciembre de 2009, de la Conselleria de Medio Ambiente, Agua, Urbanismo y Vivienda, por la que se aprueban las condiciones de diseño y calidad en desarrollo del Decreto 151/2009, de 2 de octubre (Modificada por la Orden 19/2010, de 7 de septiembre de la Conselleria de Medio Ambiente, Agua, Urbanismo y Vivienda).

**15.** Decreto 161/1989, de 30 de octubre, del Consell de la Generalitat Valenciana, por el que se regula el procedimiento de expedición de las cédulas de habitabilidad.

Su artículo 3 establece que el propietario de una vivienda o, en su defecto, el usuario está obligados a obtener la Cédula de habitabilidad antes de ocupar la vivienda. El apartado 3.1.b) exige, entre la documentación que deben presentar para obtenerla, la “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”. Y según establece el artículo 3.2.e), para el caso de segundas ocupaciones la solicitud de licencia debe acompañarse de “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”.

Normativa estatal relativa a los Informes de Evaluación de Edificios (IEE)

**16.** Real Decreto legislativo 7/2015, de 30 de octubre, que aprueba el texto refundido de la Ley del Suelo y Rehabilitación Urbana (en adelante TRLSRU). Su artículo 29 regula el Informe de Evaluación de los Edificios (IEE) que acredita “la situación en la que se encuentran aquéllos, al menos en relación con el estado de conservación del edificio y con el cumplimiento de la normativa vigente sobre accesibilidad universal, así como sobre el grado de eficiencia energética de los mismos”.

Los apartados 2 a 6 de este artículo, el artículo 30 (que regulaba la capacidad para suscribir el IEE), la disposición transitoria segunda (calendario para la realización del IEE) y la disposición final primera (sobre cualificaciones requeridas para suscribir los IEE), fueron declarados inconstitucionales por Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 143/2017, de 14 de diciembre de 2017, en cuanto reproducen el contenido de los preceptos de la Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas.



**17.** Real Decreto 235/2013, de 5 de abril, que aprueba el procedimiento básico para la certificación energética de los edificios.

El artículo 1.3.p) del Procedimiento básico para la certificación energética de los edificios define el técnico competente para suscribir los certificados al “técnico que esté en posesión de cualquiera de las titulaciones académicas y profesionales habilitantes para la redacción de proyectos o dirección de obras y dirección de ejecución de obras de edificación o para la realización e proyectos de sus instalaciones térmicas, según lo establecido en la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, o para la suscripción de certificados de eficiencia energética, o haya acreditado la cualificación profesional necesaria para suscribir certificados de eficiencia energética según lo que se establezca en la orden prevista en la disposición adicional cuarta.”

**18.** Real Decreto 233/2013, de 5 de abril por el que se regula el Plan Estatal de fomento del alquiler de viviendas, la rehabilitación edificatoria, y la regeneración y renovación urbanas 2013-2016, que desarrolla la Ley 8/2013, de 26 de junio, de Rehabilitación, Regeneración y Renovación Urbanas (los artículos 21.1.a y 36 hacen referencia a la emisión del IEE suscrito por “Técnico Competente”). Mediante Real Decreto 637/2016, de 9 de diciembre, se prorrogó durante un año la vigencia del mencionado Plan.

Normativa autonómica específica de los Informes de Evaluación de Edificios (IEE)

**19.** Ley 5/2014, de 25 de julio, de la Generalitat, de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Paisaje, de la Comunitat Valenciana:

Su artículo 180.2 dispone que “Los propietarios de toda edificación con uso residencial destinado a vivienda de antigüedad superior a cincuenta años, en los términos y condiciones que haya determinado reglamentariamente la conselleria competente en materia de vivienda, deberán promover, al menos cada diez años, la realización de una inspección técnica, a cargo de facultativo competente que evalúe el estado de conservación del edificio”.

**20.** Decreto 81/2006, de 9 de junio, del Consell, de desarrollo de las medidas y ayudas financieras a la rehabilitación de edificios y viviendas#en la

Comunitat Valenciana en el marco del Plan Estatal 2005-2008 y del Programa Restauro de la Generalitat.

