

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 RESOLUCIÓN, DE 3 DE MARZO DE 2023, DEL ALCALDE DEL AYUNTAMIENTO DE TORIL (CÁCERES), POR LA QUE SE RESUELVE UN CONTRATO DE SERVICIOS DE REDACCIÓN DEL PROYECTO DE CONSTRUCCIÓN DE UNA PISCINA MUNICIPAL

(UM/023/23)

CONSEJO. 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

D^a. María Jesús Martín Martínez

Secretaria del Consejo

D.^a María Ángeles Rodríguez Paraja

En Madrid, a 25 de abril de 2023

I. ANTECEDENTES Y OBJETO DEL INFORME

Con fecha 4 de abril de 2023, tiene entrada en el Registro general del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital la reclamación presentada, al

amparo de lo dispuesto en el art. 26 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado (LGUM, en adelante), por un operador económico contra la Resolución, de 3 de marzo de 2023, del Alcalde del Ayuntamiento de Toril (Cáceres), por la que se resuelve el contrato de servicios que tiene por objeto la redacción del proyecto de obras para la construcción de una piscina municipal, adjudicado a Macadam Ingenieros, SLP.

La razón por la cual se resuelve el contrato es, según la resolución citada, el incumplimiento de la obligación principal del contrato, ya que la Administración local entiende que el proyecto ha sido redactado por un técnico no habilitado para la realización de las obras necesarias para la construcción de una piscina, pues el único título habilitante es, según el Ayuntamiento de Toril, el de Arquitecto.

El reclamante mantiene en su escrito que la Resolución de 3 de marzo de 2023 es contraria a lo dispuesto en los arts. 2.1 a) de la Ley 12/1986, de 1 de abril, sobre regulación de las atribuciones profesionales de los arquitectos e ingenieros técnicos, y “ocho a)” y b) del Decreto 148/1969, de 13 de febrero, por el que se regulan las denominaciones de los graduados en escuelas técnicas y las especialidades a cursar en las escuelas de Arquitectura e Ingeniería Técnica; así como al criterio mantenido por esta Comisión en nuestro Informe de 28 de marzo de 2016 (UM/033/16).

La Secretaría para la Unidad de Mercado (SUM, en lo sucesivo) ha dado traslado a este organismo de reclamación preestada con el fin de que por este último se formulen aportaciones, de acuerdo con lo previsto en apartado 5 del art. 26 LGUM.

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

Tras la reforma operada por la Ley 18/2022, de 28 de septiembre, de creación y crecimiento de empresas (en vigor desde el 19 de octubre de 2022), el art. 2 LGUM delimita su ámbito de aplicación en los términos que siguen:

“1. Esta ley será de aplicación al acceso a actividades económicas que se prestan en condiciones de mercado y su ejercicio por parte de operadores legalmente establecidos en cualquier lugar del territorio nacional.

2. Quedan excluidas del ámbito de aplicación de esta ley las materias del ámbito tributario.”

El concepto de “actividad económica” es definido en el apartado b) del anexo de la LGUM 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*”. Se añade a continuación, fruto de la modificación introducida por la Ley 18/2022, de 28 de septiembre, que “*no se incluyen dentro de este concepto las actividades relativas a la reserva o*

al ejercicio de potestades públicas, jurisdiccionales o administrativas ni la regulación de las relaciones laborales por cuenta ajena o asalariadas.”

En el caso que nos ocupa, el acto administrativo frente al que se dirige la reclamación afecta al ejercicio de una actividad profesional, la consistente en la redacción de proyectos técnicos, que supone la ordenación de medios por cuenta propia con la finalidad de prestar un servicio, por lo que resulta de aplicación la LGUM.

Otra de las novedades introducidas en la LGUM por la Ley 18/2022, de 28 de septiembre, ha sido excluir del ámbito de la reclamación regulada en el art. 26 de aquélla las actuaciones que sean susceptibles de recurso administrativo especial en materia de contratación (nuevo párrafo tercero de su apartado 1), por lo que en este punto hemos de estar a lo dispuesto en el art. 44 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP, en adelante), pues en él se fijan los tipos de contratos y de actos frente a los que cabe interponer dicho recurso especial.

