

INFORME DE 28 DE MARZO DE 2016 SOBRE RECLAMACIÓN PRESENTADA, AL AMPARO DEL ARTÍCULO 26 DE LA LEY 20/2013, DE 9 DE DICIEMBRE, DE GARANTÍA DE LA UNIDAD DE MERCADO, POR LA NO CONSIDERACIÓN POR PARTE DE UN AYUNTAMIENTO DE LOS INGENIEROS TÉCNICOS DE OBRAS PUBLICAS COMO TÉCNICOS COMPETENTES PARA SUSCRIBIR PROYECTOS DE CONSTRUCCIÓN DE PISCINAS (UM/033/16).

I. ANTEDECENTES

Mediante escrito, remitido el día 3 de marzo de 2016 por un ingeniero técnico de obras públicas, se presentó en la Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado (SECUM) reclamación del artículo 26 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado (LGUM) contra el requerimiento del Ayuntamiento de Sanlúcar de Barrameda (Cádiz) recibido por el interesado en fecha 8 de febrero de 2016 y en el que se rechaza la validez del proyecto técnico básico y de ejecución de una piscina de uso privado en una urbanización de dicha localidad al estar firmado por técnico “*no competente en obras de carácter residencial*”.

El reclamante no comparte la exclusión de los ingenieros técnicos de obras públicas de la posibilidad de suscribir proyectos de construcción de piscinas para uso particular. Esta exclusión resultaría, a juicio del interesado, contraria a los principios de la LGUM.

La reclamación ha sido remitida por la SECUM a esta Comisión en el marco de lo previsto en el artículo 26 de la LGUM.

II. CONSIDERACIONES

En las consideraciones que siguen a continuación se analizan:

1) Marco jurídico en materia de competencias, titulaciones y colegios profesionales **2)** Marco regulador general en materia de edificación **3)** Marco normativo especial estatal y autonómico en materia de piscinas **4)** Normativa y jurisprudencia aplicables sobre las competencias profesionales de los ingenieros técnicos de obras públicas **5)** Informes de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC), de 2012 sobre los Colegios Profesionales tras la transposición de la Directiva Servicios, y de noviembre de 2013 sobre el Anteproyecto de Ley de Servicios y Colegios Profesionales **6)** Análisis del caso a la luz de los principios de necesidad y proporcionalidad del artículo 5 de la Ley 20/2013, de garantía de la unidad de mercado y 39 bis de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

El análisis que sigue ha sido ya expuesto en los informes de esta Comisión UM/028/14¹ de 19 de agosto de 2014, UM/034/14² de 5 de septiembre de 2014, UM/059/14³ de 30 de octubre de 2014, UM/062/14⁴ de 13 de noviembre de 2014, UM/006/15⁵ de 17 de febrero de 2015 y, especialmente, en el Informe UM/079/15 de 14 de diciembre de 2015, en el que se abordó el tema de la habilitación en proyectos de construcción de piscinas⁶.

II.1. Marco jurídico en materia de competencias, titulaciones y colegios profesionales

Corresponde al Estado, y no a las Administraciones autonómicas o locales, la determinación tanto de las profesiones cuyo ejercicio requiera una titulación específica y una colegiación obligatoria como de las competencias específicas atribuidas a cada una de titulaciones profesionales en todo el territorio nacional.

Así se desprende de los artículos 35 (derecho al trabajo), 36 (ejercicio de profesiones tituladas y colegios profesionales), 149.1.1^a (condiciones de garantía de la igualdad de derechos y deberes) y 149.1.30^a (títulos profesionales) de la Constitución (en adelante, CE) y de la doctrina del Tribunal

¹ Informe de 5 de septiembre de 2014, sobre sendas reclamaciones presentadas al amparo del artículo 26 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, por la no consideración por parte de un Ayuntamiento de los ingenieros técnicos industriales como técnicos competentes para expedir certificados de habitabilidad para la obtención de licencias de segunda ocupación de viviendas.

² Informe de 19 de agosto de 2014, sobre la reclamación presentada al amparo del artículo 28 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, por la publicación en la web del Colegio de aparejadores y arquitectos técnicos de Alicante de un anuncio relativo a la falta de habilitación de los ingenieros técnicos industriales para expedir certificados de habitabilidad.

