



Roj: **SAN 2003/2021 - ECLI:ES:AN:2021:2003**

Id Cendoj: **28079230062021100183**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **10/05/2021**

Nº de Recurso: **7/2019**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Recurso contencioso-administrativo**

Ponente: **BERTA MARIA SANTILLAN PEDROSA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000007 /2019

Tipo de Recurso: PROC PARA LA GARANTIA DE LA UNIDAD DE MERCADO

Núm. Registro General: 11640/2019

Demandante: D. Julio , CNMC - COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

Procurador: D. JOSÉ MANUEL FERNÁNDEZ CASTRO.

Letrado: ABOGADO DEL ESTADO

Demandado: AYUNTAMIENTO DE ALBATERA (ALICANTE)

Abogado Del Estado

Ponente Ilma. Sra.: D^a. BERTA SANTILLAN PEDROSA

SENTENCIA N^o:

Ilma. Sra. Presidente:

D^a. BERTA SANTILLAN PEDROSA

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS

D. MARIA JESUS VEGAS TORRES

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a diez de mayo de dos mil veintiuno.

VISTO por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, el recurso contencioso-administrativo núm. **7/2019**, promovido por los tramites del proceso especial para la garantía de la unidad de mercado por el Abogado del Estado que actúa en defensa y en representación de la **Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia**, contra la Resolución de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Albaterra (Alicante) de 25 de marzo de 2019 que deniega la licencia de obras solicitada para la construcción de una piscina en vivienda unifamiliar porque el proyecto técnico no se ha suscrito por técnico competente para ello. Ha comparecido también como corecurrente **D. Julio** - Ingeniero Técnico Industrial emisor del proyecto técnico de obras- representado por el Procurador D. José Manuel Fernández Castro. Y



como Administración demandada ha comparecido el Excmo. Ayuntamiento de Albaterra representado por el Procurador D. Ramón Rodríguez Nogueira.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Interpuesto el recurso y seguidos los oportunos trámites prevenidos por la Ley de la Jurisdicción, se emplazó al Abogado del Estado para que como parte demandante presentara su escrito de demanda en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimaba de aplicación, terminaba suplicando se dicte sentencia por la que se acuerde la nulidad de la resolución impugnada.

SEGUNDO.- Asimismo, ha comparecido como corecurrente, D. Julio, quien ha presentado escrito de demanda en el que tras efectuar las correspondientes alegaciones solicita se dicte sentencia en la que:

"A) Que se declare nulo y contrario a derecho el acuerdo de la Junta de Gobierno del Ayuntamiento de Albaterra (Alicante) de fecha 25 de marzo de 2019 que ha dado origen al presente procedimiento y, por tanto, lo deje sin efecto, procediendo a la corrección de la conducta infractora.

B) Que se declare que D. Julio, como Ingeniero Técnico Industrial, era y es técnico competente, en virtud de la titulación que ostenta, para redactar y confeccionar proyectos de piscinas, obligando a la administración, y a las partes personadas, a estar y pasar por la anterior declaración;

C) Que se condene en costas a la Administración demandada y a quien se oponga a esta demanda".

TERCERO.- La representación procesal del Excmo. Ayuntamiento de Albaterra contestó a la demanda mediante escrito en el que suplicaba se dicte sentencia que confirme el acto recurrido en todos sus extremos.

CUARTO.- Posteriormente quedaron las actuaciones pendientes de votación y fallo señalándose para ello el día 28 de abril de 2021.

Ha sido ponente la Ilma. Sra. Magistrada Dña. Berta Santillán Pedrosa, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En el presente recurso contencioso administrativo el Abogado del Estado que actúa en defensa y en representación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ha interpuesto recurso contencioso administrativo, al amparo del procedimiento especial para la garantía de la unidad de mercado, contra la Resolución de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Albaterra (Alicante) de 25 de marzo de 2019 (Expediente nº NUM000) que deniega la licencia de obras para la construcción de una piscina para uso privado en una parcela con vivienda unifamiliar. Y ello porque se ha considerado que el proyecto técnico de las obras emitido por un Ingeniero Técnico Industrial no se ha suscrito por técnico competente para ello.

Dicha resolución apoya su decisión en el Informe jurídico desfavorable emitido en fecha 12 de marzo de 2019 en el que entre otras consideraciones afirma: *"La ejecución de una piscina de carácter recreativo, solo es admisible como una construcción auxiliar de una vivienda unifamiliar o alojamientos turísticos y con ello deben cumplirse los requisitos necesarios para la autorización de las mismas. Nos encontramos con la construcción de una piscina de uso recreativo y auxiliar de una vivienda, si bien, el proyecto viene redactado por un Ingeniero Técnico Industrial y visado por el respectivo colegio, pese a que el destino de la construcción es ajeno a cualquier uso industrial".*

SEGUNDO.- Para la adecuada resolución del presente recurso destacamos los siguientes hechos que resultan de las actuaciones:

1. D. Julio, Ingeniero Técnico Industrial, presentó en fecha 16 de octubre de 2018 ante el Ayuntamiento de Albaterra un proyecto técnico de construcción de una piscina para uso privado en una parcela con una vivienda unifamiliar con el fin de obtener la correspondiente licencia de obra mayor.
2. El Excmo. Ayuntamiento de Albaterra (Alicante) en fecha 25 de marzo de 2019 dicta resolución en el expediente nº NUM000 por la que acuerda denegar la licencia urbanística correspondiente porque entiende que el proyecto técnico de ejecución de la piscina para uso privado no se ha suscrito por técnico competente.
3. El Sr. Julio en fecha 9 de abril de 2019 interpone contra tal resolución la reclamación prevista en el artículo 26 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, en la que alegó que la resolución era incompatible con la libertad de establecimiento y solicita de la Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado que inicie los trámites previstos en el citado artículo 26.



