

INFORME SOBRE LA RECLAMACIÓN PRESENTADA, AL AMPARO DEL ARTÍCULO 26 DE LA LEY 20/2013, DE 9 DE DICIEMBRE, DE GARANTÍA DE LA UNIDAD DE MERCADO, CONTRA LA EXIGENCIA DE LA TITULACIÓN EN ARQUITECTURA PARA LA REDACCIÓN DE PROYECTOS DE CONSTRUCCIÓN DE PISCINAS EN VIVIENDAS UNIFAMILIARES POR PARTE DEL AYUNTAMIENTO DE CARTAGENA.

Expediente: UM/074/22

PLENO

Presidenta

D^a. Cani Fernández Vicién

Vicepresidente

D. Ángel Torres Torres

Consejeros

D^a María Ortiz Aguilar

D^a María Pilar Canedo Arrillaga

D. Bernardo Lorenzo Almendros

D. Xabier Ormaetxea Garai

D^a Pilar Sánchez Núñez

D. Carlos Aguilar Paredes

D. Josep Maria Salas Prat

Secretario del Consejo

D. Miguel Bordiu García-Ovies

En Madrid, a 20 de septiembre de 2022.

I. ANTECEDENTES Y OBJETO DEL INFORME.

Con fecha 7 de septiembre de 2022, ha tenido entrada en el Registro electrónico del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital un escrito mediante el cual D. Martín Brotons Gallardo presenta una reclamación, al

amparo del artículo 26 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado (LGUM, en adelante), contra el Requerimiento de control previo dictado, el 14 de agosto de 2022, por el Jefe del Servicio Jurídico Administrativo de Intervención Urbanística del Ayuntamiento de Cartagena.

El acto administrativo identificado ha sido dictado en el seno de un procedimiento a través del cual la Entidad Local ejerce la facultad de control que ostenta en relación con la actividad respecto de la cual se ha presentado por el interesado, D. Antonio Fuentes Cañavate, una declaración responsable para construir una piscina particular en una finca de propiedad privada.

En el Requerimiento de control previo se transcribe el contenido de un Informe, de fecha 4 de agosto de 2022, según el cual:

“OBSERVACIONES: La documentación técnica aportada viene firmada por el técnico y visado por el Colegio Profesional correspondiente. El técnico que asume dicha documentación es un Ingeniero Técnico de Obras Públicas, no siendo competente para construcciones adscritas al uso residencial como es el caso que ocupa este expediente, según LOE vigente.

(REQUERIMIENTO CONTROL PREVIO) Faltaría por aportar:

- Memoria técnica suscrita por técnico competente en actuaciones sobre inmuebles de uso residencial.
- Reportaje fotográfico del estado inicial de las actuaciones a realizar.
- Justificación del cumplimiento del Real Decreto 1627/1.997 de 24 de Octubre por el que se establecen disposiciones mínimas de seguridad y salud en las obras de construcción.
- Acreditación emitida por el Colegio Profesional correspondiente del técnico que suscribe la documentación técnica que se aporte.
- Justificación de la Dirección técnica y Coordinador de Seguridad y Salud en fase de ejecución de las actuaciones a realizar.”

Tras ello, el Requerimiento de control previo señala que se requiere al interesado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP, en lo sucesivo), para que aporte lo indicado, advirtiéndole que, de no hacerlo, *“se procederá a dictar por el órgano competente resolución en la que se hará constar que usted no queda habilitado para la ejecución de las obras indicadas, procediéndose al archivo del expediente.”*

A la vista de lo anterior le requiero de conformidad con lo previsto en el artículo 69 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, se sirva aportar lo indicado, en el plazo de QUINCE DÍAS, de conformidad con lo previsto en el Art. 9 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 17 de junio de 1955, advirtiéndole que la Declaración Responsable realizada NO LE LEGITIMA para realizar el objeto de la misma, debiendo abstenerse de su realización en tanto subsane lo requerido.