³ Informe de 30 de octubre de 2014, sobre reclamación presentada al amparo del artículo 26 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado, por la no consideración por parte de un Ayuntamiento de los ingenieros técnicos industriales como técnicos competentes para expedir certificados de habitabilidad para la obtención de licencias de segunda ocupación de viviendas.

⁴ Informe de 13 de noviembre de 2014 sobre reclamación presentada, al amparo del artículo 28 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado, por la no consideración por parte de un Ayuntamiento de los ingenieros técnicos industriales como técnicos competentes para expedir certificados de habitabilidad para la obtención de licencias de segunda ocupación de viviendas.

⁵ Informe sobre la reclamación presentada al amparo del artículo 28 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado, contra la exigencia de la titulación de arquitecto o arquitecto técnico para la expedición de certificados destinados a la obtención de cédulas de habitabilidad por parte del Ayuntamiento de Santa Pola.

⁶ Informe de 14 de diciembre de 2015, sobre reclamación presentada al amparo del artículo 28 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado, por la no consideración por parte de un Ayuntamiento de los ingenieros técnicos industriales como técnicos competentes para suscribir proyectos de construcción de piscinas.

Constitucional expresada, entre otras, en las SSTC 3/2013, de 17 de enero⁷, 63/2013, de 14 de marzo⁸, 91/2013, de 22 de abril⁹, y 201/2013, de 5 de diciembre¹⁰.

En la actualidad sigue todavía vigente la Ley 2/1974, de 13 febrero, de Colegios Profesionales¹¹ (en adelante, LCP) y, aunque fue elaborado un Anteproyecto de Ley de Servicios y Colegios Profesionales, dicho Anteproyecto fue retirado finalmente en abril de 2015¹².

No obstante, debe recordarse que la aprobación de una reforma de la regulación de los colegios profesionales, liberalizando las actividades injustificadamente reservadas y preservando la unidad de mercado en el acceso a los servicios profesionales, constituía una de las recomendaciones efectuadas por el Consejo de la Unión Europea al Plan Nacional de Reformas

⁷ “...el inciso impugnado, al eximir de la colegiación obligatoria a los empleados públicos, cuando ejercen la profesión por cuenta de la Administración, establece una excepción no contemplada en la Ley estatal de colegios profesionales, tal y como se razonó en el fundamento jurídico 6 de esta resolución. Siendo competente el Estado para establecer la colegiación obligatoria, lo es también para establecer las excepciones que afectan a los empleados públicos a la vista de los concretos intereses generales que puedan verse afectados, motivo por el cual debemos declarar que el inciso impugnado ha vulnerado las competencias estatales, y, por tanto, su inconstitucionalidad.” Fdto 8 STC 3/2013, de 17 de enero.

⁸ “La exigencia de la colegiación obligatoria para el ejercicio de una determinada profesión y, en consecuencia, sus excepciones, constituyen, además, una condición básica que garantiza la igualdad en el ejercicio de los derechos y deberes constitucionales ex art. 149.1.1 CE. Guarda una relación directa, inmediata y estrecha con el derecho reconocido en el art. 35.1 CE en el que incide de forma directa y profunda, y constituye una excepción, amparada en el art. 36 CE, a la libertad de asociación para aquellos profesionales que, para poder hacer efectivo el derecho a la libertad de elección y ejercicio profesional, se ven obligados a colegiarse y, por tanto, a formar parte de una entidad corporativa asumiendo los derechos y deberes que se imponen a su miembros y a no abandonarla en tanto en cuanto sigan ejerciendo la profesión.” Fdto 2 STC 63/2013, de 14 de marzo.

⁹ “el art. 3.2 de la Ley de colegios profesionales impone como requisito indispensable para el ejercicio de las profesiones colegiadas la incorporación a un colegio profesional para ejercer en todo el territorio nacional, lo que responde a las competencias estatales para dictar las bases organizativas y competenciales (ex art. 149.1.18 CE) en materia de colegios profesionales en su condición de corporaciones públicas reconocidas por la doctrina constitucional (SSTC 76/1983, de 5 de agosto [RTC 1983, 76] , FJ 26; 20/1988, de 18 de febrero [RTC 1988, 20] , FJ 4 y 31/2010, de 28 de junio [RTC 2010, 31] , FJ 71).” Fdto 2 STC 91/2013, de 22 de abril.