4. En fecha 10 de abril de 2019, la Secretaria del Consejo para la Unidad de Mercado dirige la citada reclamación al Ayuntamiento mediante correo dirigido a través de la Subsecretaria de la Conselleria de Economía, Sectores Productivos, Comercio y Trabajo (punto de contacto de la Comunitat Valenciana).
5. Posteriormente, la Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado emite en fecha 8 de mayo de 2019 informe en el que concluye que la resolución de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Albufera (Alicante) de 25 de marzo de 2019 contraviene el artículo 5 de la Ley 20/2013. La Secretaría del Consejo remite el informe a la Junta de Gobierno del Ayuntamiento de Albufera. No consta que la autoridad competente haya dictado resolución, por lo que, de conformidad con el artículo 26.6, se entendió desestimada la reclamación interpuesta.
6. El SECUM remitió comunicación al interesado en la que le informa de que, ante la falta de emisión de resolución por la autoridad competente, la reclamación puede considerarse desestimada por silencio administrativo, así como de la posibilidad que tiene tanto de recurrir ante la Jurisdicción contencioso-administrativa como de instar en el plazo de 5 días de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia que sea ésta la que interponga el recurso contencioso-administrativo.
7. En fecha 23 de mayo de 2019 el interesado solicita de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia que interponga recurso contencioso-administrativo.
8. La Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, a través de su Presidente, dirige en fecha 11 de junio de 2019 a la Junta de Gobierno del Ayuntamiento de Albufera requerimiento previo a la interposición de recurso contencioso-administrativo contra la desestimación por silencio administrativo de la reclamación interpuesta contra la resolución de 25 de marzo de 2019, reclamándole la anulación de ésta por ser contraria a derecho la reserva de actividad profesional a favor de titulaciones concretas en lugar de atender a la capacitación técnica de los profesionales. Requerimiento previo que se comunica al Ayuntamiento, tanto por vía electrónica en fecha 13 de junio como por vía correo postal en fecha 18 de junio.
9. La Junta de Gobierno Local en reunión de 17 de julio de 2019 acuerda desestimar el requerimiento previo recibido que se comunica a la CNMC en fecha 22 de julio.
10. Posteriormente, el Consejo de la CNMC decide en fecha 24 de julio de 2019 interponer recurso contencioso administrativo al amparo del artículo 27 de la Ley 20/2013.
11. Y el Abogado del Estado interpone en fecha 2 de septiembre de 2019 recurso contencioso administrativo al amparo del proceso especial para la protección de la garantía de la unidad de mercado.

TERCERO.- En el escrito de demanda presentado por el Abogado del Estado en defensa de la CNMC se solicita la nulidad de la resolución administrativa impugnada por cuanto implica el establecimiento de obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados y ello es contrario a los principios de necesidad y de proporcionalidad recogidos en el artículo 5 de la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado.

Reprocha el incumplimiento del artículo 5 de la LGUM dado que la resolución recurrida impone un límite o requisito para el acceso o ejercicio de una actividad profesional que no aparece justificado por alguna razón imperiosa de interés general, siendo en todo caso desproporcionada, contraviniendo el citado artículo 5.

En definitiva, según expone el Abogado del Estado, los principios de proporcionalidad y de necesidad previstos en el artículo 5 de la LGUM deben tenerse en cuenta antes de introducir medidas que limiten el ejercicio de derechos individuales o colectivos o exijan el cumplimiento de requisitos para el desarrollo de una actividad. Principios que no se respetan en la resolución impugnada por cuanto, según expone el Abogado del Estado, debería evitarse vincular las reservas de actividad profesional a titulaciones concretas en lugar de atender a la capacitación técnica de los profesionales. Puesto que, en caso contrario, las autoridades competentes estarían imponiendo un límite innecesario e injustificado a las garantías de las libertades económicas.

CUARTO.- La defensa de D. Julio, que ha comparecido como corecurrente, refiere en su escrito de demanda cuestiones en sentido similar a las planteadas por el Abogado del Estado. Y destaca que la única razón que ha tenido en cuenta el Ayuntamiento para denegar la licencia urbanística es que la construcción de una piscina de uso privado no es una instalación industrial en el sentido referido en la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, y por ese motivo el Ingeniero Técnico Industrial no tiene adquiridas competencias técnicas que le capacitan para la redacción y ejecución de este tipo de proyectos.

QUINTO.- Por el contrario, el Excmo. Ayuntamiento de Albufera, en su escrito de contestación a la demanda, defiende la legalidad de la resolución recurrida diciendo que se ha dictado teniendo en cuenta la Sentencia dictada por el TSJ de Murcia en fecha 19 de octubre de 2015 que, interpretando la Ley de Ordenación de la Edificación, declaró que para la realización de construcciones con un uso residencial la titulación académica y profesional habilitante es la de arquitecto o la de arquitecto técnico.



