



INFORME PROYECTOS NORMATIVOS IPN 1/2012 - ANTEPROYECTO DE LEY DE VIVIENDA DE GALICIA.

PLENO:

D. Francisco Hernández Rodríguez, presidente.

D. Fernando García Cachafeiro, vocal.

En Santiago de Compostela, a 07 de marzo de 2012.

Vista la solicitud de informe sobre el Anteproyecto de Ley de vivienda de Galicia, remitido por la Consejería de Medio Ambiente, Territorio e Infraestructuras, de la Xunta de Galicia, que tuvo entrada en este organismo el 24 de enero de 2012, el Pleno del Consejo Gallego de la Competencia, con la composición expresada en la cabecera de este informe y siendo relator D. Francisco Hernández Rodríguez, presidente, acordó emitir el presente Informe, al amparo del dispuesto en el art. 7.1 c) de la *Ley 1/2011, del 28 de febrero, regulador del Consejo Gallego de la Competencia* (LRCGC).

I. ANTECEDENTES

Con fecha de 24 de enero de 2012, el Director General del Instituto Gallego de Vivienda y Suelo (IGVS), de la Consejería de Medio Ambiente, Territorio e Infraestructuras, de la Xunta de Galicia, remitió al Consejo Gallego de la Competencia copia del Anteproyecto de Ley de vivienda de Galicia, para que emita el Informe previsto en el art. 7 c) de la Ley 1/2011, del 28 de febrero, regulador del Consejo Gallego de la Competencia. Este artículo, bajo el título de "funciones consultivas establece" que en todo caso el Consejo dictaminará "de modo preceptivo no vinculante, sobre los anteproyectos de Ley y proyectos de otras disposiciones autonómicas de carácter general que puedan tener algún efecto sobre la competencia efectiva en los mercados".

El día 28 de febrero de 2012, el Pleno del Consejo Gallego de la Competencia, que composición expresada, adoptó el acuerdo de emitir el siguiente informe.



Las observaciones formuladas en este informe no agotan las posibilidades de identificación de las posibles restricciones de la competencia existentes en el Anteproyecto de Ley.

II.- Valoración global del anteproyecto desde la perspectiva de la libre competencia

La norma examinada, trata de que den respuesta las innovaciones surgidas en la materia en los últimos años, recogiendo las aportaciones normativas existentes que se consideran merecedoras de conservación. Al mismo tiempo tiene por objeto determinar un marco estable y simplificado que permita, especialmente a las personas consumidoras y usuarias de las viviendas, disponer de una norma de referencia que le otorgue seguridad jurídica y garantía de calidad en un tema de tal trascendencia como el de la vivienda.

Tal y como afirma la propia exposición de motivos del anteproyecto, este incluye regulaciones orientadas a garantizar el acceso a la vivienda a quien realmente lo necesita al mismo tiempo que establece medidas que aportan seguridad jurídica al mercado inmobiliario y garantías a las personas adquirentes y usuarias de las viviendas, constituyendo así un instrumento que pueda acercar estabilidad y dinamismo al sector y permita estimular la promoción y la rehabilitación de las viviendas en general y de las protegidas en particular.

Ni el intento de regular el mercado de la vivienda de una manera global ni los objetivos perseguidos por el legislador presentan, a priori, problemas desde la perspectiva de la defensa de la libre competencia en el mercado. La regulación, que no intervención, de un mercado tan relevante para la economía de un país como el de la vivienda, con la finalidad de acercar estabilidad y dinamismo a lo mismo al tiempo que si intenta garantizar un elevado grado de protección al consumidor puede estar plenamente justificada en función de las características del mercado.

En todo caso, esta regulación debe mantenerse en los límites de lo estrictamente necesario, de forma que no interfiera el funcionamiento de la libre competencia en el mercado. El mercado de la vivienda, al tratarse, en terminos generales, de un mercado con un elevado número de oferentes y de demandantes es susceptible de regularse por



si mismo, de acuerdo con las reglas de la oferta y la demanda, por lo que la regulación administrativa debe limitarse a corregir los posibles fallos del mercado, en especial, la necesidad de información y seguridad de los adquirentes de vivienda y, en su caso, a adoptar medidas de dinamización y estímulo de un sector que, como el de la vivienda, está siendo castigado fuertemente por la crisis económica.