¹⁰ “En lo que respecta al alcance de las competencias estatales sobre esta materia, existe una amplia jurisprudencia constitucional, que sintetiza la STC 111/2012, de 24 de mayo, FJ 3, afirmando que la competencia del art. 149.1.30 CE “comprende la de establecer los títulos correspondientes a cada nivel y ciclo educativo, en sus distintas modalidades, con valor habilitante tanto desde el punto de vista académico como para el ejercicio de las profesiones tituladas, es decir, aquellas cuyo ejercicio exige un título (ad ex: Graduado Escolar, Bachiller, Diplomado, Arquitecto Técnico o Ingeniero Técnico en la especialidad correspondiente, Licenciado, Arquitecto, Ingeniero, Doctor)”. Fdto 3 STC 201/2013, de 5 de diciembre.

¹¹ BOE 15 febrero 1974, núm. 40.

¹² http://cincodias.com/cincodias/2015/04/14/economia/1429034760_837773.html.

<http://www.expansion.com/juridico/actualidad-tendencias/2015/05/22/555f70b522601da65d8b459a.html>

2014 de España¹³. Recomendación que ha sido reiterada, de nuevo, por el Consejo de la UE el pasado año 2015¹⁴.

En el artículo 3.2 de la LCP aún en vigor se dice que:

Será requisito indispensable para el ejercicio de las profesiones hallarse incorporado al Colegio Profesional correspondiente cuando así lo establezca una ley estatal.

Y en cuanto a las competencias profesionales, el artículo 2 LCP señala que:

El ejercicio de las profesiones colegiadas se realizará en régimen de libre competencia y estará sujeto, en cuanto a la oferta de servicios y fijación de su remuneración, a la Ley sobre Defensa de la Competencia y a la Ley sobre Competencia Desleal. Los demás aspectos del ejercicio profesional continuarán rigiéndose por la legislación general y específica sobre la ordenación sustantiva propia de cada profesión aplicable.

Aplicando lo anterior al caso concreto de las competencias profesionales de los ingenieros técnicos de obras públicas, deberá acudir a:

- Marco regulador general en materia de edificación
- Marco regulador especial sobre piscinas
- Marco regulador de la profesión de ingeniero técnico de obras públicas

II.2. Marco regulador general en materia de edificación

La Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de ordenación de la edificación (en adelante, LOE), prevé en su artículo 10.2.a) que:

Quando el proyecto a realizar tenga por objeto la construcción de edificios para los usos indicados en el grupo a) del apartado 1 del artículo 2, la titulación académica y profesional habilitante será la de arquitecto.

Quando el proyecto a realizar tenga por objeto la construcción de edificios para los usos indicados en el grupo b) del apartado 1 del artículo 2, la titulación académica y profesional habilitante, con carácter general, será la de ingeniero, ingeniero técnico o arquitecto y vendrá determinada por las disposiciones legales vigentes para cada profesión, de acuerdo con sus respectivas especialidades y competencias específicas.

¹³ COM (2014) 410 final, Bruselas, 2 de junio de 2014, véase pág.10 y punto 6 (http://ec.europa.eu/europe2020/pdf/csr2014/csr2014_spain_es.pdf).

¹⁴ Publicado en DOUE 18.8.15. En la Recomendación Cuarta se aconseja: “*Suprimir los obstáculos al crecimiento de las empresas, tales como las disposiciones que dependen del tamaño de las empresas, adoptar la reforma planeada de los servicios profesionales, acelerar la aplicación de la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado*” (http://ec.europa.eu/europe2020/pdf/csr2015/csr2015_spain_es.pdf).

A su vez, en el artículo 2 LOE se dice que:

1. Esta Ley es de aplicación al proceso de la edificación, entendiéndose por tal la acción y el resultado de construir un edificio de carácter permanente, público o privado, cuyo uso principal esté comprendido en los siguientes grupos:

a) Administrativo, sanitario, religioso, residencial en todas sus formas, docente y cultural.

b) Aeronáutico; agropecuario; de la energía; de la hidráulica; minero; de telecomunicaciones (referido a la ingeniería de las telecomunicaciones); del transporte terrestre, marítimo, fluvial y aéreo; forestal; industrial; naval; de la ingeniería de saneamiento e higiene, y accesorio a las obras de ingeniería y su explotación.

c) Todas las demás edificaciones cuyos usos no estén expresamente relacionados en los grupos anteriores.