En el caso de que lo se le requiere no fuera aportado en el plazo indicado, se procederá a dictar por el órgano competente, resolución en la que se hará constar que usted no queda habilitado para la ejecución de las obras indicadas, procediéndose al archivo del expediente. Todo ello sin perjuicio de la comunicación que se haga a los Departamentos correspondientes para el inicio de las actuaciones sancionadoras que procedan, así como las exigencias de responsabilidad oportunas previstas en la normativa aplicable al promotor y/o proyectista firmante del proyecto aportado / técnico interviniente. En caso de inexactitud, falsedad u omisión de carácter esencial en cualquier dato, manifestación o documento que se acompañe o incorpore al procedimiento.

A juicio del reclamante, el rechazo por parte del Ayuntamiento de Cartagena de la competencia profesional del Ingeniero Técnico de Obras Públicas para redactar la Memoria técnica de la obra objeto de la declaración responsable constituye una infracción de los principios de garantía de la unidad de mercado.

La Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado (SECUM) ha trasladado a la CNMC la reclamación con el fin de que por esta última se formulen aportaciones, de acuerdo con lo previsto en el artículo 26.5 LGUM.

II. RECURRIBILIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO FRENTE AL QUE SE DIRIGE LA RECLAMACIÓN.

El artículo 26.1 LGUM dispone que la reclamación que en él se regula podrá dirigirse *“frente a toda actuación que, agotando o no la vía administrativa, sea susceptible de recurso administrativo ordinario”*, así como contra *“las disposiciones de carácter general y demás actuaciones que, de conformidad con lo dispuesto por el Capítulo I del Título III de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, puede ser objeto de recurso contencioso-administrativo.”*

Así las cosas, se ha de estar a lo establecido en los artículos 112.1 LPACAP y 25.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativo, en cuya virtud:

“Contra las resoluciones y los actos de trámite, si estos últimos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos, podrán interponerse por los interesados los recursos de alzada y potestativo de reposición, que cabrá fundar en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 47 y 48 de esta ley.

La oposición a los restantes actos de trámite podrá alegarse por los interesados para su consideración en la resolución que ponga fin al procedimiento.”

“El recurso contencioso-administrativo es admisible en relación con las disposiciones de carácter general y con los actos expresos y presuntos de la Administración Pública que pongan fin a la vía administrativa, ya sean definitivos o de trámite, si estos últimos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos.”

El Requerimiento de control previo contra el que se dirige la reclamación constituye un acto de trámite porque no ha puesto fin al procedimiento seguido ante el Ayuntamiento de Cartagena. Por esta razón, solo será susceptible de recurso y, por ende, de la reclamación regulada en el artículo 26 LGUM, si decide directa o indirectamente el fondo del asunto, determina la imposibilidad de continuar el procedimiento, produce indefensión o perjuicio irreparables a derechos o intereses legítimos.

A juicio de esta Comisión, ninguna de las circunstancias apuntadas concurre en el Requerimiento de control previo, de 14 de agosto de 2022, ya que se limita a poner de manifiesto una deficiencia observada en la documentación presentada por el interesado.

Se desconoce si se ha dictado ya la resolución que ponga fin al procedimiento y si la misma ha denegado la ejecución de las obras con fundamento en el motivo

con base en el cual se ha formulado el Requerimiento de control previo. Sería, en su caso, aquella resolución el acto susceptible de recurso.

En este sentido se ha pronunciado la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en su Sentencia de 8 de junio de 2018 (rec. 9/2017), según la cual:

“La respuesta ha de ser negativa porque la lacónica mención que se contiene en el requerimiento de subsanación recurrido ("documentación requerida: informe de inspección técnica de edificios (ITE), elaborado por técnico competente: arquitecto o arquitecto técnico y en el que conste el nº del colegiado de profesional que lo elabora"), no es suficiente para deducir el perjuicio irreparable a los ingenieros industriales, o a la libertad de acceso a las actividades de servicio y su ejercicio, en los términos que exige el artículo 25 de la LJCA, que pudiera habilitar la recurribilidad del acto de trámite.