III.- La problemática de la regulación del mercado de la vivienda

A pesar de que la vivienda y un bien de primera necesidad cuyo disfrute se concibe en nuestro ordenamiento jurídico como un derecho de rango constitucional, la realidad y que la adquisición de una vivienda continúa siendo un importante problema para la mayoría de los ciudadanos. El alto precio de las viviendas hace muy difícil, en incontables ocasiones, que el derecho al disfrute de una vivienda digna y adecuada reconocido en el artículo 47 de la vigente Constitución de 1978 pueda materializarse de una manera efectiva.

El problema del alto precio de la vivienda se debe, en gran medida a la elevada repercusión del coste del suelo urbanizable, de ahí que la regulación del mercado del suelo sea objeto de numerosos estudios y, también, de importantes polémicas. En este sentido cabe recordar el "Informe del Tribunal de Defensa de la Competencia sobre el mercado del suelo", de 1993, en el que este organismo asumía, como punto de partida, que el "ius aedificandi" forma parte integral del derecho de propiedad por el que podrían tolerarse ciertas limitaciones genéricas pero no la estricta definición de su contenido a través del replanteo urbanístico. En este sentido defendía el Tribunal que el replanteo urbanístico es un caso de "intervencionismo extremo" que genera una elevada escasez de suelo.

Por el que si refiere estrictamente al mercado de la vivienda hay que tener en cuenta que se trata de un bien de primera necesidad que tiene un coste muy elevado, por el que la adquisición de una vivienda en propiedad puede condicionar la vida de una familia durante muchos años. Esto justifica la necesidad de un grado de protección al consumidor muy alto.



La solución mas adecuada desde el punto de vista de la libre competencia y que la protección se consiga por la vía de la información. Un consumidor bien enterado se encuentra en condiciones de adoptar la decisión más adecuada sus necesidades conociendo todos los riesgos que esto conlleva. Así, una regulación que promueve la información y la transparencia en el mercado es menos restrictiva e intervencionista que cualquier otra vía, de forma que permite conseguir elevados niveles de protección al consumidor sin restringir innecesariamente la actividad del mercado en cuestión.

IV.- Comentarios al articulado

De acuerdo con lo establecido en el artículo 7º. 1 c) de la Ley 1/2011, en este apartado del informe solo se hará referencia a aquellos aspectos del Anteproyecto que, en opinión del Consejo puedan tener algún efecto sobre la competencia efectiva en los mercados.

1.- Sobre la creación del Registro de Promotores de la Comunidad Autónoma de Galicia.

En la sección tercera del capítulo cuarto del título primero de la Ley se crea el Registro de promotores de la Comunidad Autónoma de Galicia. Este registro, en el que habrán de inscribirse todas las personas físicas o jurídicas que realicen la actividad de promoción de la vivienda, tiene por finalidad fomentar la calidad del proceso edificatorio, ofrecer mayores garantías y seguridad a las personas consumidor y usuarias y garantizar la transparencia en el mercado inmobiliario.

La inscripción obligatoria en un registro administrativo como paso previo al ejercicio de una determinada actividad podría constituir una autorización a los efectos del artículo 5 de la Ley 17/2009, del 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio. Esta Ley establece el principio general de libertad de establecimiento de los prestadores de servicios y considera que las autorizaciones constituyen un supuesto excepcional sometido al cumplimiento de estrictos requisitos.



Así, el artículo quinto establece que

" la normativa reguladora del acceso a una actividad de servicios o del ejercicio de la misma no podrá imponer a los prestadores un régimen de autorización, salvo excepcionalmente y siempre que concurran las siguientes condiciones, que deberán motivarse suficientemente en la Ley que establezca dicho régimen.

a) No discriminación: con el eximen de autorización no resulte discriminatorio ni directa ni indirectamente en función de la nacionalidad o de que el establecimiento se encuentre o no en el territorio de la autoridad competente o, por el que se refiere a sociedades, por razón del lugar de localización del domicilio social;

b) Necesidad: que el régimen de autorización este justificado por una razón imperiosa de interés general,

c) Proporcionalidad: que el dicho régimen sea el instrumento más adecuado para garantizar la consecución del objetivo que se persigue porque no existan otras medidas menos restrictivas que permitan obtener el mismo resultado, en particular cuando un control a posteriori se produjera demasiado tarde para ser realmente eficaz. Así, en ningún caso, el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio se sujetarán a un régimen de autorización cuando sea suficiente una comunicación o una declaración responsable del prestador mediante la cual se manifieste, en su caso, el cumplimiento de los requisitos exigidos y se facilite la información necesaria" a la autoridad competente" "para el control de la actividad"

