

INFORME DE 13 DE DICIEMBRE DE 2017 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 RESERVA PROFESIONAL EXCLUSIVA A FAVOR DE LOS TITULADOS EN GEOLOGÍA PREVISTA EN LAS CONDICIONES PARTICULARES DE CONTRATACIÓN DE UN ESTUDIO GEOLÓGICO Y GEOTÉCNICO NECESARIO PARA EL PROYECTO DE EDIFICACIÓN DE UN NUEVO CAMPO DE FÚTBOL MUNICIPAL (UM/142/17).

I. ANTECEDENTES

En fecha 15 de noviembre de 2017 tuvo entrada en la Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado (SECUM) una reclamación presentada al amparo del artículo 26 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado (LGUM) contra la reserva profesional exclusiva a favor de los titulados en geología prevista en los apartados 2, 5 y 9 de las condiciones particulares de un contrato menor de servicios para la realización de un estudio geológico y geotécnico del proyecto de ejecución de un nuevo campo de fútbol femenino dentro del ámbito del Ayuntamiento de Gijón/Conceyu de Xixón.

A juicio del reclamante, dicha reserva profesional resultaría discriminatoria para los ingenieros de minas, profesionales también capacitados técnicamente para realizar este tipo de estudios.

La reclamación fue remitida a esta Comisión por la SECUM en fecha 16 de noviembre de 2017 en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 26.5 LGUM.

II. CONSIDERACIONES

II.1) Consideraciones previas sobre las reservas de actividad.

II.1.1.- Valoración general sobre las llamadas reservas de actividad en la prestación de servicios profesionales a la luz de la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y de anteriores informes emitidos por esta Comisión.

Con carácter general, a juicio de esta Comisión, la exigencia de determinados requisitos formativos como criterio de cualificación para el ejercicio de una actividad profesional o el acceso a una profesión regulada o titulada es una restricción a la competencia que, no obstante, podría estar justificada por razones de interés general. Ahora bien, debe evitarse incurrir en la infundada restricción que consiste en excluir del ejercicio de una actividad a profesionales con capacitación técnica suficiente para el ejercicio de dicha actividad.

Este riesgo puede aparecer si las reservas de actividad se vinculan a titulaciones académicas concretas. En su lugar, esta Comisión considera que es preferible que las reservas de actividad, cuando deban existir sobre la base de criterios de necesidad y proporcionalidad, se subordinen a la capacitación

técnica de los profesionales, que puede no ser exclusiva de una titulación sino de un elenco más amplio de titulaciones.

Lo anterior es especialmente importante si se tiene en cuenta que, como ya se advertía en el Informe de la Comisión Nacional de Competencia (CNC) de 18 de abril de 2012, sobre los Colegios Profesionales tras la Transposición de la Directiva de Servicios¹, el Proceso de Bolonia *“ha dado lugar a la desaparición del “catálogo de titulaciones”, lo que abre las puertas para la innovación en la creación de nuevos títulos universitarios”*.

Con ello, señalaba esta Comisión, *“se corre el riesgo de que las nuevas titulaciones que se creen, incentivadas por el Proceso de Bolonia, se encuentren con mercados acotados y reservas de actividad para otras titulaciones, lo cual puede tener básicamente dos efectos. El primero sería el retraimiento de las Universidades a la hora de proponer nuevas titulaciones, por considerar que éstas pudieran tener mayores problemas en el mercado laboral. El segundo efecto, más importante desde el punto de vista de la competencia, sería que las nuevas titulaciones buscaran su propia reserva de actividad y se fueran constituyendo así múltiples mercados acotados cada vez más reducidos, lo que afectaría negativamente a la competencia en los servicios profesionales.”*

De esta manera, para esta Comisión, las reservas de actividades profesionales actúan como barrera de entrada y limitan el número y la variedad de operadores en el mercado. Protegen al colectivo favorecido frente a la competencia de muchos otros operadores capacitados para realizar esas funciones y generan múltiples efectos negativos en términos de competencia, eficiencia y bienestar.