SEXTO.- Con carácter previo al análisis de fondo debemos pronunciarnos sobre la posible extemporaneidad del recurso contencioso administrativo que opone en su contestación a la demanda el Excmo. Ayuntamiento de Albaterra. Este motivo de inadmisibilidad se justifica en que se habría incumplido el plazo previsto en el artículo 127 bis de la Ley 29/1998, de 13 de junio, reguladora de la jurisdicción contencioso administrativa, cuyo apartado 2 establece que: *"El plazo para interponer el recurso contencioso-administrativo para la garantía de la unidad de mercado será de dos meses conforme a lo previsto en los apartados 1 a 3 del artículo 46. Cuando el recurso se interponga a solicitud de un operador económico el plazo de dos meses se computará desde la presentación de la solicitud ante la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia"*.

No compartimos la extemporaneidad invocada que resulta de mezclar dos cauces impugnatorios distintos como son, por un lado, el administrativo ordinario y, como continuación del mismo, el contencioso administrativo general; y, por otro, el procedimiento especial previsto en la Ley 20/2013 que se regula en los artículos 127 bis y siguientes de la LJCA.

En efecto, con carácter general dispone el artículo 127 bis, apartado 2, de la LCA que: *"El plazo para interponer el recurso contencioso-administrativo para la garantía de la unidad de mercado será de dos meses conforme a lo previsto en los apartados 1 a 3 del artículo 46. Cuando el recurso se interponga a solicitud de un operador económico el plazo de dos meses se computará desde la presentación de la solicitud ante la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia"*.

Es este segundo supuesto, el de la presentación del recurso contencioso administrativo por la CNMC a solicitud de un operador económico, el aplicable aquí pues, como pone de manifiesto el Abogado del Estado en el escrito de interposición, la actuación de la Comisión se produjo a petición de un operador económico, lo que tendría plena cobertura bajo la previsión del artículo 27.2 de la Ley 20/2013.

La presentación de la solicitud del operador ante la CNMC se produjo el día 23 de mayo de 2019 por lo que, conforme al artículo 127 bis.2 de la LJCA, el plazo finalizaría a los dos meses de esa fecha.

No obstante, la Comisión formuló el requerimiento previo de anulación al Ayuntamiento de Albaterra conforme a lo dispuesto en el artículo 44 de la misma Ley jurisdiccional.

Frente a la opinión contraria del Ayuntamiento demandado, ha de decirse que esta Sección ya se ha pronunciado sobre la aplicabilidad del artículo 44 de la LJCA en el procedimiento especial de garantía para la unidad de mercado, como así se aprecia en la sentencia de 28 de noviembre de 2018, recurso núm. 757/2015 y en la sentencia de 17 de julio de 2019, recurso núm. 19/17. Y lo hemos hecho en los siguientes términos:

"SEPTIMO. - Expuestas las distintas alegaciones formuladas por las partes personadas en este proceso, debemos analizar de forma previa la causa de inadmisibilidad invocada por las defensas de las corporaciones profesionales que han comparecido como partes codemandadas y ello porque su estimación haría innecesario el examen del resto de las cuestiones planteadas en este proceso.

En este sentido las partes codemandadas interesan la inadmisibilidad del recurso contencioso administrativo porque consideran que se ha interpuesto por el Abogado del Estado, en defensa y en representación de la CNMC, habiendo superado el plazo de los dos meses a que alude el artículo 127.2 bis, párrafo segundo, de la LJCA que dispone, en lo que ahora interesa: "Cuando el recurso se interponga a solicitud de un operador económico el plazo de dos meses se computará desde la presentación de la solicitud ante la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia".

Una correcta determinación de la cuestión jurídica debatida exige concretar cuáles han sido las actuaciones realizadas por la CNMC antes de interponer el presente recurso contencioso administrativo para poder así dilucidar cuál es el día inicial del cómputo del plazo de los dos meses para interponer el indicado recurso. Así resulta del expediente administrativo que:

1. El Colegio de Ingenieros Técnicos Industriales de Barcelona presentó en fecha 6 de junio de 2014 en la CNMC un escrito en el que solicitaba la impugnación del Decreto 67/2015 por entender que de él se derivaban obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado de prestación de servicios profesionales consistentes en la inspección técnica de edificios de viviendas en el marco del procedimiento previsto en el artículo 27 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la Unidad de mercado.

2. A la vista de dicho escrito, la CNMC, y al amparo del artículo 27 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, en relación con el artículo 44 de la LJCA dirigió en fecha 6 de julio de 2015 a la Generalitat de Cataluña un requerimiento previo a la interposición del recurso contencioso administrativo por entender que el artículo 7.4 del Decreto 67/2015, de 5 de mayo, era contrario a la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía para la unidad de mercado.

3. Requerimiento previo que no obtuvo respuesta y se entendió rechazado por el mero transcurso del plazo de un mes.

4. Posteriormente, en fecha 26 de octubre de 2015, la CNMC interpuso recurso contencioso administrativo por los trámites del procedimiento especial para la garantía de la unidad de mercado.