2. Tendrán la consideración de edificación a los efectos de lo dispuesto en esta Ley, y requerirán un proyecto según lo establecido en el artículo 4, las siguientes obras:

a) Obras de edificación de nueva construcción, excepto aquellas construcciones de escasa entidad constructiva y sencillez técnica que no tengan, de forma eventual o permanente, carácter residencial ni público y se desarrollen en una sola planta.

b) Obras de ampliación, modificación, reforma o rehabilitación que alteren la configuración arquitectónica de los edificios, entendiéndose por tales las que tengan carácter de intervención total o las parciales que produzcan una variación esencial de la composición general exterior, la volumetría, o el conjunto del sistema estructural, o tengan por objeto cambiar los usos característicos del edificio.

c) Obras que tengan el carácter de intervención total en edificaciones catalogadas o que dispongan de algún tipo de protección de carácter ambiental o histórico-artístico, regulada a través de norma legal o documento urbanístico y aquellas otras de carácter parcial que afecten a los elementos o partes objeto de protección.

3. Se consideran comprendidas en la edificación sus instalaciones fijas y el equipamiento propio, así como los elementos de urbanización que permanezcan adscritos al edificio.

Del apartado 3 del artículo 2 LOE se desprende que también se consideran edificación las instalaciones y equipamientos anexos así como los elementos adscritos al edificio principal. En este sentido, podría considerarse una piscina como “instalación fija” o “elemento adscrito” al edificio.

II.3. Marco regulador especial sobre piscinas

II.3.1.- Marco normativo estatal

En el ámbito estatal, la construcción y mantenimiento de piscinas está regulada por el Real Decreto núm. 742/2013, de 27 de septiembre (RD 742/2013), por el que se establecen los criterios técnicos y sanitarios que deben reunir las piscinas.

De acuerdo con el artículo 3.2 del RD 742/2013, a las piscinas de uso privado de tipo comunitario o plurifamiliar, como la que es objeto del proyecto técnico del reclamante, les resultan de aplicación los requisitos constructivos del artículo 5.1¹⁵.

Sin embargo, en el RD 742/2013 no se especifica que el proyecto constructivo deba ser suscrito por ningún tipo o categoría concreta de profesionales técnicos o facultativos, haciéndose responsables los titulares de la piscina en su artículo 4 de:

- Comunicar la apertura de la piscina a la autoridad competente antes de su entrada en funcionamiento y tras las obras de construcción o reforma.
- Observar las disposiciones técnico-sanitarias y demás obligaciones previstas en el RD 742/2013.

II.3.2.- Marco normativo autonómico

En el ámbito de Andalucía resulta de aplicación el Decreto 23/1999, de 23 de febrero¹⁶, por el que se aprueba el Reglamento Sanitario de las Piscinas de Uso Colectivo.

En el artículo 1 del Reglamento Sanitario andaluz se define su ámbito regulador:

1. El presente Reglamento tiene por objeto establecer las normas que regulan la calidad higiénico-sanitaria de las piscinas de uso colectivo, el tratamiento y control de la calidad del agua del vaso, su aforo, las normas de régimen interno y el régimen de autorizaciones, vigilancia e inspecciones sanitarias, así como el régimen sancionador aplicable en los supuestos de incumplimiento.

2. Quedan excluidas de su ámbito de aplicación las piscinas privadas de uso unifamiliar o plurifamiliar pertenecientes a comunidades de vecinos de menos de veinte viviendas, las de baños termales, centros de tratamiento de hidroterapia y otras dedicadas exclusivamente a usos médicos, así como las dedicadas exclusivamente a usos y competiciones deportivas que estarán sometidas a su normativa específica.

¹⁵ Todo nuevo proyecto de construcción de una piscina o de modificación constructiva del vaso, que se inicie a partir de la entrada en vigor de esta norma, deberá seguir lo dispuesto en el Real Decreto 314/2006, de 17 de marzo, por el que se aprueba el Código Técnico de la Edificación y en el Real Decreto 1027/2007, de 20 de julio por el que se aprueba el Reglamento de Instalaciones Térmicas en los Edificios. Además se regirá por cualquier otra legislación y norma que le fuera de aplicación.

¹⁶ BO. Junta de Andalucía 25 marzo 1999, núm. 36.

Por tanto, como puede observarse, la Comunidad andaluza no sujeta todas las piscinas al cumplimiento de los requisitos técnicos mínimos, excluyéndose las unifamiliares y las plurifamiliares de comunidades de menos de 20 viviendas.