Se alude a la titulación del técnico que suscribe el informe de ITE, pero no se sigue de ello, al menos con la claridad imprescindible para abrir la vía del recurso, que la resolución final que recaiga en el procedimiento se haga depender de esa circunstancia.

En todo caso, y si así fuera, cuando se dicte dicha resolución definitiva será el momento de entender que se ha producido el perjuicio irreparable y se abra la posibilidad del recurso en aplicación del tan repetido artículo 25 de la LJCA.”

Ello, no obstante, dado que la tramitación de la reclamación contemplada en el artículo 26 LGUM compete a la SECUM, el presente informe de limita a poner lo anterior de manifiesto y analiza a continuación el fondo de la cuestión planteada.

III. INCLUSIÓN DE LA ACTIVIDAD EN EL ÁMBITO DE LA LGUM.

El apartado b) del anexo de la LGUM define las actividades económicas como *“cualquier actividad de carácter empresarial o profesional que suponga la ordenación por cuenta propia de los medios de producción, de los recursos humanos, o ambos, con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o en la prestación de servicios”*.

La prestación de servicios técnicos, como la redacción de proyectos de construcción de piscinas, se incluyen en el ámbito de aplicación de la LGUM por tratarse de una actividad económica, tal y como dispone su artículo 2 y ha confirmado la Audiencia Nacional en numerosas sentencias.

IV. ANÁLISIS DE LA RECLAMACIÓN DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA LGUM.

El artículo 16 LGUM recoge el principio general de libre iniciativa económica en materia de acceso y ejercicio a las actividades económicas en los siguientes términos:

“El acceso a las actividades económicas y su ejercicio será libre en todo el territorio nacional y sólo podrá limitarse conforme a lo establecido en esta ley y a lo dispuesto en la normativa de la Unión Europea o en tratados y convenios internacionales”.

En virtud del citado principio, la libre iniciativa económica, que supone el acceso y ejercicio de la actividad, solo podrá limitarse, de forma excepcional, cuando exista una razón imperiosa de interés general que lo justifique, la limitación sea adecuada a dicha razón de interés general y lo menos restrictiva posible, según el artículo 5 LGUM, en cuya virtud:

“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.”

Las razones imperiosas de interés general a las que alude el precepto reproducido se hallan definidas 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, como sigue:

“«Razón imperiosa de interés general»: razón definida e interpretada la jurisprudencia del tribunal de justicia de las comunidades europeas, limitadas las siguientes: el orden público, la seguridad pública, la protección civil, la salud pública, la preservación del equilibrio financiero del régimen de seguridad social, la protección de los derechos, la seguridad y la salud de los consumidores, de los destinatarios de servicios y de los trabajadores, las exigencias de la buena fe en las transacciones comerciales, la lucha contra el fraude, la protección del medio ambiente y del entorno urbano, la sanidad animal, la propiedad intelectual e industrial, la conservación del patrimonio histórico y artístico nacional y los objetivos de la política social y cultural.”

Finalmente, a tenor del artículo 9 LGUM, las autoridades competentes deberán garantizar que respetan los principios de la propia ley en todas sus actuaciones.

Las llamadas “reservas de actividad” o “reservas profesionales” a favor de determinadas titulaciones constituyen una limitación de carácter absoluto para el acceso o ejercicio de actividades económicas, por lo que es evidente que afectan a la libre prestación de servicios profesionales.

En este sentido, esta Comisión viene manifestando de forma uniforme y constante en sus informes emitidos en el marco de procedimientos tramitados al amparo de los artículos 26 y 28 LGUM que debe evitarse vincular una reserva de actividad a una titulación o a titulaciones concretas y, en su lugar, de ser necesario por concurrir una razón imperiosa de interés general, optar por relacionarla con la capacitación técnica del profesional. De esta manera, cuando la actuación de la autoridad competente crea la reserva profesional y rechaza la intervención de un técnico facultado pero que no dispone de la titulación exigida, se incurre en una infracción de las libertades económicas garantizadas en la LGUM y, en concreto, en una vulneración de los principios de necesidad y proporcionalidad.