Corresponde a esta Sección analizar cómo se efectúa el cómputo del plazo para la interposición del recurso contencioso administrativo por los trámites del procedimiento especial para la garantía de la unidad de mercado previsto en la LJCA. Es este un procedimiento especial que únicamente puede interponerse por la CNMC frente a cualquier disposición general, acto, actuación, inactividad o vía de hecho que se considere contraria, en los términos previstos en la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, a la libertad de establecimiento o de circulación procedente de cualquier autoridad competente - artículo 27.1 de la Ley 20/2013, de garantía de la unidad de mercado-

Y la CNMC legitimada para interponer dicho recurso puede actuar de oficio o a petición de los operadores económicos que podrán dirigirse a la misma antes de iniciar un procedimiento contencioso administrativo (art. 27.2 de la Ley 20/2013). Y en este último caso la CNMC valorará en el plazo de cinco días si procede la interposición del recurso contencioso administrativo informando al operador de su decisión. La CNMC es la única legitimada para interponer el recurso contencioso administrativo por los trámites del procedimiento especial de garantía de la unidad de mercado, aunque actúe a solicitud de un operador económico y considere, no obstante, procedente su interposición. En este caso, la CNMC, haciendo uso de las facultades previstas en el artículo 44 de la LJCA, optó de forma previa a la interposición del recurso contencioso administrativo, dirigir a la Generalitat de Catalunya un requerimiento previo a la interposición del recurso contencioso administrativo. Requerimiento previo que, de acuerdo con el artículo 46.6 de la LJCA, implica que el plazo de los dos meses para la interposición del recurso debe iniciar su cómputo a partir del día siguiente a aquel en que se reciba la comunicación del acuerdo expreso o se entienda presuntamente rechazado el requerimiento previo formulado por la CNMC para interponer el recurso contencioso administrativo y ello con independencia de que actué de oficio o a instancia de un operador económico. Y ello porque como quien interpone el citado recurso es única y exclusivamente la CNMC, dada su naturaleza jurídica, puede efectuar el requerimiento previo del artículo 44 de la LJCA previsto en los litigios entre Administraciones Públicas.

El Tribunal Constitucional en la sentencia nº 110/2017, de 5 de octubre, dictada en el recurso de inconstitucionalidad nº 1411/2014 relativo a la LGUM, tras recordar la condición de organismo público de la CNMC, establece, además, las diferencias entre su posición y la de un particular:

"...En lo que se refiere a la legitimación de la CNMC para interponer recurso en el procedimiento especial regulado en el capítulo IV del título V de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso administrativa, cabe recordar que la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia se configura legalmente como un "organismo público de los previstos en la disposición adicional décima de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de organización y funcionamiento de la Administración General del Estado " (art. 1 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia) y está "dotada de personalidad jurídica propia y plena capacidad pública y privada y actúa, en el desarrollo de su actividad y para el cumplimiento de sus fines, con autonomía orgánica y funcional y plena independencia del Gobierno, de las Administraciones Públicas y de los agentes del mercado" (art. 2 de la Ley 3/2013).

De acuerdo con la redacción dada por la disposición final primera de la Ley 20/2013 al nuevo artículo 127 bis de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa : "cuando la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia considere que una disposición, acto, actuación, inactividad o vía de hecho procedente de cualquier Administración pública sea contraria a la libertad de establecimiento o de circulación en los términos previstos en la Ley 20/2013, de Garantía de la Unidad de Mercado, podrá presentar el recurso contencioso administrativo regulado en este capítulo".

La CNMC actúa así en defensa de la legalidad, y el hecho de que por ello puedan verse beneficiados los intereses de determinados operadores económicos, no supone un tratamiento procesal privilegiado de estos últimos ni tampoco un menoscabo del tratamiento procesal de sujetos con intereses contrapuestos o de las Administraciones autoras de las disposiciones y actos que resulten impugnados, por considerar la CNMC que los mismos contravienen la libertad de establecimiento o de circulación en los términos previstos en la Ley 20/2013, de garantía de la unidad de mercado. La legitimación de la CNMC se fundamenta, así, en la defensa y promoción de aquellos fines de los que el ordenamiento jurídico le hace garante, fines que se insertan en la protección de intereses generales vinculados con la garantía y defensa de objetivos económicos, que este Tribunal ya ha declarado legítimos, y, por tanto, la impugnación referida debe ser desestimada".

Así pues, cuando la CNMC, dirige un requerimiento previo a la interposición del recurso especial para la garantía de la unidad de mercado, persigue la protección de intereses generales vinculados a los objetivos de la LGUM, en su condición de Administración Pública que tiene atribuida la defensa de tales intereses legítimos. Y es



la existencia de un conflicto entre Administraciones Públicas como es el caso lo que justifica la remisión del requerimiento previo del artículo 44 LRJCA .

A la vista de lo expuesto entendemos que el plazo de interposición del recurso contencioso administrativo de dos meses a que alude el artículo 127 bis, párrafo segundo, de la LJCA queda suspendido por el requerimiento previo formulado por la CNMC a la Administración demandada, en este caso a la Generalitat de Catalunya, al amparo del artículo 44 de la LJCA . Requerimiento previo cuya exigencia no se ha excepcionado cuando, como sucede en este caso, la CNMC decide interponer el recurso contencioso administrativo a solicitud del operador económico.