En este caso concreto, tal y como se desprende del proyecto técnico aportado por el interesado en su reclamación, se trata de un proyecto de piscina destinada a una urbanización plurifamiliar, no constando, sin embargo, el número total y exacto de viviendas comprendido en ella.

En todo caso, y aun tratándose de proyectos de piscinas plurifamiliares sujetos al Reglamento Sanitario, al igualar o rebasar el límite reglamentario de 20 viviendas, el artículo 28 del Reglamento andaluz no exige que el proyecto técnico de la piscina esté suscrito por un determinado tipo o clase de facultativo, sino que se limita a exigir, para poder abrir la piscina al público:

- Informe sanitario favorable sobre las instalaciones
- Declaración responsable sobre el cumplimiento de las normas y demás requisitos técnico-sanitarios establecidos en el Reglamento.

II.4. Normativa y jurisprudencia sobre las competencias profesionales de los ingenieros de obras

II.4.1. Criterios legales de atribución competencial

El artículo 2.1.a) de la Ley 12/1986 atribuye a los ingenieros técnicos, dentro de su respectiva especialidad, la:

redacción y firma de proyectos que tengan por objeto la construcción, reforma, reparación, conservación, demolición, fabricación, instalación, montaje o explotación de bienes muebles o inmuebles, en sus respectivos casos, tanto con carácter principal como accesorio, siempre que queden comprendidos por su naturaleza y características en la técnica propia de cada titulación.

Y en el artículo 3 ocho a) del Decreto 148/1969, de 13 de febrero¹⁷, sobre especialidades en arquitectura e ingeniería, se atribuye a los ingenieros técnicos de obras públicas con la especialidad de “*construcciones civiles*” competencias en materia de “*ejecución de obras de ingeniería civil, así como los trabajos, selección y utilización de maquinaria y equipos necesarios para su realización*”.

Asimismo, en el artículo 3 ocho b) del mismo Decreto se atribuye a los ingenieros técnicos de obras públicas con la especialidad de “*hidrología*” la competencia relativa a los trabajos y construcciones referentes a “*las aguas continentales, previsión de aportaciones hidráulicas y su regulación, distribución, aprovechamiento y construcción*”.

¹⁷ BOE núm.39, de 14.2.1969.

De los preceptos anteriormente transcritos se desprende que a los ingenieros técnicos de obras públicas, de acuerdo con sus respectivas especialidades, se les atribuyen competencias tanto en materia de “*construcciones civiles*” como de “*hidrología*”.

III.4.2 Criterios jurisprudenciales de atribución competencial

A) Generales

El Tribunal Supremo ha venido negando la existencia de un monopolio en el ámbito general de la edificación a favor de un colectivo profesional determinado, siempre y cuando de la naturaleza del propio proyecto o actuación no se derive una atribución específica a una especialidad técnica concreta. Así lo expresa las SSTS de 21 de diciembre de 2010 (RC 1360/2008) y de 19 de enero de 2012 (RC 321/2010)¹⁸.

En esta última sentencia, se dice que:

cuando la naturaleza de un proyecto técnico exige una intervención exclusiva de un determinado técnico la competencia es indubitada, pero cuando, como sucede en el caso planteado, se trata de un complejo polideportivo el criterio jurisprudencial prevalente, habida cuenta de su carácter multidisciplinar, ha de primar el principio de idoneidad del facultativo interviniente sobre el de exclusividad que conduce a un monopolio profesional que esta Sala rechaza (...)

Y en la STS de 21 de diciembre de 2010 confirmó que

las orientaciones actuales huyen de consagrar monopolios profesionales en razón exclusiva del título ostentado y mantienen la necesidad de dejar abierta la entrada a todo título facultativo oficial que ampare un nivel de conocimientos técnicos suficiente.

B) En materia de piscinas

En materia de piscinas no existe una doctrina jurisprudencial unánime, sino criterios diversos y contradictorios reflejados en distintas sentencias dictadas por distintos Tribunales Superiores de Justicia.

Así, mientras las SSTJ de Andalucía (Málaga) núm.2887/2010 de 9 de julio de 2010¹⁹, de Castilla-La Mancha (Albacete) núm.9/2012, de 30 de enero de 2012²⁰ y de les Illes Balears núm.440/2013 de 27 de mayo de 2013²¹ defienden la competencia de otros profesionales distintos de los arquitectos

¹⁸ RJ 2012\3152.

¹⁹ Recurso núm.1505/2008.

²⁰ Recurso núm.340/2010.

