

ELOY FERNÁNDEZ PÉREZ-ARADROS, SECRETARIO DEL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA DE ARAGÓN,

CERTIFICA: Que en la reunión del Tribunal de Defensa de la Competencia de Aragón (en adelante TDCA), celebrada el día 1 de octubre de 2015, adoptó por unanimidad el siguiente

“ACUERDO DEL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA DE ARAGÓN. EXPEDIENTE 5/2014, ASUNTO “INGENIEROS INDUSTRIALES”

Pleno

Presidente

D. Javier Oroz Elfau

Vocales

D. Ignacio Moralejo Menéndez

D.^a Mercedes Zubiri de Salinas

D. Carlos Corral Martínez

D. Javier F. Nieto Avellaned

Zaragoza, a 1 de octubre de 2015.

El Tribunal de Defensa de la Competencia de Aragón, con la composición expresada al margen y siendo ponente D. Javier F. Nieto Avellaned, ha examinado el expediente nº 5/2014, iniciado en virtud de denuncia de Don Eduardo Lorente Pérez contra Ayuntamiento de Zaragoza por supuesta infracción de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Denuncia presentada.

Con fecha 8 de septiembre de 2014 ha tenido entrada en el Registro General de la Diputación General de Aragón la documentación remitida por la Dirección de Competencia de la CNMC conteniendo la denuncia presentada ante dicho órgano en fecha 29 de julio de 2014 por D. Eduardo Lorente Pérez contra el Ayuntamiento de Zaragoza (en particular contra una funcionaria municipal) por una presunta conducta contraria a la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, derivada de una actuación obstructiva de la libre competencia por parte de dicho Ayuntamiento al considerar inadecuada la titulación de los ingenieros industriales para redactar estudios de seguridad y salud en proyectos de obras.

En el mencionado escrito de denuncia se hace constar que el Ayuntamiento de Zaragoza exige que el Estudio de Seguridad y Salud en las obras de reforma de cubierta de un edificio de viviendas debe de ser firmado por el técnico que firmó el proyecto para las obras de que se trate o bien por arquitecto técnico, considerando inadecuada la titulación de los ingenieros industriales para redactar dichos proyectos (en concreto, estudios de seguridad y salud) de forma injustificada y sin amparo legal.

El denunciante, ingeniero industrial colegiado, considera dicha conducta del Ayuntamiento obstructiva de la libre competencia y contraria a la Ley de Defensa de la Competencia, al generar condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que colocan al denunciante en una situación desventajosa frente a otros, en contra de la legislación vigente (Ley 38/1999 de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación).

Como medio de prueba aporta determinada documentación consistente en un informe de la asesoría jurídica del Colegio Oficial de Ingenieros Industriales de Aragón y la Rioja, dos resoluciones de la CNMC sobre la materia y varias comparecencias del denunciante ante el Ayuntamiento de Zaragoza.

SEGUNDO.- Trámite de asignación.

En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 2.1 de la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de las Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia, el SDCA (Dirección General de Economía) comunicó a la Dirección de Competencia de la CNMC la calificación del escrito presentado por D. Eduardo Lorente Pérez (remitido en el marco de colaboración no reglada entre órganos defensa de la competencia), como una denuncia y procedió mediante oficio fechado el 2 de diciembre de 2014 (recibido el 9 de diciembre por la Dirección de Competencia), a expresar que se consideraba que la competencia para resolver sobre la conducta denunciada correspondía a los órganos de defensa de la competencia de Aragón al no producir afección a un ámbito superior al de la Comunidad Autónoma.

Mediante oficio de la Dirección de Competencia de la CNMC de 15 de diciembre de 2015 se reconoce que al cumplirse los requisitos establecidos en el artículo 1.3 de la Ley 1/2002, de 21 de febrero, los órganos competentes para conocer de la denuncia son los correspondientes a la Comunidad Autónoma de Aragón.

En el mismo escrito y, al amparo de lo dispuesto en el artículo 5. Tres de la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de las Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia, la Dirección de Competencia solicitó que fuera admitida como parte interesada en el expediente, en caso de que se iniciara un procedimiento sancionador con respecto a la denuncia presentada.

TERCERO.- Comunicación al Tribunal de Defensa de la Competencia de Aragón.

Mediante escrito del Director General de Economía fechado el 19 de diciembre de 2014 se comunicó al Tribunal de Defensa de la Competencia de Aragón la denuncia presentada y las actuaciones practicadas hasta el momento.

CUARTO.- Información reservada.