Sus artículos 25.2, 26 y 27 regulan el informe de conservación de edificios (ICE).

**21.** Resolución de 8 de septiembre de 2014, de la Dirección General de Obras Públicas, Proyectos Urbanos y Vivienda, que establece en su artículo único que la incorporación del certificado de eficiencia energética, regulado en el RD 235/2013, al informe de conservación del edificio, regulado en el Decreto 81/2006, será equivalente a todos los efectos en la Comunitat Valenciana al informe de evaluación del edificio regulado en la Ley 8/2013, pasando a denominarse IEE.CV.

**22.** Resolución de 3 de marzo de 2015, de la Conselleria de Infraestructuras, Territorio y Medio ambiente, que aprueba el documento reconocido para la calidad en la edificación denominado “Procedimiento para la elaboración del Informe de Evaluación del Edificio. Comunitat Valenciana”.

## **VI. VALORACIÓN DE LA CONDUCTA COMO POSIBLE INFRACCIÓN DE LA LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA**

### **Definición del Mercado de referencia**

**23.** La valoración de la conducta denunciada como posible infracción de la LDC requiere, como paso previo, la definición del mercado relevante, o mercado de referencia, en que aquella se produce. Dicho mercado relevante ha de definirse en dos aspectos, el mercado de producto y el mercado geográfico, de cuya conjunción se obtiene el mercado referencia para el caso concreto.

**24.** De conformidad con el apartado 7 de la Comunicación de la Comisión de la Unión Europea relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa europea en materia de competencia, “El mercado de producto de referencia comprende la totalidad de los productos y servicios que los consumidores consideren intercambiables en razón de sus características, su precio o el uso que prevean hacer de ellos”. En el presente caso, el mercado

de referencia desde la perspectiva de producto consiste en la prestación de servicios profesionales consistentes en la emisión de los certificados para obtener las licencias de segunda ocupación de viviendas, que analizan la adecuación de las edificaciones a la normativa de aplicación, en función del uso y características de los edificios. Aunque no es el caso en concreto de la denuncia, la Circular núm. 3 del Ayuntamiento de San Juan de Alicante se refiere también a los Informes de Evaluación de Edificios en los que los profesionales competentes evalúan el estado de conservación de los edificios, las condiciones de accesibilidad y se certifica su eficiencia energética.

**25.** En cuanto al mercado de referencia geográfico, según el apartado 8 de la Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia, este “comprende la zona en la que las empresas afectadas desarrollan actividades de suministro de los productos y de prestación de los servicios de referencia, en la que las condiciones de competencia son suficientemente homogéneas y que puede distinguirse de otras zonas geográficas próximas debido, en particular, a que las condiciones de competencia en ella prevalecientes son sensiblemente distintas a aquéllas”. En el presente caso el marco geográfico del mercado de referencia, no obstante la libertad de prestación de servicios y por razón básicamente de versar sobre análisis de inmuebles y la competencia territorial de la entidad local de la que procede la actuación denunciada, se limita al municipio de San Juan de Alicante.

#### **Sujeción de las Administraciones públicas a la LDC**

**26.** Dado que la denunciada es una administración pública, resulta conveniente apuntar algunas ideas respecto a la sujeción de las Administraciones Públicas a la LDC.

**27.** El artículo 4.2 de la LDC prevé la actuación de los órganos de defensa de la competencia con respecto a actuaciones de las administraciones públicas, en materia de conductas restrictivas de la competencia, al establecer que, “Las prohibiciones del presente capítulo se aplicarán a las situaciones de

restricción de la competencia que se deriven del ejercicio de otras potestades administrativas o sean causadas por la actuación de los poderes públicos o las empresas públicas sin dicho amparo legal”. Esto es, la actuación de las administraciones públicas está sujeta a la LDC, y esta sujeción únicamente decae para el caso de que una ley haya expresamente contemplado y amparado una conducta restrictiva de la administración (art. 4.1. LDC).