Para determinar la compatibilidad del Registro de Promotores de Galicia con el artículo quinto de la Ley 17/2009 sobre el libre acceso las actividades de servicios y su ejercicio hace falta dar respuesta a tres cuestiones: si la actividad de promoción tal y como se regula en el artículo 24 del anteproyecto entra en el ámbito de aplicación de la Ley 17/2009, si la inscripción obligatoria en el Registro puede considerarse una autorización y, finalmente, si ser una autorización para el acceso a una actividad y servicios, cumple con los requisitos de no discriminación, necesidad y proporcionalidad previstos en el artículo quinto de la Ley.



a) La promoción de vivienda es una actividad de servicios sometida la Ley paraguas (Ley 17/2009)

Por lo que respecta a la primera de las cuestiones, el artículo 24 del anteproyecto considera que tienen a condición de promotores las personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, que individual o colectivamente, decide, impulsa, programa y financia, con recursos propios o ajenos, las obras de edificación para sí o para su posterior enajenación, entrega o cesión a terceros bajo cualquier título. Por su parte, el artículo segundo de la Ley 17/2009 establece como ámbito de aplicación

"los servicios que se realizan a cambio de una contraprestación económica y que son ofrecidos o prestados en el territorio español por prestadores establecidos en España o en cualquier otro Estado miembro"

La promoción de viviendas para su enajenación, entrega o cesión a terceros bajo cualquier título encaja indudablemente en el concepto de actividad de servicios previsto en la Ley 17/2009. Aunque el propio artículo segundo contiene una larga lista de actividades excluidas del ámbito de aplicación de la norma, la promoción de viviendas no se encuentra entre ellas.

Por lo tanto debemos concluir que el régimen de acceso a la actividad de promoción previsto en el anteproyecto está sujeto al dispuesto en la Ley 17/2009 sobre libre acceso las actividades de servicios.

b) La inscripción en el Registro de Promotores de Galicia no es una autorización

En segundo lugar hay que determinar si la obligación de inscripción en un registro obligatorio y una autorización o si, por el contrario, puede considerarse como una mera condición o requisito no restrictiva para el ejercicio de la actividad.

El artículo 25 del anteproyecto establece que habrán de inscribirse en el registro todas las personas físicas o jurídicas que realicen la actividad de promoción de la vivienda para su posterior enajenación, entrega o cesión a terceros bajo cualquier título.



El artículo tercero de la Ley 17/2009 establece que a los efectos de la aplicación de la Ley se entenderá por autorización

"Cualquier acto expreso o tácito de la autoridad competente que se exija, para el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio"

Aunque el anteproyecto en ningún momento emplea el termo "autorización", la inscripción obligatoria en el registro previa al inicio de la actividad puede considerarse una autorización si la incorporación del promotor a lo mismo depende de un acto de la autoridad competente. Si, por el contrario, la incorporación al registro es automática tras la presentación de una comunicación previa o declaración responsable con el contenido previsto en la norma, en este caso no nos encontraríamos ante una autorización sino ante un mero requisito para el ejercicio de la actividad.

El artículo 26 del anteproyecto se refiere a la inclusión de los promotores en el Registro, para el cual sólo requiere la presentación de una comunicación previa en los términos del artículo 71 bis de la Ley 30/1992 de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común. De acuerdo con el dispuesto en este precepto, las comunicaciones previas permitirán, con carácter general, el reconocimiento o ejercicio de un derecho o bien el inicio de una actividad desde el día de su presentación, sin perjuicio de las facultades de comprobación, control e inspección que tengan atribuidas las Administraciones públicas. En consecuencia, los promotores se incorporarán al Registro por el mero hecho de presentar una comunicación previa con el contenido previsto en la norma, por el que, técnicamente no nos encontramos ante un régimen de autorización. De todas las maneras, el artículo 27 del anteproyecto afirma que el procedimiento de inscripción de los promotores en el Registro se determinará reglamentariamente.