Frente a las reservas de actividad, se considera preferible la aplicación razonada del principio de “libertad con idoneidad” del profesional técnico interviniente. Dicho principio preside la constante jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de competencias de las diferentes profesiones reguladas.

En el ámbito de la edificación, los artículos 2 y 10.2.a) de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación (LOE) establecen una reserva legal a favor de los profesionales de la Arquitectura para elaborar proyectos de edificación o bien de modificación sustancial, o con cambio de uso e intervención total en edificaciones sometidas a protección ambiental o histórico-artística cuando las edificaciones estén destinadas a uso sanitario, religioso, residencial en todas sus formas, docente o cultural.

La extensión de esa reserva de actividad de origen legal a cualquier proyecto de construcción o actuación relacionada con una edificación residencial ya existente, como hace el Ayuntamiento de Cartagena, en este caso por considerar “adscrita” la piscina proyectada a una vivienda, constituiría, según lo expuesto,

una infracción de los principios de garantía de la unidad de mercado porque no se encontraría justificada en razones imperiosas de interés general. En todo caso, de existir esta razón, la Administración actuante no ha realizado el análisis de necesidad y proporcionalidad que asegure la idoneidad de la restricción para preservarla.

El Real Decreto 742/2013, de 27 de septiembre, por el que se establecen los criterios técnico-sanitarios de las piscinas, no reserva su proyección a favor de los profesionales de la Arquitectura y en su artículo 5 se remite a lo dispuesto en el Real Decreto 314/2006, de 17 de marzo, por el que se aprueba el código técnico de la edificación, y al Real Decreto 1027/2007, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de instalaciones térmicas en los edificios, en lo que se refiere a los proyectos de construcción de piscinas o de modificación constructiva de vasos.

En todo caso, se da la circunstancia de que el supuesto ha sido analizado por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en un recurso especial en defensa de los principios de unidad de mercado interpuesto por esta Comisión. En su Sentencia de fecha 10 de mayo de 2021 (recurso 7/2019), la Sala estima el recurso presentado por la CNMC frente a la actuación administrativa de un ayuntamiento que denegaba la competencia de un ingeniero técnico industrial para proyectar una piscina de uso privado. En su sentencia, la Sala reprocha que la Administración no motive la limitación al ejercicio de la actividad económica en la salvaguarda de razones imperiosas de interés general y, en su caso, la inexistencia de otros medios menos restrictivos o distorsionadores para la actividad económica profesional afectada. Por el contrario, la justificación se limitaba a la interpretación de una norma relativa a la edificación, la LOE, pero no se señalaba qué razones concretas de interés general podrían afectar a la correcta construcción y seguridad de la piscina que determinarían que el proyecto elaborado por un ingeniero técnico de obras públicas debía rechazarse por concurrir la falta de competencia del técnico redactor.

V. CONCLUSIONES.

1ª.- La exclusión de determinados técnicos en función de su titulación académica (ingenieros civiles o ingenieros técnicos de obras públicas) para la redacción de proyectos constructivos de piscinas constituye una restricción de acceso a la actividad económica en el sentido del artículo 5 LGUM.

2ª.- La citada restricción no ha sido fundada por la Administración reclamada en ninguna de las razones imperiosas de interés general del artículo 3.11 de la ley 17/2009, de 23 de noviembre, ni se ha justificado la inexistencia de otro medio menos restrictivo o distorsionador para la actividad afectada.

En todo caso, y aunque en este supuesto hubiera concurrido una razón imperiosa de interés general, debería haberse evitado vincular una reserva de actividad a una titulación o a titulaciones concretas, optando por vincularla a la capacitación técnica y experiencia de cada profesional.

3ª.- Por ello, no habiéndose justificado ni la necesidad ni la proporcionalidad de la exigencia efectuada por el Ayuntamiento de Cartagena, debe considerarse que el acto frente al que se dirige la reclamación resulta contrario al artículo 5 LGUM.