**28.** Por otra parte, la sentencia de 18 de julio de 2016 del Tribunal Supremo, al casar la sentencia de la Audiencia Nacional de 6 de junio de 2012 dictada en el recurso contencioso-administrativo nº 626/2011, ha insistido en que la condición de operador económico con la que actúe o no una administración pública no es el criterio o condición previa de aplicación de la LDC a una determinada actuación administrativa (específicamente de su artículo 1, relativo a conductas colusorias, pues en realidad la condición de operador económico sí es necesaria para “cubrir” el tipo de las conductas de abuso de posición de dominio – artículo 2 LDC – o de acto de competencia desleal con afectación al interés público – artículo 3 LDC –, como se analiza más adelante), y así señala que:

- La sujeción al derecho de la competencia viene determinada no tanto por la naturaleza pública o privada de la entidad o institución, ni por las características externas de la actuación o la forma que ésta adopte, sino por la capacidad de dicha conducta para incidir en el mercado y restringir la competencia.
- Aceptando que constituye "actividad económica" la consistente en ofrecer bienes o servicios en un determinado mercado, lo que llevamos razonado conduce a concluir que la participación en esa actividad económica, y, por tanto, en la conducta infractora definida en el artículo 1 de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia, puede darse en diferentes grados y formas, sin excluir las categorías tradicionales del derecho penal como son el instigador o inductor, el cooperador necesario, etc.

- Sin duda habrá supuestos en que, por estar dirigida la apreciación de una posible vulneración del derecho de la competencia contra un acto administrativo formalmente adoptado, o contra una disposición de carácter general, la vía a seguir por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia – o, en su caso, por los órganos de las Comunidades Autónomas con atribuciones en materia de defensa de la competencia – será la de la impugnación del acto o disposición ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa conforme a lo previsto en los artículos 12.3 y 13.2 de la Ley 15/2007. Pero la capacidad de reacción de las autoridades de defensa de la competencia no puede quedar reducida a esa vía impugnatoria; sobre todo cuando se trata de actuaciones materiales como las que describe la resolución de la Comisión en el caso que estamos examinando.

**29.** En consecuencia, debe analizarse si la conducta denunciada podría encajar y cumplir con los elementos típicos y necesarios de alguna de las conductas prohibidas por los artículos 1 a 3 de la LDC, en atención y observancia del principio de tipicidad previsto en el artículo 27 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

#### **Possible infracción del artículo 1 LDC**

**30.** El precepto que expresamente señala el denunciante como vulnerado por la actuación del órgano municipal es el artículo 1.1. LDC, precepto que establece:

*“1. Se prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional y, en particular, los que consistan en:*

*a) La fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio.*

*b) La limitación o el control de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones.*

*c) El reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento.*

*d) La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros.*

*e) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio, no guarden relación con el objeto de tales contratos”.*

**31.** Las conductas colusorias prohibidas por el artículo 1 LDC exigen bilateralidad o plurilateralidad como elemento clave de comportamiento homogéneo o uniforme en el mercado, de tal forma que es aplicable exclusivamente a los acuerdos bilaterales o plurilaterales entre empresas o agentes que incidan con su actuación en el mercado, pero no a las decisiones que, cualquiera que sea su denominación legal o formal, sean adoptadas por un solo sujeto (Resoluciones TDC 02/10/2006, 03/04/2007; Sentencias AN 04/10/2004, TS 26/06/2007). En el presente caso estamos, sin embargo, ante una actuación unilateral del Ayuntamiento, por lo que no cabe analizar los hechos bajo al tipo del artículo 1 LDC.