²¹ Recurso núm.107/2013.

(ingenieros de obras, ingenieros industriales) para proyectar piscinas, en cambio las SSTSJ de Madrid núm.2203/2006 de 21 de diciembre de 2006²², de la Comunitat Valenciana núm.195/2010 de 29 de marzo de 2010²³ y de la Región de Murcia núm.581/2015, de 19 de junio de 2015²⁴ declaran la existencia de una reserva legal exclusiva favorable a la arquitectura.

II.5. Informes de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC), de 2012 sobre los Colegios Profesionales tras la transposición de la Directiva Servicios, y de noviembre de 2013 sobre el Anteproyecto de Ley de Servicios y Colegios Profesionales.

El Informe de la extinta Comisión Nacional de la Competencia (en adelante, CNC) de 2012, sobre los Colegios Profesionales tras la transposición de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior (en adelante, Directiva Servicios) efectúa una referencia general muy crítica a las reservas de actividad existentes así como una referencia específica a la cuestión del reparto de atribuciones profesionales entre arquitectos e ingenieros en el sector de la edificación.

A juicio de la CNC, únicamente deberían imponerse reservas de actividad por razones de necesidad (interés general) y proporcionalidad. Y, en caso de fijarse dichas reservas deberían vincularse a la capacidad técnica real del profesional, no limitándose a una titulación concreta sino a diversas titulaciones.

Esta concepción se reitera en el Informe CNMC de Proyecto normativo 110/13, relativo al Anteproyecto de Ley de Servicios y Colegios Profesionales²⁵, anteproyecto que, como se ha indicado antes en este Informe, ha sido finalmente retirado en abril de 2015.

II.6. Análisis del caso a la luz de los principios de necesidad y proporcionalidad del artículo 5 de la Ley 20/2013, de garantía de la unidad de mercado y del artículo 39bis de la Ley 30/1992

Del artículo 2 LGUM en relación con la letra b) del Anexo de la misma norma se desprende que la LGUM se aplica a *“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”*.

²² Recurso núm.419/2006.

²³ Recurso núm.840/2009.

²⁴ Recurso núm.23/2015.

²⁵ IPN 110/13, véase página 25.

Por tanto, y siendo la actividad técnica desarrollada por los ingenieros técnicos de obras públicas una actividad profesional, le resulta de aplicación plena la LGUM. Ello también se deriva de la lectura de la Exposición de Motivos de la propia LGUM²⁶.

El artículo 5 de la LGUM señala que:

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.

En el mismo sentido, el artículo 39bis de la LRJPAC prevé que:

1. Las Administraciones Públicas que en el ejercicio de sus respectivas competencias establezcan medidas que limiten el ejercicio de derechos individuales o colectivos o exijan el cumplimiento de requisitos para el desarrollo de una actividad, deberán elegir la medida menos restrictiva, motivar su necesidad para la protección del interés público así como justificar su adecuación para lograr los fines que se persiguen, sin que en ningún caso se produzcan diferencias de trato discriminatorias.

2. Las Administraciones Públicas velarán por el cumplimiento de los requisitos aplicables según la legislación correspondiente, para lo cual podrán comprobar, verificar, investigar e inspeccionar los hechos, actos, elementos, actividades, estimaciones y demás circunstancias que se produzcan.

La exigencia de requisitos concretos de “*calificación profesional*” para el desarrollo de una actividad (en este caso para suscribir proyectos de edificación de piscinas) puede considerarse como una modalidad de restricción de acceso a dicha actividad.

En el requerimiento remitido al interesado en fecha 8 de febrero de 2016 por parte del Ayuntamiento de Sanlúcar de Barrameda se impide a los ingenieros técnicos de obras públicas la redacción de proyectos de construcción de piscinas, estimando que no son técnicos competentes “*en obras de carácter residencial*”.

²⁶ “La Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sienta un precedente en materia de unidad de mercado para el sector servicios que se considera debe extenderse a todas las actividades económicas. Así, esta Ley se aplicará también a los sectores expresamente excluidos de la Directiva de Servicios (como por ejemplo las comunicaciones electrónicas; el transporte, las empresas de trabajo temporal, la seguridad privada, etc.) y a la circulación de productos.”