Mediante resolución de la Dirección General de Economía de fecha 22 de diciembre de 2014 se acordó el comienzo de una fase de información reservada a fin de determinar, con carácter preliminar, si en la conducta denunciada sobre una presunta actuación anticoncurrencial realizada por el Ayuntamiento de Zaragoza consistente en excluir a los ingenieros industriales como profesionales capacitados para la realización de estudios de seguridad y salud en proyectos de obras, concurrían las circunstancias que justificasen la incoación del expediente sancionador por la comisión de una infracción de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

Durante la fase de información reservada, el Servicio de Defensa de la Competencia de Aragón requirió al Ayuntamiento de Zaragoza mediante escrito fechado el 27 de mayo de 2015 (notificado personalmente el 8 de junio) para que informase sobre la titulación profesional exigida para redactar los Estudios de Seguridad y Salud en los expedientes de licencias y proyectos de obras, y en particular, para las obras de reforma de cubierta de un edificio residencial, así como sobre la normativa legal aplicable por el Ayuntamiento de Zaragoza en relación con los supuestos mencionados y la existencia de ordenanzas municipales o cualquier otra normativa municipal que resultase de aplicación.

Con fecha 1 de julio de 2015 tuvo entrada en el Registro General del Gobierno de Aragón la documentación presentada por el Ayuntamiento de Zaragoza en contestación al requerimiento de información formulado por el Servicio de Defensa de la Competencia de Aragón (en adelante, SDCA).

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Competencia de los órganos de defensa de la competencia de Aragón.

Iniciado el presente expediente en virtud de denuncia presentada D. Eduardo Lorente Pérez contra el Ayuntamiento de Zaragoza, y solventado el trámite de asignación del expediente exigido en el artículo 2.1 de la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de las competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia, la competencia para conocer de la denuncia corresponde a los órganos de la Comunidad Autónoma de Aragón, puesto que, de acuerdo con lo previsto en el artículo 1.3 de la misma ley, las conductas que pueden ser constitutivas de infracción de las normas de defensa de la competencia no afectan a un ámbito superior al de la Comunidad Autónoma de Aragón ni al mercado nacional.

SEGUNDO.- Objeto del expediente.

El objeto del presente expediente se concreta en analizar, desde la perspectiva de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, si la actuación del Ayuntamiento de Zaragoza al excluir a los ingenieros industriales como profesionales capacitados para la realización de estudios de seguridad y salud en proyectos de obras puede suponer una infracción de las normas de defensa de la competencia, al generar condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que colocan al denunciante, ingeniero industrial, en una situación desventajosa frente a otros, en contra de la legislación vigente (Ley 38/1999 de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación).

TERCERO.- Análisis de la existencia de una conducta prohibida por la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

Examinado el contenido de la denuncia presentada por D. Eduardo Lorente Pérez contra el Ayuntamiento de Zaragoza, resulta necesario, con carácter previo al examen de la conducta denunciada, realizar unas consideraciones preliminares sobre el mercado afectado y el marco normativo de aplicación.

A) Mercado de referencia.

El mercado de referencia en el que se insertan los hechos denunciados se enmarca en el de la prestación del servicio y firma de Estudios de Seguridad y Salud previstos en el Real Decreto 1627/1997, de 24 de octubre, a toda persona o entidad que pretenda llevar a cabo cualquier obra o edificación en el municipio de Zaragoza para cuya autorización, de acuerdo con la normativa vigente, sean necesarios dichos Estudios.

En cuanto al mercado geográfico, debe considerarse que el ámbito territorial de ejercicio de sus competencias por el Ayuntamiento de Zaragoza viene determinado por su término municipal, de conformidad con lo previsto en el artículo 12 de la ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local (en adelante, LRBRL) y en el artículo 7 de la Ley 7/1999, de 9 de abril, de Administración Local de Aragón (en adelante, LALA).

B) Marco normativo:

El marco normativo del presente expediente viene configurado por las normas que, de forma breve, se exponen a continuación:

1. Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación (LOE):

Esta Ley, según dispone su artículo 1, *“tiene por objeto regular en sus aspectos esenciales el proceso de la edificación, estableciendo las obligaciones y responsabilidades de los agentes que intervienen en dicho proceso, así como las garantías necesarias para el adecuado desarrollo del mismo, con el fin de asegurar la calidad mediante el cumplimiento de los requisitos básicos de los edificios y la adecuada protección de los intereses de los usuarios”*. En el apartado segundo del mismo precepto

se establece que *“Las obligaciones y responsabilidades relativas a la prevención de riesgos laborales en las obras de edificación se regirán por su legislación específica.”*

En este sentido, la Disposición Adicional Cuarta, bajo el título *Coordinador de seguridad y salud* dispone que *“Las titulaciones académicas y profesionales habilitantes para desempeñar la función de coordinador de seguridad y salud en obras de edificación, durante la elaboración del proyecto y la ejecución de la obra, serán las de arquitecto, arquitecto técnico, ingeniero o ingeniero técnico, de acuerdo con sus competencias y especialidades.”*

Asimismo, a efectos de la presente resolución, hay que tener en cuenta lo que establece el artículo 10 del citado cuerpo legal:

“1. El proyectista es el agente que, por encargo del promotor y con sujeción a la normativa técnica y urbanística correspondiente, redacta el proyecto.

Podrán redactar proyectos parciales del proyecto, o partes que lo complementen, otros técnicos, de forma coordinada con el autor de éste.