En consecuencia, el Abogado del Estado al interponer el presente recurso jurisdiccional en nombre y en defensa de la CNMC si ha respetado el plazo de los dos meses toda vez que su computo debe iniciarse desde la fecha en que se entiende desestimado presuntamente el requerimiento previo formulado a la Generalitat de Catalunya. Y en este caso habiéndose formulado el requerimiento a la Generalitat de Cataluña en fecha 6 de julio de 2015 debemos entender que se ha rechazado presuntamente en el plazo de un mes - al menos, en fecha 6 de agosto porque se desconoce la fecha exacta en que se recibió por la Generalitat de Catalunya- y comienza en esa fecha el computo del plazo de los dos meses para poder acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa. De tal modo que, habiéndose interpuesto el recurso contencioso administrativo en fecha 26 de octubre de 2015 debemos concluir que se ha respetado el plazo de los dos meses toda vez que el mes de agosto es inhábil a los efectos de la interposición del recurso contencioso administrativo".

Criterio que procede mantener ahora y que obliga a rechazar la pretendida extemporaneidad del recurso pues habiéndose dirigido el requerimiento previo al Ayuntamiento de Albaterra en fecha 11 de junio de 2019, y habiéndose rechazado de forma expresa el citado requerimiento previo en fecha 17 de julio de 2019 -que se comunicó a la CNMC en fecha 22 de julio- resulta, entonces, que a partir de esa fecha disponía la CNMC de dos meses para interponer el recurso contencioso administrativo. Y en este caso ese plazo de dos meses si se ha respetado porque la CNMC interpuso el recurso contencioso administrativo que dio origen a estos autos el 2 de septiembre de 2019 y, por tanto, dentro del plazo de los dos meses establecido al efecto ya que finalizaba en fecha 22 de octubre.

SÉPTIMO.- Habiéndose rechazado la causa de inadmisibilidad debemos ahora analizar si los principios desarrollados en la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado se han respetado por el Ayuntamiento de Albaterra al dictar la resolución que constituye el objeto del presente proceso.

Conviene desde un principio destacar que la impugnación efectuada por la CNMC se ha realizado con arreglo al procedimiento especial para la garantía de la unidad de mercado lo cual implica que la adecuación de los acuerdos impugnados deba hacerse con arreglo a los parámetros recogidos en la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado. Y especialmente si los mismos vulneran los principios de necesidad y de proporcionalidad previstos en el artículo 5 de la Ley 20/2013, de Garantía de la Unidad de Mercado.

Concretamente, la CNMC a través de este proceso especial impugna la citada resolución porque considera que la denegación acordada vulnera los principios de necesidad y de proporcionalidad de las actuaciones de las autoridades competentes previstos en el artículo 5 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado. Y, por ello, el Abogado del Estado, en defensa de la CNMC, solicita en su escrito de demanda la nulidad de la resolución impugnada porque entiende que la exigencia de una cualificación profesional concreta para el desarrollo de una actividad, como es la realización de proyectos de ejecución de piscinas de uso privado, supone una restricción de acceso para el ejercicio de una actividad profesional y una barrera a la libre prestación de servicios profesionales en perjuicio de otros técnicos cualificados. Y que, en su caso, esa barrera debería haberse realizado atendiendo a la salvaguarda de alguna razón imperiosa de interés general 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, al que se remite el artículo 5 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre. Y sostiene que, sin embargo, el Ayuntamiento de Albaterra no ha justificado la restricción aplicada apoyándose en razones de necesidad o de proporcionalidad conforme a lo dispuesto en los artículos 5 y 17 de la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado.

Según la CNMC hay que estar a las competencias técnicas adquiridas por los profesionales puesto que, si se atiende únicamente a la titulación se estaría imponiendo una restricción injustificada al ejercicio de una actividad económica.

OCTAVO. - Planteado así el proceso, corresponde a esta Sección examinar si la citada reserva de cualificación profesional vulnera o no los principios de necesidad, de interés general y de proporcionalidad recogidos en el artículo 5 de la Ley de garantía de la unidad de mercado.



En esta línea, destacamos lo que se indica en el Preámbulo de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado, cuando señala que *"esta ley busca establecer los principios y normas básicas que, con pleno respeto a las competencias de las Comunidades Autónomas y de las Entidades Locales, garanticen la unidad de mercado"*. Ley que se dictó con una doble finalidad: por un lado, establecer los principios y normas básicas que garanticen la unidad de mercado en aras de la efectiva unicidad del orden económico nacional y, por otro, promover un funcionamiento más libre de este mercado mediante la eliminación de los obstáculos y trabas derivados del crecimiento de la regulación. Con ese fin introdujo una serie de medidas de armonización normativa y de supresión de barreras administrativas inspirados en los procedimientos que se aplican en la Unión Europea para garantizar el mercado único.

El Tribunal Constitucional en la sentencia nº 79/2017, de 22 de junio, dictada en el recurso de inconstitucional nº 1397/2014 interpuesto por el Parlamento de Cataluña frente algunos preceptos de la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado, afirma que *"... la ley aquí impugnada proclama el principio general de libertad de acceso y ejercicio de la actividad económica en todo el territorio nacional y condiciona la capacidad de intervención pública en aquella"*.