La “*reserva de actividad*” figura definida en el Informe de la CNMC de noviembre de 2013 al Anteproyecto de Ley de Servicios y Colegios Profesionales²⁷ como la “*exigencia de unos requisitos formativos para el ejercicio de una actividad profesional*”. Esta Comisión recordó en el citado informe de noviembre de 2013 que debería evitarse “*vincular las reservas de actividad a titulaciones concretas en vez de a la capacitación técnica de los profesionales*”²⁸.

El carácter restrictivo para la competencia de las “reservas de actividad” basadas en la “cualificación” se reconoce expresamente en el apartado I de la Exposición de Motivos del Anteproyecto de Ley de Servicios y Colegios Profesionales de 7 de julio de 2014:

En este sentido, esta Ley debe considerarse complementaria a otras recientes reformas estructurales como la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, dado que ambas tienen como objetivo la creación de un marco regulatorio eficiente para las actividades económicas y la eliminación de las barreras y obstáculos existentes a través de la aplicación de los principios de buena regulación económica. Esta ley, en concreto, aplica dichos principios al sector de los servicios profesionales y a las restricciones al acceso basadas en la cualificación.

Por ello, el artículo 7 del citado Anteproyecto de Ley señalaba que las restricciones de acceso a una actividad profesional o profesión basadas en la cualificación sólo podrían establecerse mediante norma con rango de Ley cuando fuese necesario por razones de interés general y de acuerdo con los principios de proporcionalidad y no discriminación²⁹.

No obstante, aunque las previsiones del artículo 7 del Anteproyecto no resulten aplicables por tratarse de una propuesta legislativa sin valor normativo y recientemente retirada, sí puede y debe realizarse en este caso el test de necesidad y proporcionalidad por aplicación directa de los artículos 5 LGUM y 39bis LRJPAC.

Por tanto, tendrá que analizarse, en este supuesto concreto, si la exclusión de una concreta titulación o cualificación (ingeniería técnica de obras públicas) de

²⁷ Véase página 5.

²⁸ Véase página 5 Nota 3.

²⁹ “Las restricciones al acceso a una actividad profesional o una profesión basadas en la cualificación sólo podrán establecerse cuando sea necesario por razones de interés general y de acuerdo con los principios de proporcionalidad y no discriminación. Se entenderá por restricción al acceso basada en la cualificación cualquier exigencia o límite relativos a la titulación, nivel académico o educativo, formación, capacitación o experiencia que implique la reserva de funciones a favor del poseedor de dicha cualificación. Las restricciones al acceso deberán estar previstas en una norma con rango de ley. En el caso de transposición, desarrollo o aplicación de una norma de derecho de la Unión Europea, las restricciones al acceso podrán estar previstas en una norma de rango inferior. La norma que establezca restricciones al acceso a una actividad profesional o una profesión identificará claramente la actividad o profesión a la que se restringe el acceso, haciendo referencia a las funciones que comprende, de manera que no induzca a confusión con otras actividades profesionales o profesiones.”

la posibilidad de suscribir proyectos de construcción de piscinas plurifamiliares resulta necesaria y proporcionada de acuerdo con la LGUM.

En cuanto a la **necesidad** de la restricción impuesta por el Ayuntamiento de Sanlúcar de Barrameda, ésta 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. El citado artículo 3.11 define “razón imperiosa de interés general” como:

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.

En el artículo 3 de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación (LOE) se fijan una serie de requisitos técnicos básicos de seguridad, habitabilidad y funcionalidad que debe cumplir cualquier construcción para garantizar la seguridad de las personas, el bienestar de la sociedad y la protección del medio ambiente.

En todo caso, y aunque en este supuesto se hubiera acreditado la existencia de una razón imperiosa de interés general como las señaladas, debería haberse evitado vincular una reserva de actividad a una titulación o a titulaciones concretas, optando por vincularla a la capacitación técnica del profesional para conseguir que la edificación proyectada por él cumpla con los requisitos de la LOE, según se indicaba ya en el Informe de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) de 2012 sobre los Colegios Profesionales tras la transposición de la Directiva Servicios al que se ha hecho referencia en el apartado II.5 del presente informe así como en la STS de 21 de diciembre de 2010 (RC 1360/2008).

Debe señalarse, asimismo, que la normativa sectorial aplicable, como se ha señalado anteriormente, no exige expresamente que el proyecto técnico esté suscrito por un profesional o técnico concretos (artículos 4 de Real Decreto 742/2013 y 28 de Decreto andaluz 23/1999).