Cuando el proyecto se desarrolle o complete mediante proyectos parciales u otros documentos técnicos según lo previsto en el apartado 2 del artículo 4 de esta Ley, cada proyectista asumirá la titularidad de su proyecto.

2. Son obligaciones del proyectista:

a) Estar en posesión de la titulación académica y profesional habilitante de arquitecto, arquitecto técnico, ingeniero o ingeniero técnico, según corresponda, y cumplir las condiciones exigibles para el ejercicio de la profesión. En caso de personas jurídicas, designar al técnico redactor del proyecto que tenga la titulación profesional habilitante.

Cuando 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.

Cuando 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.

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

Idénticos criterios se seguirán respecto de los proyectos de obras a las que se refieren los apartados 2.b) y 2.c) del artículo 2 de esta Ley.

En todo caso y para todos los grupos, en los aspectos concretos correspondientes a sus especialidades y competencias específicas, y en particular respecto de los elementos complementarios a que se refiere el apartado 3 del artículo 2, podrán asimismo intervenir otros técnicos titulados del ámbito de la arquitectura o de la ingeniería, suscribiendo los trabajos por ellos realizados y coordinados por el proyectista. Dichas intervenciones especializadas serán

preceptivas si así lo establece la disposición legal reguladora del sector de actividad de que se trate

b) Redactar el proyecto con sujeción a la normativa vigente y a lo que se haya establecido en el contrato y entregarlo, con los visados que en su caso fueran preceptivos.

c) Acordar, en su caso, con el promotor la contratación de colaboraciones parciales.”

2. Real Decreto 1627/1997, de 24 de octubre, por el que se establecen disposiciones mínimas de seguridad y salud en las obras de construcción.

Como ya se ha expuesto con anterioridad, es esta norma la que establece, en el marco de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, las disposiciones mínimas de seguridad y de salud aplicables a las obras de construcción.

Según dispone el artículo 5.1 “*El estudio de seguridad y salud a que se refiere el apartado 1 del artículo 4 será elaborado por el técnico competente designado por el promotor. Cuando deba existir un coordinador en materia de seguridad y salud durante la elaboración del proyecto de obra, le corresponderá a éste elaborar o hacer que se elabore, bajo su responsabilidad, dicho estudio.*”. Dicho estudio es obligatorio en los proyectos de obras relacionados en el artículo 4.

El artículo 3 hace referencia a la designación de dichos coordinadores:

“1. En las obras incluidas en el ámbito de aplicación del presente Real Decreto, cuando en la elaboración del proyecto de obra intervengan varios proyectistas, el promotor designará un coordinador en materia de seguridad y de salud durante la elaboración del proyecto de obra.

2. Cuando en la ejecución de la obra intervenga más de una empresa, o una empresa y trabajadores autónomos o diversos trabajadores autónomos, el promotor, antes del inicio de los trabajos o tan pronto como se constate dicha circunstancia, designará un coordinador en materia de seguridad y salud durante la ejecución de la obra.

3. La designación de los coordinadores en materia de seguridad y salud durante la elaboración del proyecto de obra y durante la ejecución de la obra podrá recaer en la misma persona.

4. La designación de los coordinadores no eximirá al promotor de sus responsabilidades.”

3. Normativa de carácter local.

La normativa anterior debe relacionarse con las normas que reguladoras del régimen local. En este sentido hay que señalar que el artículo 4 de la LRBRL establece las competencias que corresponden, en todo caso, a los municipios, señalando el artículo 25.2 que el “*Municipio ejercerá en todo caso como competencias propias, en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas, en las siguientes materias:*

a) Urbanismo: planeamiento, gestión, ejecución y disciplina urbanística. Protección y

gestión del Patrimonio histórico. Promoción y gestión de la vivienda de protección pública con criterios de sostenibilidad financiera. Conservación y rehabilitación de la edificación.”

En el mismo sentido, el artículo 42 d) de la LALA dispone que uno de los ámbitos en los que los municipios pueden ejercer sus competencias es el de *“La ordenación, gestión, ejecución y disciplina urbanística del término municipal; la promoción y gestión de viviendas; los parques y jardines, la pavimentación de vías públicas urbanas y la conservación de caminos rurales.”*

Por su parte el artículo 84 de la LRBRL (reproducido por el artículo 193 de la LALA) establece que las Entidades locales podrán intervenir la actividad de los ciudadanos a través de diversos medios, entre ellos y sin perjuicio de la comunicación previa o declaración responsable, mediante el *“Sometimiento a previa licencia y otros actos de control preventivo. No obstante, cuando se trate del acceso y ejercicio de actividades de servicios incluidas en el ámbito de aplicación de la [Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, se estará a lo dispuesto en la misma.”](#)* En todo caso, como indica el párrafo segundo de este precepto (y en términos similares el 193.2 de la LALA) *“La actividad de intervención de las Entidades locales se ajustará, en todo caso, a los principios de igualdad de trato, necesidad y proporcionalidad con el objetivo que se persigue.”*

Dicha normativa debe completarse con lo dispuesto en los reglamentos estatal y autonómico de servicios de las entidades locales; en el caso de Aragón, con lo regulado en los artículos 138 y siguientes del Decreto 347/2002, de 19 de noviembre, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el reglamento de bienes, actividades, servicios y obras de las entidades locales de Aragón, preceptos que regulan las licencias y otros actos de control preventivo.