La Ley 17/2009 establece en el artículo quinto que *"en ninguno caso, el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio se sujetan a un régimen de autorización cuando sea suficiente una comunicación o una declaración responsable del prestador ..."*. Esto nos permite deducir, sin ningún género de dudas que un sistema de inscripción mediante una declaración previa no constituye una autorización.



c) El Registro de Promotores es un requisito para el ejercicio de la actividad que cumple las exigencias de la Ley 17/2009

En todo caso, la incorporación obligatoria a un registro administrativo es un requisito para el ejercicio de una actividad, en principio sometida a un régimen de libre prestación de servicios, por el que resulta de aplicación el artículo 9 de la Ley 17/2009, que contiene los principios aplicables a los requisitos exigidos.

"1. - Las Administraciones públicas no podrán exigir requisitos, controles previos lo garantizabas equivalentes o comparables, por su finalidad a aquellos a los que ya este sometido el prestador en España el en otro Estado miembro.

2.- Todos los requisitos que supediten el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio deberán ajustarse a los siguientes criterios:

- a) No ser discriminatorios*
- b) Estar justificado por una necesidad imperiosa de interés general*
- c) Ser proporcionados dicha razón imperiosa de interés general*
- d) Ser claros e inequívocos*
- e) Ser objetivos*
- f) Ser hechos públicos con antelación*
- g) Ser transparentes y accesibles*

3.- El acceso a una actividad de servicio o su ejercicio se regirá por el principio de igualdad de trato y no discriminación.

Al tratar de un Registro de naturaleza informativa, regulado en una Ley y en el que las informaciones que se deben acercar son las mismas para todos los solicitantes, puede considerarse que la inclusión obligatoria en lo mismo es un requisito no discriminatorio, claro e inequívoco, objetivo, hecho público con anticipación, transparente y accesible.

Ahora bien, al tratarse en todo caso de una restricción a los efectos del artículo 5 de la ley 17/2009 sobre el libre acceso las actividades de servicios y su ejercicio, en el procedimiento de elaboración del anteproyecto, especialmente en su memoria



justificativa, así como en la parte expositiva de la Ley deberá justificarse que la inscripción no es discriminatoria sino que es necesaria y proporcional, en los terminos del citado artículo quinto. El cumplimiento de los principios de necesidad y proporcionalidad que inspiran la regulación de la Directiva de Servicios y la Ley 17/2009 requieren la justificación de la creación del Registro la luz de estos principios.

De acuerdo con el artículo 25 del anteproyecto, el Registro se crea para "fomentar la calidad del proceso edificatorio, ofrecer mayores garantías y seguridad las personas consumidor y usuarias y garantizar la transparencia en el mercado inmobiliario". Por otra parte, en la exposición de motivos del anteproyecto se justifica la creación del Registro por la "necesidad de fomentar la calidad de la construcción, posibilitando que la ciudadanía conozca con quien contrata, diferenciando los/las auténticos empresarios profesionales de los/las que carecen de tales condiciones, garantizando, en suma, la transparencia del mercado inmobiliario, a cuyo fin se exige el reflejo en el Registro de una serie de datos que se consideran significativos de los promotores". Asimismo se afirma que el Registro se crea respetando los principios de no discriminación, de razones imperiosas de interés general, y de proporcionalidad propugnados por la Directiva 2006/123 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior.

Por otro lado hay que tener en cuenta que en nuestro ordenamiento jurídico ya existe el Registro Mercantil, que tiene por finalidad recoger y dar publicidad a determinadas informaciones sobre los empresarios. Como los promotores tienen la condición jurídica de empresarios y, por lo tanto, tienen que estar inscritos en el Registro mercantil, salvo que trate de empresarios individuales, en cuyo caso la inscripción y potestativa, el Registro de promotores de Galicia solo se justifica sí recoge informaciones sobre los promotores, que resultan relevantes para los adquirentes de vivienda y que no constan en el Registro Mercantil. En este sentido, la información sobre los medios de los que dispone el promotor para desarrollar su actividad, las obras ejecutadas y en curso de ejecución, y las sanciones y resoluciones judiciales firmes en materia de vivienda y actividad urbanística son informaciones pertinentes y adecuadas para conseguir los fines que persigue el registro de promotores y que, además no constan en el registro mercantil.