### **Posible infracción del artículo 2 LDC**

**32.** En cuanto al artículo 2 LDC, este prohíbe la explotación abusiva de una posición de dominio en los siguientes términos:

*“1. Queda prohibida la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional.*

*2. El abuso podrá consistir, en particular, en:*

*a) La imposición, de forma directa o indirecta, de precios u otras condiciones comerciales o de servicios no equitativos.*

*b) La limitación de la producción, la distribución o el desarrollo técnico en perjuicio injustificado de las empresas o de los consumidores.*

*c) La negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra de productos o de prestación de servicios.*

*d) La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicios, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloque a unos competidores en situación desventajosa frente a otros.*

*e) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio no guarden relación con el objeto de dichos contratos.*

*3. La prohibición prevista en el presente artículo se aplicará en los casos en los que la posición de dominio en el mercado de una o varias empresas haya sido establecida por disposición legal.”*

**33.** El tipo de abuso de posición de dominio del artículo 2 LDC exige la concurrencia de dos elementos: i) posición de dominio en un determinado mercado de referencia o relevante y, ii) un abuso de esa posición de dominio, es decir, un comportamiento que restrinja o pueda restringir la competencia en ese mercado definido (o en mercados conexos a él) y que no sea razonable por carecer de una justificación capaz de ser aceptada como tal por el ordenamiento jurídico-económico (STS 1 de junio de 2010 Rec 4222/2007).

**34.** Por tanto, el primer requisito que debe ser objeto de examen es si la entidad cuya actuación se está analizando – en este caso, el Ayuntamiento de San Juan de Alicante – detenta una posición de dominio en el mercado relevante – en este caso, el de prestación de servicios profesionales consistentes en la emisión de certificados de segunda ocupación de viviendas en el municipio de San Juan de Alicante –.

**35.** Considera esta Comisión que en el presente caso el Ayuntamiento de San Juan de Alicante actúa como regulador en una función típicamente administrativa de intervención cual es la de concesión de autorizaciones y licencias como función de control preventivo en la actividad de los ciudadanos. Consecuentemente, no ostenta posición de dominio alguna en dicho mercado, razón por la cual no cabe proseguir con el análisis de la concurrencia de elemento de la conducta prohibida por el artículo 2 LDC.

### **Posible infracción del artículo 3 LDC**

**36.** Una eventual infracción del artículo 3 LDC (realización de actos de competencia desleal que por falsear la libre competencia afecten al interés público) precisa, como uno de sus elementos constitutivos, la realización de uno de los actos de competencia desleal según la Ley 3/1991, de 10 de enero, de competencia desleal (LCD).

**37.** El artículo 2 LCD, en referencia al ámbito objetivo de aplicabilidad de dicha norma, refiere expresamente que “Los comportamientos previstos en esta Ley tendrán la consideración de actos de competencia desleal siempre que se realicen en el mercado y con fines concurrenciales”, presumiéndose dicha finalidad concurrencial del acto “cuando, por las circunstancias en que se realice, se revele objetivamente idóneo para promover o asegurar la difusión en el mercado de las prestaciones propias o de un tercero”.

38. Asimismo, el artículo 3.1 LCD, en referencia al ámbito subjetivo de aplicabilidad de la norma, señala que “La ley será de aplicación a los empresarios, profesionales y a cualesquiera otras personas físicas o jurídicas que participen en el mercado”.

39. Considera esta Comisión que la actuación del Ayuntamiento de San Juan de Alicante en este caso, como regulador en una función típicamente administrativa de intervención (concesión de autorizaciones y licencias como función de control preventivo en la actividad de los ciudadanos) no puede calificarse como una actividad realizada por un participante en el mercado con fines concurrenciales en los términos de la LCD, por lo que no se da el primer elemento típico de la prohibición establecida en el artículo 3 LDC.

### Conclusión

40. En definitiva y como conclusión, esta Comisión considera que la actuación del Ayuntamiento de San Juan de Alicante, al no aceptar los certificados emitidos por el ingeniero superior de minas en el trámite de licencia de segunda ocupación, no reúne indicios de conducta prohibida por los artículos 1, 2 y 3 LDC que permitan la incoación de expediente sancionador.

## VII. VALORACIÓN DE LA CONDUCTA DESDE LA ÓPTICA DE LA PROMOCIÓN DE LA COMPETENCIA

41. Sin perjuicio de lo anterior, esta Comisión considera que es apropiado realizar unas consideraciones adicionales sobre el presente expediente, desde la óptica de promoción de la competencia que constituye – junto con el ejercicio de la potestad sancionadora – una de las funciones que tienen encomendadas las autoridades de competencia, en este caso la Comisión de Defensa de la competencia de la Comunitat Valenciana.