C) Análisis de la conducta denunciada.

1. Antecedentes relevantes.

Como se ha expuesto, la presente resolución tiene por objeto determinar si la actuación del Ayuntamiento de Zaragoza al excluir a los ingenieros industriales como profesionales capacitados para la realización de estudios de seguridad y salud en proyectos de obras puede suponer una infracción de las normas de defensa de la competencia, y si, como señala el denunciante, dicha actuación genera condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que colocan al denunciante, ingeniero industrial, en una situación desventajosa frente a otros, en contra de la legislación vigente (Ley 38/1999 de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación).

Con carácter previo a la cuestión de fondo planteada, este Tribunal quiere hacer constar que si bien el denunciante considera denunciado a un funcionario del Ayuntamiento de Zaragoza que ha emitido un informe en un expediente de licencia, se ha considerado por el Servicio, y así lo hace también este Tribunal, que la entidad denunciada es el Ayuntamiento de Zaragoza dado que la actuación descrita y el informe de la Jefatura de la Unidad Jurídica de Obras de Edificación de fecha 9 de mayo de 2014, se circunscribe en el ejercicio de las competencias propias del dicho Ayuntamiento.

Realizada dicha precisión, hay que indicar que el denunciante aporta como motivación de su denuncia un informe de la asesoría jurídica del Colegio Oficial de Ingenieros Industriales de Aragón y la Rioja, dos resoluciones de la CNMC sobre la materia y varias comparecencias del denunciante ante el Ayuntamiento de Zaragoza (folios 8 a 39).

En dicho informe, emitido sobre la competencia de los Ingenieros industriales para redactar el Estudio de Seguridad y Salud en las obras de cubierta de un edificio destinado a uso residencial, se pone de manifiesto lo siguiente (folios 8 a 14):

- Que la obra en cuestión queda fuera de la delimitación que contiene el artículo 2.2, b de la LOE, ya que aun tratándose de un edificio de uso residencial no es una obra de edificación.
- Que aunque fuera de aplicación la LOE a la obra para la que se solicitó licencia, no serían aplicables los artículos 10 y 2 de dicha norma, ni la competencia en ellos exigida ni la limitación competencial a favor del técnico firmante del proyecto principal o de arquitecto técnico.
- Que la Ley 17/2009 sobre el libre acceso a las actividades de servicio y su ejercicio, exige que toda limitación al ejercicio de la actividad se encuentre fundada en una imperiosa razón de interés general que justifique la exclusión (art. 9.3), así como una expresa reserva de una actividad a una determinada profesión (art. 13.2 c) para el reconocimiento de cualificaciones profesionales.
- Que la LOE no establece reserva de actividad a ningún profesional para la redacción del Proyecto de Seguridad y Salud para edificios en construcción, ni para obras de reforma y que el RD 1627/ 1997 no establece restricción en cuanto al “técnico competente” para su redacción.
- Que la DA 4ª de la LOE dispone las titulaciones académicas y profesionales para ejercer de coordinador de seguridad y salud (entre ellas, la de ingeniero), sin remitirse a los grupos del art. 2.1 ni a las exigencias de la LOE.
- Que ni la LOE ni ninguna otra norma exige que el autor del proyecto parcial o complementario deba tener la misma titulación que el proyectista principal.
- Que la falta de determinación de la titulación habilitante en la normativa permite una interpretación más favorable a la libre competencia tal como ha señalado la CNMC y se deduce de lo expresado en determinados documentos (Guía Técnica para la evaluación y prevención de riesgos laborales o la ponencia de grupo de trabajo de la Comisión Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo).
- Que la competencia de ingenieros industriales está regulada en los artículos 1 a 3 del Decreto de 18 de septiembre de 1935 y no existe ninguna norma en materia de prevención de riesgos laborales y en concreto, en seguridad y Salud en obras de construcción que haga referencia al uso o destino de la obra en construcción una vez concluida.

Por otra parte, en el informe jurídico de la Jefatura de la Unidad Jurídica de Obras de Edificación del Ayuntamiento de Zaragoza de fecha 9 de mayo de 2014, se hace constar

que el artículo 10 de la LOE en coordinación con el artículo 2, distribuye las competencias en función de los usos de la edificación a construir y así “1. – Cuando 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. Los usos aludidos son los de administrativo, sanitario, religioso, **residencial en todas su formas**, docente y cultural” (folio 37).

En el informe se señala que en el presente caso, se solicita licencia para reparación de cubierta de un edificio residencial, en concreto, según la Memoria, para “reemplazar los elementos no estructurales de la cubierta por otros de mejores características”, y el proyecto técnico está firmado por arquitecto. Por ello entiende que de acuerdo con los citados preceptos y lo dispuesto en la disposición adicional cuarta de la LOE” **el Estudio de Seguridad y salud para el cambio de cubierta en un edificio de viviendas, deberá ser firmado o por el técnico que firmó el proyecto para las obras o por arquitecto técnico al tratarse de un edificio de viviendas y en función de la especialización en cuanto a los usos**” (folio 38).