Otra cuestión importante en relación con el Registro de Promotores de Galicia y la necesidad de evitar duplicidades con otros registros existentes de forma que si algún promotor estuviera inscrito en algún registro similar en España o en otro Estado miembro de la Unión Europea debería poder realizar su actividad en Galicia acreditando este hecho. En este sentido, el artículo noveno de la Ley 17/2009 del 23 de noviembre establece que

"As administracións públicas non podrán exigir requisitos, controles previos o garantías equivalentes o comparables, por su finalidad a aquellos a los que ya estuviera sometido el prestador en España o en otro Estado miembro ..."

2.- Sobre la regulación de la publicidad de la oferta de viviendas

La publicidad comercial es una de las herramientas más importantes con las que cuenta el empresario para poder desarrollar su actividad con éxito en mercados competitivos. El régimen de la publicidad se encuentra en la Ley 34/1998, de 11 de noviembre, general de publicidad. La regulación de la publicidad comercial es competencia exclusiva del Estado de acuerdo con el artículo 149.1, 6 y 8 de la Constitución Española, por lo que el régimen del anteproyecto en materia de publicidad debe de estar en consonancia con la normativa estatal.

En este sentido, el artículo 13 que lleva por título "da publicidade en materia de vivanda" reproduce, adaptado al contexto específico de la vivienda el artículo 1 de la Ley General de publicidad que establece que:

"A los efectos de esta Ley se entenderá por publicidad: toda forma de comunicación realizada por una persona física o jurídica, pública o privada, en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, con el fin de que promueva de forma directa o indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones"

Por lo que respecta al artículo 14 "carácter vinculante de la publicidad", y los artículos siguientes, referente las menciones obligatorias la publicidad de las viviendas, a la información previa la venta y a la información sobre el precio, hay que tener en cuenta



el dispuesto en el Real decreto legislativo 1/2007, del 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras Leyes complementarias.

En todos los casos las previsiones del anteproyecto son coherentes y respetuosas con el dispuesto en el Real decreto Legislativo 1/2007.

V. RECOMENDACIONES

1.- La creación del Registro de promotores de Galicia aunque no supone una autorización sí es un requisito en el sentido del artículo 9 de la Ley 17/2009, del 23 de noviembre, sobre el libre acceso las actividades de servicios y su ejercicio, por el que deberá estar debidamente justificada en la memoria justificativa y en el articulado de la norma. La justificación deberá centrarse de una manera especial en el carácter en el discriminatorio de la restricción y en su proporcionalidad en relación al objetivo perseguido. En relación con la proporcionalidad la Ley y la jurisprudencia insisten en el hecho de que la restricción no será proporcional si existen alternativas menos onerosas o restrictivas. Al mismo tiempo deben ponerse en relación a los beneficios que se pretenden obtener con la medida con los perjuicios causados al principio de libertad de establecimiento.

2.- Cuando se regule reglamentariamente el procedimiento de inscripción de los promotores en el Registro no se debe desvirtuar, bajo ningún concepto, el régimen de comunicación previa previsto en el anteproyecto para hacer que en la práctica funcione como una autorización. En este sentido, el artículo 71.bis.3 de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común establece que

"As declaraciones responsables y las comunicaciones previas producirán los efectos que se determinen en cada caso por la legislación correspondiente y permitirán, con carácter general, el reconocimiento o el ejercicio de un derecho o bien el inicio de una actividad, desde el día de su presentación, sí perjuicio de las facultades de comprobación, control e inspección que tengan atribuidas las Administraciones públicas".



3.- La inscripción en el Registro de Promotores de Galicia no debe dar lugar a duplicidades para las empresas que operen en España o en otros Estados de la Unión Europea. Por esta razón debería establecerse que si el promotor ya se encuentra inscrito en un registro de similares características y con un nivel de información equiparable al del registro gallego, el promotor podrá iniciar su actividad en Galicia haciendo constar la mencionada inscripción.

4.- La información recogida en el Registro de Promotores de Galicia debe limitarse a infamaciones que no se encuentren ya recogidas en el Registro Mercantil con el fin de evitar cargas innecesarias a los operadores económicos.

5.- El reglamento que establezca la organización, estructura, tipología de asientos y procedimiento de inscripción de los promotores en el Registro deberá ser informado por el Consejo Gallego de la Competencia.