42. En este sentido, se considera necesario insistir en la importancia de que la actuación de las Administraciones Públicas en sus diversas facetas no genere o implique restricciones innecesarias e indebidas de los mercados afectados. Así, debe realizarse siempre un ejercicio de ponderación de la **necesidad, adecuación y proporcionalidad** de los medios que se emplean para la consecución de los intereses públicos perseguidos, de tal manera que las eventuales restricciones o limitaciones que se generen sean las mínimas





imprescindibles y no existan, por otra parte, otros medios distintos que sean más adecuados para tales fines de interés público.

**43.** Además de toda la normativa de general aplicación a la actuación de las administraciones con incidencia en la actividad económica (especialmente la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio y la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado, pero también la Ley 40/2015, de 1 de octubre de Régimen Jurídico del Sector Público), la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local expresamente somete a las administraciones locales al respeto de estos principios en los procedimientos precisamente de concesión de autorizaciones y licencias, cuando dispone en su artículo 84.2 que “La actividad de intervención de las Entidades locales se ajustará, en todo caso, a los principios de igualdad de trato, necesidad y proporcionalidad con el objetivo que se persigue”.

**44.** Como se apuntaba en el apartado de mercado afectado, las autoridades de competencia de las Comunidades Autónomas y la CNMC se han manifestado en numerosas ocasiones en relación con la cuestión de fondo relativa a la capacitación y competencia de los profesionales de la ingeniería para la emisión de los IEE y los certificados para obtener las licencias de segunda ocupación. Tanto la autoridad nacional como las autonómicas mantienen una posición unánime respecto a las reservas de actividad, en tanto que, como restricciones de acceso a la actividad económica al limitar o reservar el ejercicio de determinada actividad a profesionales que ostenten una determinada titulación académica, deben ser objeto de interpretación restrictiva. Así, en aplicación de los principios recogidos en la LDC y en la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, que traspone el ordenamiento interno la Directiva 2006/123/CE relativa a los servicios en el mercado interior, fuera de los casos legalmente tasados de reserva profesional, debe prevalecer siempre el principio de “libertad con idoneidad” del profesional técnico interviniente, principio que preside la doctrina del Tribunal Supremo, como se manifiesta en la Sentencias



nº 2765/2016 de 22 de diciembre de 2016 (Recurso 177/2013) y nº 1756/2017 de 16 de noviembre de 2017 (RC2343/2015).#

**45.** En este sentido la Resolución de la Comisión de Defensa de la Competencia de la Comunitat Valenciana de 9 de noviembre de 2016 (Expte. PROM. 10/2015 Ingeniero Industrial XXXXXX) establece que “reservar la competencia exclusiva en la emisión de certificados de habitabilidad para la obtención de licencias de segunda o ulterior ocupación en favor de los arquitectos y arquitectos técnicos constituye una restricción de la libertad de empresa que vulnera el principio de proporcionalidad (...) y una barrera de acceso que restringe la competencia efectiva y que lleva aparejada un reducción de la oferta, un incremento de los precios, y un menor nivel de eficiencia y productividad en la prestación del servicio.” En esta misma resolución se estima que “desde la Administración debería realizarse una interpretación de las normas que regulan el informe de evaluación de edificios (IEE) que favorezca la competencia efectiva entre los profesionales con capacidad técnica suficiente para realizar la actividad, y evitar aquellas interpretaciones que conlleven reservas de actividad en favor de determinadas titulaciones o limitaciones al ejercicio de otros profesionales que no recoge la propia legislación sectorial”.