En este mismo sentido se pronuncia el Ayuntamiento de Zaragoza en el escrito presentado en contestación al requerimiento de información realizado por el SDCA en fase de información reservada, en el que cita los preceptos mencionados. Asimismo afirma lo siguiente (folios 52 a 54):

“En la contestación a las alegaciones vertidas en el expediente 336.801/2014, del que trae causa la reclamación presentada, se manifestaba que el tema no es pacífico. Por un lado, existen sentencias de Tribunales superiores de Justicia que mantienen el criterio aquí apoyado; por otro, el tribunal de defensa de la competencia, en tanto no se pronuncie el Tribunal Supremo, entiende que ha de interpretarse la norma de forma amplia y no restringida. Lo cierto es, que no existe todavía o no se ha localizado, Sentencia del Tribunal Supremo que podamos considerar doctrina al respecto.”

En el mismo escrito, el Ayuntamiento de Zaragoza señala que “Evidentemente, **el ingeniero industrial** es competente para la realización de los estudios de Seguridad y Salud cuando el, proyecto a realizar tenga por objeto la construcción de edificios para los usos aeronáutico; agropecuario; de la energía; de la hidráulica; etc. etc. como se ha mencionado anteriormente. También será competente en las ampliaciones y reformas para los usos antedichos.”

En definitiva, según se indica, “el Ayuntamiento de Zaragoza aplica al respecto las disposiciones generales sobre la materia así, la Ley de Ordenación de la Edificación, el Código Técnico, el Real Decreto 39/97 de Disposiciones mínimas de Seguridad y Salud en las obras, etc.

Cuenta con una ordenanza de medios de intervención en la actividad urbanística aprobada por el Ayuntamiento Pleno en sesión celebrada el 5 de mayo de 2011. En su articulado, así como en el anejo I, que establece la documentación a aportar, hace referencia exclusivamente a técnico competente”.

2. Valoración jurídica de la actuación del Ayuntamiento de Zaragoza.

Así planteada la cuestión, lo primero que hay subrayar es que el ámbito de control de la Ley de Defensa de la Competencia son las posibles restricciones en el ejercicio de una actividad económica, entendiendo por tal la acción de ofrecer productos o servicios en un mercado determinado (sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 11 de julio de 2006). En este sentido, los destinatarios de las normas de defensa de la competencia son las empresas, entendidas éstas de una manera amplia como operadores económicos, es decir, cualquier clase de persona que actúe en un mercado ofreciendo bienes o servicios. El criterio delimitador, por tanto, es la naturaleza propiamente administrativa o comercial de la actividad de que se trate, de forma que si un ente público realiza actividades económicas o comerciales en el mercado, debe considerarse empresa a efectos de las normas de la competencia (sentencia de 10 de febrero de 2005 de la Audiencia Nacional).

Así se ha pronunciado reiterada jurisprudencia del TJCE (entre otras, [Ss. 2002/299, asunto C-82/01P \[TJCE 2002, 299\]](#)), señalando que *“el hecho de que una entidad disponga de prerrogativas de poder público para el ejercicio de una parte de actividad, no impide calificarla de empresa a efectos del art. 86 del Tratado (LCEur 1986, 8” y TJCE 2002, 299)* y que *“el concepto de empresa comprende cualquier entidad que ejerza una actividad económica, con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación”* y que *“para determinar si las actividades de que se trata son las de una empresa en el sentido del art. 86 del Tratado (LCEur 1986, 8) hay que examinar cuál es la naturaleza de dichas actividades”*. Asimismo debe tenerse en cuenta que, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, *“constituye una actividad económica cualquier actividad consistente en ofrecer bienes o servicios en un determinado mercado y que el hecho de que una actividad pueda ser ejercida por una empresa privada constituye un indicio suplementario que permite calificar la actividad en cuestión como actividad empresarial”*.

Sobre esta cuestión, el extinto Tribunal de Defensa de la Competencia ya señaló en numerosas Resoluciones, que la LDC es una Ley general, sin excepciones sectoriales, que obliga a todos los sujetos públicos y privados, y que ha de respetarse por todos ellos en sus actuaciones, sin que exista una exoneración genérica de los actos de la Administración Pública respecto de la aplicación de la LDC, pues el Derecho Administrativo no es el único derecho que regula toda la actividad de la Administración Pública. Por ello, resulta preciso determinar en cada caso cuándo la Administración actúa, o no, como operador económico incidiendo con su conducta en la estructura y funcionamiento del mercado, así como determinar cuándo existe una ley que ampara dicho comportamiento.