Además, existen unos principios básicos de la regulación recogida en la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado que deben tenerse en cuenta por todas las autoridades administrativas en el ejercicio de sus competencias y así el artículo 9 de la citada Ley 20/2013, de 9 de diciembre dispone 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 las mismas, simplificación de las cargas y transparencia"*. Y de forma concreta se garantizará, entre otros supuestos, en relación con *"las disposiciones de carácter general que regulen una determinada actividad económica o incidan en ella"* - art. 9.2.a) de la Ley 20/2013-.

Debemos, por tanto, analizar si el Ayuntamiento de Albaterra al dictar la resolución ahora impugnada ha tenido en cuenta los principios de necesidad y de proporcionalidad previstos en el artículo 5 de la Ley 20/2013, de garantía de la unidad de mercado. Dicho precepto dispone:

"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".

Y 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 prevé como *"razones imperiosas de interés general"* definida e interpretada por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y limitadas a 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 el mismo sentido, el artículo 18 de la Ley 20/2013 que regula las actuaciones que limitan la libertad de establecimiento y la libertad de circulación dispone:

"1. Cada autoridad competente se asegurará de que cualquier medida, límite o requisito que adopte o mantenga en vigor no tenga como efecto la creación o el mantenimiento de un obstáculo o barrera a la unidad de mercado".

NOVENO. - No cabe duda de que la resolución impugnada implica la fijación de obstáculos y de trabas en el ejercicio de la actividad económica profesional. Y la discrepancia entre las partes se centra en justificar si la denegación recogida en la resolución impugnada es o no contraria a los principios recogidos en el artículo 5 de la LGUM. Y ello implica que corresponde ahora a esta Sala examinar si la denegación de la licencia urbanística para la construcción de una piscina de uso privado se ha establecido atendiendo a los principios de necesidad, de interés general, de proporcionalidad y de no discriminación cuando la citada denegación se ha apoyado exclusivamente en que el proyecto técnico se ha emitido por un ingeniero técnico industrial y no por un arquitecto técnico o por un arquitecto.



Por tanto, lo único que debemos analizar en este proceso es si esa resolución concreta, en cuanto limita a un colectivo profesional concreto la realización de los proyectos de ejecución de obra de una piscina de uso privado, implica o no la fijación de obstáculos al ejercicio de una actividad profesional por cuanto excluye a otros profesionales que pudieran tener cualificación profesional para su emisión. Limitación que puede ser ajustada a la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado si el Ayuntamiento de Albaterra al dictar la resolución impugnada hubiera tenido en cuenta los principios de necesidad y de proporcionalidad recogidos en el artículo 5 de la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado para justificar que únicamente los arquitectos y los arquitectos técnicos son los profesionales cualificados para la emisión de los citados proyectos de obras. Como así expone el Tribunal Constitucional en la sentencia 79/2017, de 22 de junio: *"En efecto, y de acuerdo con el artículo 5 de la Ley 20/2013, las autoridades competentes podrán imponer requisitos, deberes, prohibiciones, restricciones y limitaciones a las actividades económicas siempre que se justifiquen en la salvaguarda de alguna razón imperiosa de interés general y siempre que concurran los principios de necesidad y proporcionalidad."*

La CNMC apoya el recurso interpuesto indicando que para esa restricción pueda entenderse ajustarse a la Ley 20/2013 debería haberse motivado en razones de interés general y justificando, en su caso, la inexistencia de otros medios menos restrictivos o distorsionadores para la actividad económica profesional afectada. Frente a dicha tesis, la Administración demandada justifica la validez de la citada resolución señalando que tiene amparo legal en cuanto se ajusta a lo exigido en la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación tal como se ha interpretado por el TSJ de Murcia en la sentencia dictada en fecha 19 de octubre de 2015.

Esta Sección no comparte la tesis de la demandada en este proceso especial para la garantía de la unidad de mercado en el que no procede analizar si la regulación recogida en la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, e interpretada por la sentencia del TSJ de Murcia en la que se apoya la resolución impugnada, permite o no la construcción de una piscina de uso privado a un ingeniero técnico industrial a quien el Ayuntamiento de Albaterra ha calificado como técnico no competente para ese proyecto de obras. Y ello porque el recurso contencioso administrativo se ha interpuesto por los tramites del proceso especial para la garantía de la unidad de mercado que tiene su ámbito de impugnación limitado a la apreciación de si una limitación de actividad - en este caso la elaboración del citado proyecto de obras por un ingeniero técnico industrial- respeta los principios generales recogidos en la Ley 20/2009 y entre ellos si el Ayuntamiento de Albaterra al dictar la resolución impugnada ha tenido en cuenta los principios de necesidad y de proporcionalidad al rechazar la competencia del técnico referido. Y, en este caso, nos encontramos con que esa limitación de actividad económica profesional no está justificada en razones de interés general, más allá de la interpretación de una norma relativa a la edificación, pero no se han señalado que razones concretas de interés general que, en este caso, pudieran afectar a la correcta construcción y seguridad de la piscina que determinan que el proyecto elaborado por un ingeniero técnico industrial se haya rechazado por entender que no era el técnico competente. La distinción entre construcción privada y construcción industrial a estos efectos, en relación con la construcción de una piscina, entendemos que es desproporcionada a la vista de los principios que inspiran la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado.