**46.** También en el marco de la Ley de Garantía de Unidad de Mercado (LGUM) se han abordado numerosos casos que afectan a la competencia para la emisión de IEE, de certificados de eficiencia energética, o de inspección técnica de edificios, supuestos en que la normativa básica invocada para limitar la competencia para su emisión a arquitectos y arquitectos técnicos es la misma que en el caso del que trata este expediente, la Ley de Ordenación de la Edificación. Se pueden citar, así, las recientes sentencias de la Audiencia Nacional de 10 de septiembre de 2018 (ref. 16/2017), 31 de octubre de 2018 (ref 5/2017) y 28 de noviembre de 2018 (ref. 757/2015), todas ellas estimatorias de los correspondientes recursos interpuestos por la CNMC ante actuación de los poderes públicos o regulación que vulnera los principios de la LGUM. Señala esta última que “no es válida la justificación dada por la Generalitat de

Cataluña de que la Ley de Ordenación de la Edificación, a la que se remite el artículo 7.4, permitía esa reserva porque, como ya hemos expuesto anteriormente, esa reserva se ha establecido únicamente para todo lo que afecta al proceso de construcción de los edificios de viviendas”, esto es, no cabe hacer interpretaciones extensivas de la reserva legal contenida en la LOE a favor de arquitectos y arquitectos técnicos para redacción de proyectos, dirección de obra o de ejecución de obra en edificios con los usos previstos en el art. 2.1.a) de la propia ley (administrativo, sanitario, religioso, residencial en todas sus formas, docente y cultural).

**47.** Las diferentes normas que se han expuesto en el apartado V de esta Ponencia no aluden en general a titulaciones concretas a la hora de determinar qué profesionales son los competentes para la emisión de los diversos instrumentos de control o evaluación de los que se sirven a las administraciones públicas en los procedimientos de otorgamiento de licencias. Tan sólo la LOE establece esa reserva a favor de arquitectos y arquitecto técnicos en la redacción de proyectos y para la dirección de obra o de ejecución de obra en edificios de uso regulado en su artículo 2.1. El resto de normativa alude a expresiones genéricas (“facultativo competente”, “técnico competente”) bien aisladamente o como cierre de la cláusula de competencia después de señalar específicamente una serie de titulaciones. A la vista de esta regulación y atendidos los principios jurisprudenciales antes señalados, básicamente los de libertad con idoneidad y la interdicción de interpretaciones extensivas, no debería resultar lógico (como argumenta la Circular n.º 3 y reproduce el requerimiento de subsanación) limitar a arquitectos y arquitectos técnicos la facultad de emitir certificados de segunda ocupación.

**48.** El artículo 49.1 de la LDC dispone que “la Dirección de Investigación incoará expediente cuando se observen indicios racionales de la existencia de conductas prohibidas”. En el número 3 del mismo precepto legal se añade que “el Consejo, a propuesta de la Dirección de Investigación, podrá acordar no incoar los procedimientos derivados de la presunta realización de las conductas prohibidas por los artículos 1, 2 y 3 de esta Ley y el archivo de las actuaciones



realizadas cuando considere que no hay indicios de infracción de la Ley”. Estos preceptos son aplicables en virtud de la disposición adicional octava de la LDC a los órganos autonómicos de defensa de la competencia.

## **VIII. RESOLUCIÓN**

Conforme a lo expuesto, considerando que conforme al artículo 1.2 a) del Reglamento sobre composición y funcionamiento de la Comisión de Defensa de la Competencia de la Comunitat Valenciana, aprobado por Decreto 50/2012, de 23 de marzo, del Consell, corresponde a esta Comisión resolver los procedimientos sancionadores que tengan por objeto las infracciones tipificadas en la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, la Comisión de Defensa de la Competencia de la Comunitat Valenciana

### **HA RESUELTO**

Declarar la no incoación de procedimiento sancionador y el archivo de las actuaciones por considerar que no hay indicios de infracción en las conductas analizadas.

Comuníquese esta Resolución al Servicio de Gestión Administrativa y Defensa de la Competencia y notifíquese a las partes interesadas, haciéndoles saber que, de acuerdo con el artículo 48.1 LDC, no podrá interponer en contra ningún recurso en vía administrativa, y que podrá interponer únicamente recurso contencioso administrativo de acuerdo con la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

En Valencia, a 13 de enero de 2020.



LA PRESIDENTA Carmen Estevan de Quesada	EL VOCAL Jaume Martí Miravalls
--	-----------------------------------

#

#