Por consiguiente, los actos de la Administración están sujetos a los artículos 1 a 3 LDC (prácticas colusorias, abuso de posición de dominio o actos de competencia desleal que falseen la libre competencia) sólo si ésta actúa en el mercado como operador económico y no cuando actúa en el ejercicio de su *ius imperii*. Conforme a ello, quedarían excluidas aquellas actuaciones que constituyan actos de poder público sin carácter económico (resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de 28 de noviembre de 2008).

Teniendo en cuenta lo expresado, hay que concluir que en el presente expediente, en el que se cuestiona la decisión del Ayuntamiento de Zaragoza de denegar el Estudio de Seguridad y Salud firmado por el Ingeniero Industrial denunciante en el marco de un procedimiento de concesión de licencia de obras, nos encontramos con un acto administrativo sometido a normas de Derecho público, es decir, es una manifestación del *ius imperii* de la Administración Pública en el ejercicio de la competencia municipal de ordenación, gestión, ejecución y disciplina urbanística y de su potestad para intervenir la actividad de los ciudadanos a través de sometimiento a licencia que le atribuye la Ley, y no puede sostenerse, en ningún caso, que en esta actuación el Ayuntamiento de Zaragoza haya asumido el papel de operador económico.

La denegación del Estudio supone así una actuación administrativa derivada del ejercicio de una potestad administrativa atribuida por el Ordenamiento Jurídico, y conforme a ello, una actuación que no encaja en el ámbito subjetivo de aplicación de los artículos 1, 2 y 3 LDC cuya aplicación compete a los órganos de defensa de la competencia.

En este mismo sentido, en la resolución de la CNC de 26 de febrero de 2008 se determinó que *“las decisiones o acuerdos de las corporaciones locales sobre concesión o denegación de licencias o autorizaciones constituyen actos administrativos sujetos a normas de Derecho Público, sin que pueda considerarse que, en su ejercicio, los Ayuntamientos asumen un papel de coordinador económico”*.

Como se concluye de la doctrina expuesta, no corresponde a los órganos de defensa de la competencia analizar la motivación recogida por el Ayuntamiento de Zaragoza para excluir la titulación de ingeniero industrial en la elaboración de los Estudios de Seguridad y Salud en los proyectos de obras mencionados; el control de legalidad de los actos administrativos está atribuido con carácter excluyente a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

En consecuencia, en la medida que no se trata de un operador privado, sino de la decisión de una Autoridad administrativa en el ejercicio de sus facultades públicas, los órganos de competencia no pueden entender de la misma y la revocación de la denegación sólo puede ser requerida ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

En este sentido hay que recordar que la Resolución de la CNC de 20 de noviembre de 2008, Expte. S/0083/08, Comunidad Autónoma de Aragón, ya indicó lo siguiente:

“De acuerdo con reiterada doctrina del extinto Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC), los actos de la Administración están sujetos a los artículos 1 a 3 de la LDC solo si esta actúa en el mercado como operador económico y no cuando actúa en el ejercicio de su ius imperii (Resoluciones de 20 de marzo de 1998, Expte. 419797; de 31 de mayo de 2000, Expte. r. 363/99 y de 23 de enero de 2007 Expte. R 695/06. (...)

La revisión de la adecuación de los actos administrativos a las leyes en que se fundamentan corresponde a la jurisdicción Contencioso-administrativa (...) mientras que los órganos de defensa de la competencia solo pueden intervenir en

la instrucción y resolución de los expedientes relativos a las conductas que infringen la Ley de Defensa de la Competencia” (Resolución de 31 de mayo de 2000. Expete. R 363/99, FD 1)”

La resolución concluye afirmando que “(...) esta actuación de orden administrativo escapa del ámbito de aplicación de las prohibiciones establecidas en la legislación de defensa de la competencia”.

Por todo ello, habiendo quedado suficientemente acreditado que la Administración Pública denunciada ha actuado como ente de Derecho Público, en su función reguladora y no en calidad de operador de mercado, no corresponde a las autoridades de competencia corregir la subsunción del presupuesto de hecho en la norma realizada por la Administración local en ejercicio de sus potestades administrativas, cuestión que debería determinarse, en su caso, a través de las vías administrativas o judiciales de impugnación del acto denunciado.

3. Otras consideraciones y recomendaciones.

Sin perjuicio de lo expuesto, este TDCA considera que deben censurarse los efectos anticoncurrenciales que generan las actuaciones administrativas de licencia si excluyen injustificadamente a profesionales capacitados para la realización de los actos de que se trate.

Sobre esta materia, la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 29 de noviembre de 2010 (Expte. S/0002/07, Consejo Superior de Arquitectos de España) sostuvo que la legislación vigente opta expresamente por no concretar cuáles son los técnicos competentes para realizar las funciones de coordinador de seguridad y salud y para firmar los estudios de seguridad y salud, en aquellos casos en los que no sea preciso nombrar a dicho coordinador, y se limita a exigir que los mismos sean realizados por técnico competente.

Ello implica que en estos casos nos encontremos ante un concepto jurídico indeterminado cuya responsabilidad de concreción corresponde a la Administración Pública correspondiente, en este caso el Ayuntamiento de Zaragoza, quien debe valorar no sólo la idoneidad objetiva del proyecto o estudio, sino también la capacidad profesional de quien lo redacte, toda vez, que sólo con una titulación adecuada podrá la Administración comprobar la conformidad del proyecto con las exigencias técnicas del trabajo para el que se solicita una licencia.