Por ello concluimos que la actuación del Ayuntamiento de Albaterra, al rechazar, sin más consideraciones jurídicas, que un Ingeniero Técnico Industrial pueda realizar los proyectos técnicos de construcción de una piscina de uso residencial, supone un obstáculo al ejercicio de la competencia en cuanto impide que puedan realizarse por otros profesionales igualmente cualificados. Análisis que debemos realizar atendiendo a la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado en cuyo artículo 9 se especifica que las autoridades administrativas, en sus actuaciones administrativas y al dictar disposiciones de carácter general que impliquen la regulación de una actividad económica o incidan en ellas, deben respetar los principios de no discriminación, de necesidad y de proporcionalidad. Y ello supone que, cuando se establezcan límites al acceso a una actividad económica o a su ejercicio, la autoridad administrativa que actúa en ejercicio de sus competencias deberá motivar su necesidad en la salvaguarda de alguna razón imperiosa de interés general comprendida 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. Y, además, deberá justificar que no existen otros medios menos restrictivos al libre ejercicio de las actividades profesionales. Principios recogidos en los artículos 5 y 17 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado.

Los artículos 5 y 17 de la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado se han declarado conformes a la Constitución por el Tribunal Constitucional en la sentencia antes citada de 22 de junio de 2017 en la que se señalan las razones que justifican la aplicación de los principios que se recogen en los citados preceptos. Concretamente, en dicha sentencia se ha señalado:

" El artículo 5 supone:



i) Por un lado, una limitación de aquellas razones o finalidades legítimas que pueden justificar que los poderes públicos autonómicos afecten al libre acceso y al libre ejercicio de las actividades económicas, pues el precepto establece, por remisión al artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, una relación de las razones o finalidades que pueden justificar la intervención pública. En el artículo 5 de la Ley 20/2013, el Estado ha fijado, de forma tasada, aquellos objetivos que podrían justificar el establecimiento de límites y requisitos a las actividades económicas por parte de los poderes públicos autonómicos al ejercer sus propias competencias sectoriales (sobre vivienda, asistencia social, comercio interior, turismo...), restringiendo su capacidad de promover, mediante el establecimiento de requisitos o límites sobre el ejercicio de la actividad económica, cualquier otra finalidad constitucionalmente legítima que no se encuentre recogida en el listado del artículo 3.11 de la Ley 17/2009.

ii) Por otro, el sometimiento de todas las regulaciones públicas que afecten al libre acceso o al libre ejercicio de las actividades económicas al denominado principio de proporcionalidad, principio que exige someter aquellas regulaciones a la comprobación de que sean proporcionadas a la razón imperiosa de interés general invocada y a la comprobación de que no exista otro medio menos restrictivo o distorsionador para la actividad económica. En este punto, el artículo 5 supone el sometimiento de todas aquellas regulaciones públicas que limiten o condicionen el libre acceso y el libre ejercicio de las actividades económicas a un escrutinio más incisivo que aquel que se deriva directamente del art. 38 de la CE, pues de acuerdo con la doctrina de este Tribunal que ha interpretado este último precepto, "cuando se trata de regulaciones que afectan al ejercicio de una actividad empresarial, sin afectar al propio acceso a la misma" ...el canon de constitucionalidad empleado por la jurisprudencia de este Tribunal, permite verificar si esas medidas son "constitucionalmente adecuadas", esto es, si la medida cuestionada "constituye una medida adecuada para la consecución de un fin constitucionalmente legítimo, sin que le corresponda a este Tribunal ir más allá, pues ello supondría fiscalizar la oportunidad de una concreta elección del legislador de una legítima opción política (STC 53/2014, de 10 de abril, FJ7º).

Sigue diciendo el Tribunal Constitucional:

"El art. 17 de la Ley 20/2013, una vez establecido en el art. 5 el principio general de necesidad y proporcionalidad de las actuaciones de las autoridades competentes, reglamenta la instrumentación de aquel principio en relación con aquellas regulaciones públicas que establecen la exigencia de una autorización, de una declaración responsable y de una comunicación. Es decir, si el art. 5, por un lado, restringe las razones y fines que pueden legitimar el establecimiento de condiciones y requisitos al acceso y al ejercicio de las actividades económicas, y por otro, somete al principio general de necesidad y proporcionalidad a todas aquellas regulaciones públicas que puedan establecer tales condiciones y requisitos; y desarrolla la aplicación de aquel principio en el concreto supuesto de los controles administrativos previos y restringe las razones y fines disponibles en el caso de las autorizaciones.

En efecto, en el caso de aquellas regulaciones públicas que establezcan la exigencia de una autorización, el artículo 17.1 exige, por un lado, que la concurrencia de los principios de necesidad y proporcionalidad se motiven suficientemente en la propia Ley que establezca dicho régimen... Y por otro, restringe aún más aquellas concretas razones imperiosas de interés general que pueden justificar la exigencia de autorización, pues respecto a los operadores económicos solo se puede exigir aquella por razones de orden público, seguridad pública, salud pública o protección del medio ambiente en el lugar concreto donde se realiza la actividad....

....

Por tanto, en el caso de las autorizaciones, las razones imperiosas de interés general que las justifican no serían todas aquellas a las que se remite el art. 5 de la Ley 20/2013, y que se contienen en el artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sino solo aquellas razones explícitamente recogidas en el propio art. 17.1".