Por tanto, la exigencia adicional del municipio de Sanlúcar de Barrameda de que los proyectos de este tipo de piscinas sean redactados, además, por un técnico o facultativo concretos resulta claramente desproporcionada.

De otro lado, el citado ayuntamiento gaditano no ha mencionado expresamente en su requerimiento ninguno de los anteriores motivos del artículo 3.11,

debiendo haber ponderado el Ayuntamiento de Sanlúcar de Barrameda en el expediente en cuestión:

- Las competencias derivadas de la regulación específica en materia de piscinas, esto es, del RD 742/2013 y del Decreto andaluz 23/1999.
- Las competencias atribuidas a los ingenieros técnicos de obras públicas por la Ley 12/1986, de 1 de abril, reguladora de las atribuciones profesionales de arquitectos e ingenieros técnicos, así como por el Decreto 148/1969, de 13 de febrero, sobre especialidades a cursar en Escuelas de Arquitectura e Ingeniería Técnica.
- La competencia y capacitación técnicas concretas del profesional actuante (ingeniero técnico de obras públicas) en el expediente objeto de reclamación, derivadas de su titulación académica y experiencia profesional.

En cuanto a la **proporcionalidad** de la restricción impuesta, al no haberse motivado la concurrencia de razón alguna de interés general justificativa de la restricción, no cabe ni puede analizarse si ésta resulta o no proporcional al fin perseguido.

III. CONCLUSIONES

A juicio de esta Comisión:

1º.- La vigente legislación autonómica andaluza sobre piscinas, constituida por el Decreto andaluz 23/1999, de 23 de febrero, excluye de su ámbito de aplicación las piscinas plurifamiliares de urbanizaciones que comprendan menos de 20 viviendas.

En este caso concreto, tal y como se desprende del proyecto técnico aportado por el interesado en su reclamación, se trata de un proyecto de piscina destinada a una urbanización plurifamiliar, no constando, sin embargo, el número total y exacto de viviendas comprendido en ella.

2º.- En todo caso, y aun tratándose de un proyecto de piscina plurifamiliar sujeto a la regulación del Decreto andaluz 23/1999 (por igualar o rebasar el límite reglamentario de 20 viviendas), ni el citado Decreto 23/1999 ni tampoco el Real Decreto estatal núm. 742/2013, de 27 de septiembre, exigen que los proyectos técnicos piscinas estén suscritos por un determinado tipo o categoría de técnico facultativo.

3º.- La regulación de las reservas de actividad, como la contenida en el artículo 2.3 LOE, debe ser interpretada restrictivamente, al constituir una excepción al principio general de libertad de empresa y de libre competencia del artículo 38 CE.

4º.- La normativa vigente (la LOE y la normativa sectorial sobre piscinas) tiene que ser interpretada y aplicada de conformidad con los principios de la LGUM, según prevé el artículo 9 LGUM. Entre dichos principios se hallan los de necesidad y proporcionalidad del artículo 5 LGUM.

5º.- La exclusión de los ingenieros técnicos de obras públicas de la redacción de proyectos de piscinas de uso privado constituye una restricción de acceso a la actividad económica en el sentido del artículo 5 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado, así como del artículo 39bis de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

6º.- Dicha restricción no está justificada, según indicábamos anteriormente también en nuestros Informes UM/028/14 de 19 de agosto de 2014, UM/034/14 de 5 de septiembre de 2014, UM/059/14 de 30 de octubre de 2014, UM/062/14 de 13 de noviembre de 2014 y UM/006/15 de 17 de febrero de 2015, 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.

En todo caso, y aunque en este supuesto hubiese concurrido una razón imperiosa de interés general, debería evitarse vincular una reserva de actividad a una titulación o a titulaciones concretas, optando por vincularla a la capacitación técnica del profesional que suscribe el proyecto de construcción de la piscina de uso privado plurifamiliar, especialmente considerando la redacción del artículo 4 del Real Decreto 742/2013 y 28 del Decreto andaluz 23/1999.

7º.- No habiéndose acreditado ni la necesidad ni la proporcionalidad de dicha restricción, debe ésta considerarse contraria al artículo 5 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado.

8º.- En el caso de que el Ayuntamiento reclamado no suprimiera la exclusión o restricción profesional arriba indicada, esta Comisión vendría legitimada para impugnar el acto administrativo, de conformidad con lo previsto en el artículo 27 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado y las especialidades procesales previstas en los artículos 127 bis ter y quáter de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.