No obstante y de conformidad con lo indicado por la CNC en sus resoluciones, la falta de concreción sobre la titulación habilitante del Real Decreto 1627/1997 (que habla de “*técnico competente*”), así como de la propia ordenanza municipal de medios de intervención en la actividad urbanística de 2011 que menciona el Ayuntamiento en su escrito (folio 54), unida a la ausencia de una disposición concreta que prohíba que los ingenieros industriales firmen los Estudios de Seguridad y Salud de las obras señaladas, **permitiría sostener una interpretación más favorable a la libre competencia.**

Así, la citada resolución de la CNC establece lo siguiente:

“Este Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia entiende que la Disposición Adicional 4ª de la Ley de Ordenación de la Edificación, en relación con el Artículo 5 del Real Decreto 1627/1997 implica exigir una determinada titulación al coordinador de seguridad y salud, en función de la obra concreta de que se trate. De este modo, quedarían reservados a los arquitectos sólo los estudios de seguridad y salud correspondientes a obras que son competencia exclusiva de dichos técnicos (esto es, las destinadas a uso administrativo, sanitario, religioso, residencial en todas sus formas, docente y cultural).

El resto de técnicos enumerados en la Referida Disposición Adicional 4ª podrán firmar los estudios de seguridad y salud en relación con los proyectos de las competencias propias de sus respectivas titulaciones. Con base en la neutralidad del término “técnico competente” utilizado en el Real Decreto 1627/1997, así como la doctrina del Tribunal Supremo sobre las 11 habilitaciones profesionales para desarrollar determinadas funciones, antes citadas, se podría sustentar una interpretación más abierta y procompetitiva, tal y como lo hace la Subdirección General de Prevención de Riesgos Laborales, de la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

Esta interpretación procompetitiva sería aún más acertada si el análisis se limita a la actividad consistente en la realización del estudio de seguridad y salud (que es a la que se refiere el acuerdo colegial analizado en el expediente) y no a la actividad consistente en la coordinación de seguridad y salud.

En ese caso, la normativa vigente y la doctrina jurisprudencial parecen más claras en el sentido de que dichos estudios podrán ser realizados por otros técnicos distintos a los arquitectos y arquitectos técnicos, por los siguientes motivos:

- no existe una previsión clara en la Ley de Ordenación de la Edificación en el sentido de otorgar exclusividad a los arquitectos y arquitectos técnicos en estos estudios. Así, frente a artículos meridianamente claros en este aspecto para los casos del proyectista (Artículo 10), el director de obra (Artículo 12) y el director de ejecución de obra (Artículo 13), no existe tal claridad para el caso de los estudios de seguridad.*
- la Ley de Ordenación de la Edificación se refiere constantemente a los proyectos parciales del proyecto, a la posible actuación de otros técnicos y a los visados (en plural) que fueran preceptivos, por lo que en el espíritu de la ley subyace y prevé la pasibilidad de actuación de varios técnicos, acotando en algunos casos quiénes podían ser éstos, remitiéndose a la normativa sectorial en otros casos.*
- la distinción entre la figura del coordinador de seguridad y salud y el encargado de realizar el estudio de seguridad y salud es clara al establecer el Artículo 5 del Real Decreto 1627/1997 que al coordinador de seguridad y salud le corresponderá elaborar o hacer que se elabore, bajo su responsabilidad, el estudio de seguridad y salud.”.*

Asimismo, la jurisprudencia contencioso-administrativa ha mantenido últimamente una doctrina constante en el sentido de que sobre el principio de exclusividad y monopolio competencial de una determinada actividad técnica, **debe prevalecer el principio de libertad de acceso con idoneidad** (entre otras muchas, se pueden citar las SSTs de 10 de abril de 2006, 13 de noviembre de 2006, 2 de febrero de 2007, 5 de marzo de 2007 y 21 diciembre 2010). En este sentido la Administración debe huir de situaciones injustificadas que puedan generar verdaderas reservas de actividad a favor de determinados colectivos, obstaculizando la libre empresa y el nivel de competencia del mercado.

En apoyo de lo expresado se puede destacar la STS de 24 de mayo de 2011 que afirma que la regla general sigue siendo la de rechazo a la exclusividad:

“(...) ya que, al existir una base de enseñanzas comunes entre algunas ramas de enseñanzas técnicas, estas dotan a sus titulados superiores de un fondo igual de conocimientos técnicos que, con independencia de las distintas especialidades, permiten el desempeño de puestos de trabajo en los que no sean necesarios unos determinados conocimientos sino una capacidad técnica común y genérica que no resulta de la titulación específica obtenida sino del conjunto de estudios que se hubieran seguido.”