En virtud de este último precepto, no es posible combatir la Resolución de 3 de marzo de 2023 mediante el referido recurso porque el valor estimado del contrato de servicios del Ayuntamiento de Toril no es superior a 100.000 €.

III. ANÁLISIS DE LA RECLAMACIÓN

un escrito mediante el cual un particular 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 la resolución de la alcaldía de Toril por la que se resuelve el contrato de servicios para la redacción de un proyecto de obra por no ser técnicamente competente el proyectista.

La resolución viene precedida por los informes jurídico y técnico del Equipo Técnico de la Oficina Técnica de Urbanismo y Desarrollo Territorial Sostenible de la Mancomunidad Integral Campo Arañuelo a petición Ayuntamiento de Toril. En el primero, con las correspondientes citas jurisprudenciales, se reconoce la competencia de los ingenieros técnicos para redactar y firmar proyectos que tengan por objeto la construcción, reforma, reparación, conservación, demolición, fabricación, instalación, montaje o explotación de inmuebles tanto de carácter principal como accesorio, siempre que queden comprendidos por su naturaleza y características en la técnica propia de cada titulación. en el caso de los ingenieros técnicos de obras públicas, el informe reconoce que tienen formación en la especialidad de hidrología y qué habrá de decidirse su competencia en función de la naturaleza del proyecto de que se trate. No obstante, en aplicación de los artículos 2 y 10 de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación (LOE) y *que habrá de entenderse con respecto a las edificaciones que se comprenden en el proyecto*, se considera incompetente para la redacción del proyecto un ingeniero con la citada titulación. Por su parte, el informe técnico considera que la obra afecta a suelo con la consideración de urbanizables sin ordenación detallada y que por lo tanto es

necesario la promoción de un plan parcial que determine la ordenación detallada y límite la unidad de actuación, que se desarrollará mediante un programa de ejecución. A juicio de ese informe técnico, además, la piscina municipal tendría carácter *cultural deportivo*, por lo que el título habilitante para la redacción del proyecto sería la de arquitecto.

A la vista de las anteriores consideraciones, en la resolución de la alcaldía de Toril que es objeto de impugnación por el mecanismo previsto en el artículo 26 de la LGUM, se considera resuelto el contrato de conformidad con lo dispuesto en el artículo 211 .1 f) de Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 porque el proyecto técnico que constituye su objeto no estaría firmado por técnico competente y, en consecuencia, no serviría para la finalidad para la que fue contratado el servicio.

Debe advertirse de que la resolución no hace alusión a la necesidad de aprobación previa del plan parcial expuesta en el informe técnico para la construcción de la piscina por su situación en suelo sin ordenación detallada.

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, incluso aunque esta no tenga la consideración del residencial, docente o cultural¹, como en el caso de una piscina de uso comunitario dentro de un complejo deportivo ya existente, como hace con su interpretación el Ayuntamiento de Toril, 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.

Desde el punto de vista de la normativa de aplicación, debe señalarse que 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. 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.

Dicho marco normativo ha de completarse con las previsiones del Decreto 102/2012, de 8 de junio, por el que se regulan las condiciones técnico-sanitarias de las piscinas de uso colectivo de la Comunidad Autónoma de Extremadura, que en su artículo 9 dispone que el diseño y construcción de toda piscina, deberá observarse lo dispuesto en el Código Técnico de la Edificación, el Reglamento e Instalaciones Eléctricas, el Reglamento de Instalaciones Térmicas en Edificios.

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

¹ En este sentido no puede compartirse la interpretación que hace el técnico firmante del informe técnico que sirve como motivación de la resolución recurrida de que una piscina tiene la consideración de edificación de uso cultural a los efectos del artículo 2.1.a) de la LOE. En este sentido, la STS de 19 de enero de 2012 (recurso de casación 321/2010).

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 Toril, debe considerarse que el acto frente al que se dirige la reclamación resulta contrario al artículo 5 LGUM.