Una vez que hemos resaltado la razón de ser de los principios de necesidad y de proporcionalidad concluimos que al dictarse la resolución impugnada por el Ayuntamiento de Albaterra no se han tenido en cuenta los referidos principios previstos en el artículo 5 de la Ley 20/2013, de garantía de la unidad de mercado, de acuerdo con la interpretación dada por el Tribunal Constitucional. El Ayuntamiento no ha acreditado ni ha justificado que concurrieran razones de orden público, de seguridad pública, de salud pública o de protección del medio ambiente, que justificase una reserva de actividad a una titulación o titulaciones concretas, con exclusión de las demás, en lugar de optar por la vinculación a la capacitación técnica del profesional en cuestión.

Como hemos indicado los principios de necesidad y de proporcionalidad obligaban a motivar y a justificar la necesidad de exigir límites para el acceso a una actividad económica - en este caso para realizar el proyecto técnico de construcción de una piscina de uso residencial- en la salvaguarda de alguna razón imperiosa de interés general. Por lo tanto, para justificar en primer lugar la necesidad de la restricción, el Ayuntamiento de Albaterra debería haber razonado la concurrencia 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, precepto al que remite el artículo 5 LGUM.

Pues bien, esta Sección concluye que no se ha justificado la restricción analizada apoyándose en razones de necesidad y de proporcionalidad. La necesidad debería haberse motivado en la salvaguarda de alguna razón imperiosa de interés general de entre las comprendidas en el artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, por remisión al mismo del artículo 5 LGUM. Asimismo, tampoco admitimos la justificación dada por el Ayuntamiento de Albaterra de que el Tribunal Superior de Justicia de Murcia ha negado a los ingenieros técnicos industriales esa construcción que entienden reservada a favor de los arquitectos y de los arquitectos técnicos. Y ello porque la citada sentencia no analizó, a propósito del conflicto de atribuciones profesionales suscitado, la incidencia de la Ley 20/2013, de Garantía de la Unidad de Mercado en la restricción impuesta ni la legislación sectorial aplicable de acuerdo con LGUM, según exige su artículo 9.

En consecuencia, debemos estimar el recurso contencioso administrativo interpuesto por el Abogado del Estado en defensa y representación de la CNMC y acordamos la nulidad de la resolución dictada por el Ayuntamiento de Albaterra por cuanto ha establecido límites y obstáculos al libre ejercicio de la actividad profesional sin estar justificado en principios de necesidad, de interés general y de proporcionalidad recogidos en el artículo 5 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado. Esta decisión no impide que el Ayuntamiento de Albaterra, en el ejercicio de sus competencias, pueda dictar una nueva resolución en la que llegue a la misma conclusión que la que ahora anulamos pero que podrá, entonces, ser ajustada a la legislación reguladora de la garantía de la unidad de mercado si se justifica la necesidad y la proporcionalidad invocando razones de interés general para que pueda atribuirse a unos técnicos profesionales concretos la emisión de los proyectos de construcción de una piscina de uso privado. Porque insistimos que la razón que ha llevado a este Tribunal a la nulidad de la resolución impugnada es que no se había acreditado ni justificado la razón que implicaba limitar su emisión a un colectivo profesional concreto en detrimento de otros técnicos que pudieran estar cualificados profesionalmente y técnicamente. Y por esta razón esta Sala no puede acceder a una de las pretensiones formuladas por D. Julio que ha comparecido también como recurrente cuando en su escrito de demanda solicita que se declare por este Tribunal que: *"...D. Julio como Ingeniero Técnico Industrial, era y es técnico competente en virtud de la titulación que ostenta para redactar y confeccionar proyectos de piscina, obligando a la administración y a las partes personadas a estar y a pasar por la anterior declaración"*.

DÉCIMO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.1 de la LJCA al haberse estimado el recurso contencioso administrativo interpuesto por el Abogado del Estado procede imponer a la Administración demandada las costas procesales causadas en esta instancia en relación con dicha personación. Y, sin embargo, acordamos la estimación parcial en relación con el recurso interpuesto por D. Julio en condición de corecurrente lo que implica que no se efectúa ningún pronunciamiento especial sobre las costas procesales causadas a su instancia.

FALLAMOS

1. ESTIMAR el recurso contencioso administrativo núm. **7/2019**, promovido por los tramites del proceso especial para la garantía de la unidad de mercado por el Abogado del Estado que actúa en defensa y en representación de la **Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia**, contra la Resolución de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Albaterra (Alicante) de 25 de marzo de 2019 que deniega la licencia de obras solicitada para la construcción de una piscina en vivienda unifamiliar porque el proyecto técnico no se ha suscrito por técnico competente para ello. Resolución que acordamos su nulidad por cuanto es contraria a los principios de necesidad y de proporcionalidad previstos en el artículo 5 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado.

2. ESTIMAMOS PARCIALMENTE el recurso contencioso administrativo interpuesto como corecurrente por **D. Julio** - Ingeniero Técnico Industrial emisor del proyecto técnico de obras- representado por el Procurador D. José Manuel Fernández Castro y, en consecuencia, acordamos únicamente la nulidad de la resolución administrativa impugnada.

Se imponen a la Administración demandada el abono de las costas procesales causadas en esta instancia en relación con la actuación del Abogado del Estado.

Así por esta nuestra Sentencia, que se notificará en la forma prevenida por el art. 248 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y contra la que cabe recurso de casación que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el día siguiente al de su notificación; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción justificando el interés casacional objetivo que presenta.



Lo que pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