Desde este punto de vista, una actuación administrativa –como la del otorgamiento de licencia de obras- no debería introducir restricciones competitivas fuera de las estrictamente necesarias por razones de interés general. Fuera de dichos márgenes no parecería aceptable la introducción de una restricción que supondría un monopolio profesional en razón exclusiva del título ostentado.

La administración, con carácter general, debería dejar abierta la actividad de que se trate a cualquier profesional que acreditara la posesión de un título facultativo oficial que amparara un nivel de conocimientos técnicos suficiente para la certificación de que se tratara, salvo prescripción legal en contra, o justificación de interés general.

Por ello, este TDCA estima que, con carácter general, debería realizarse una interpretación de las normas que favorezca la competencia efectiva entre los profesionales con la capacidad técnica suficiente para realizar la actividad y que en todo caso, deberían aprobarse las normas legales o reglamentarias que aclarasen esta materia.

CUARTO.- Conclusión del análisis de las conductas denunciadas: archivo de la denuncia.

Por todo lo expuesto, hay que concluir que no se ha producido ninguna infracción de la Ley de Defensa de la Competencia por parte del Ayuntamiento de Zaragoza, quien, actuando en el ejercicio del *ius imperii* del que es titular, ha denegado o informado desfavorablemente la titulación de ingeniero industrial para la firma un Estudio de Seguridad y Salud en un proyecto de obras sometido a licencia municipal.

Por ello, debe procederse al archivo del expediente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 49.3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

QUINTO.- Competencia para dictar la resolución relativa a este procedimiento.

La competencia para adoptar la decisión de no iniciar un procedimiento sancionador por no concurrir indicios suficientes de la existencia de una infracción de los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 15/2007 de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, corresponde al Tribunal de Defensa de la Competencia de Aragón a propuesta de la Dirección General de Economía (Servicio de Defensa de la Competencia de Aragón).

Así lo dispone el artículo 49.3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, conforme al que *“El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, a propuesta de la Dirección de Investigación, podrá acordar no incoar los procedimientos derivados de la presunta realización de las conductas prohibidas por los artículos 1,2 y 3 de esta ley y el archivo de las actuaciones cuando considere que no hay indicios de infracción de la Ley”*.

En consecuencia, y de conformidad con la Disposición Adicional Octava de la misma Ley, la traslación de esta disposición a los órganos aragoneses de defensa de la competencia determina que la competencia para decidir sobre la no incoación del expediente contra el Gobierno de Aragón y proceder al archivo de la denuncia, corresponde al Tribunal de Defensa de la Competencia de Aragón, a propuesta de la Dirección General de Economía, a la que corresponde el ejercicio de las funciones de Servicio de Defensa de la Competencia de Aragón, conforme se deduce del artículo 10 del Decreto 29/2006, de 24 de enero, del Gobierno de Aragón, por el que se crean y regulan los órganos de Defensa de la Competencia de Aragón y del artículo 7 del Decreto 19/2012, de 24 de enero, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba la estructura orgánica de Departamento de Economía y Empleo.

Ello debe entenderse así pese a que el artículo 14.1 del Decreto 29/2006, de 24 de enero, ya citado, asigne al Servicio los actos de archivo de actuaciones y los de trámite que impidan la continuación del procedimiento, por cuanto dicho precepto debe entenderse desplazado por la Ley estatal, que tiene la condición de legislación básica dictada al amparo del artículo 149.1.13ª de la Constitución, tal como expresa en su Disposición Final Primera.

Por otro lado, el artículo 3.h) del citado Decreto 29/2006, de 24 de enero, atribuye al Tribunal la función de *“Dirigir sugerencias o propuestas de actuación relativas a la salvaguarda de la libre competencia a cualquier poder u órgano de la Comunidad Autónoma de Aragón o de las Entidades Locales aragonesas”*.

Como ha quedado suficientemente justificado en el apartado C.3 del fundamento jurídico tercero de esta resolución, este Tribunal ha llegado a la conclusión de que es posible efectuar una interpretación procompetitiva de la normativa de referencia que favorezca la competencia efectiva entre los profesionales con la capacidad técnica suficiente para realizar la actividad, en garantía del principio de libertad de acceso con

idoneidad y evitando reservas de actividad a favor de determinados colectivos que tampoco aparecen claramente delimitadas en la norma.

Vistos los hechos y preceptos citados y los demás de general aplicación EL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA DE ARAGÓN

HA RESUELTO

PRIMERO.- No acordar la incoación de un procedimiento sancionador contra el Ayuntamiento de Zaragoza por infracción de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y proceder al archivo de las actuaciones realizadas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 49.3 de la citada Ley 15/2007, de 3 de julio.

SEGUNDO.- Recomendar al Ayuntamiento de Zaragoza que lleve a cabo una interpretación favorable a la libre competencia entre los profesionales con capacidad técnica de la ley de ordenación de la edificación y del Real Decreto 1627/1997, de 24 de octubre, por el que se establecen disposiciones mínimas de seguridad y salud en las obras de construcción, evitando reservas de actividad a favor de determinados colectivos que no aparecen claramente definidas en tales normas."

Zaragoza, a 9 de octubre de 2013