En segundo lugar, las reservas de actividad reducen los incentivos de los operadores para aumentar su eficiencia, contribuyen a que existan ineficiencias productivas y dinámicas –en términos de innovación–, obstaculizan la aparición de nuevos modelos de negocio adaptados a la demanda y reducen la variedad y la elección para los consumidores.

En tercer lugar, las reservas de actividad, al restringir el ejercicio de actividades a ciertas profesiones, impiden que determinados operadores puedan aprovechar economías de alcance y de escala, lo que generaría ganancias de eficiencia y productividad. Al impedir que estos otros operadores puedan mejorar su eficiencia, el efecto adicional de la medida es aumentar el coste de estos operadores rivales de los profesionales con la titulación reservada y obstaculizar su capacidad de competir con ellos en otros mercados de la economía.

¹ Véase texto completo del Informe CNC de 18 de abril de 2012 en: https://www.cnmc.es/Portals/0/Ficheros/Promocion/Informes_y_Estudios_Sectoriales/2012/Informe%20Colegios%20Profesionales%20tras%20Directiva%20de%20Servicios.pdf.

La excesiva fragmentación de funciones entre profesiones reduce el tamaño del mercado al determinar de forma artificial el rango de servicios que pueden ser provistos por cada profesional. Esta excesiva atomización en la provisión de servicios genera ineficiencias para los clientes que los demandan como *input* intermedio ya que éstos tienen que recurrir a múltiples proveedores en lugar de a uno solo.

Finalmente, la reserva de actividad limita la movilidad de los profesionales. En el ámbito europeo, el marco normativo comunitario establece mecanismos para el mutuo reconocimiento de cualificaciones profesionales entre los Estados Miembros. La reserva de actividad en favor de profesionales con una titulación académica determinada constituye un obstáculo a la libre circulación de los profesionales entre los Estados miembros e impide el correcto funcionamiento del Mercado interior en la provisión de servicios transfronterizos, especialmente entre Estados miembros en los que el servicio profesional está regulado y aquéllos en los que no lo está.

En atención a los argumentos arriba expuestos, en los anteriores Informes de esta Comisión de referencia UM/028/14² y UM/034/14³ o en el antes señalado Informe de la extinta Comisión Nacional de la Competencia, de 18 de abril de 2012, se efectúa una referencia crítica a las reservas de actividad existentes, especialmente (aunque no de forma exclusiva) entre arquitectos e ingenieros en el sector de la edificación.

En este sentido, a juicio de la CNC, únicamente deberían imponerse reservas de actividad por razones imperiosas de interés general y siempre que se trate de una medida proporcionada a la razón invocada y al interés público que se pretende proteger. En caso de fijarse reservas profesionales, deberían vincularse a la capacidad técnica real del profesional, no limitándose a una titulación concreta sino a cuantas titulaciones acrediten un nivel adecuado de suficiencia técnica.

Esta concepción, reiterada tanto en el Informe CNC de Proyecto normativo 110/13, relativo al Anteproyecto de Ley de Servicios y Colegios Profesionales⁴ (cuya tramitación quedó paralizada en abril de 2015) como en el reciente

² 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 (UM/028/14).

<https://www.cnmc.es/expedientes/um02814>.

³ 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 (UM/034/14).

<https://www.cnmc.es/node/345710>

⁴ IPN 110/13, véase página 25.

Informe IPN/CNMC/021/16 de 15 de diciembre de 2016⁵, está en consonancia con la postura del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), señalada en distintas sentencias, entre otras, en las SSTJUE de 22 de enero de 2002 ([C-31/00](#)), 7 de octubre de 2004 ([C-255/01](#)), 8 de mayo de 2008 ([C-39/07](#)) y 5 de abril de 2011 ([C-424/09](#)). Concretamente, en el apartado 37 de la STJUE de 8 de mayo de 2008, el TJUE declara que:

Conforme a reiterada jurisprudencia, de esta disposición del Tratado se deriva que el Estado miembro en el que se solicite autorización para ejercer una profesión, cuyo acceso esté supeditado, con arreglo a la normativa nacional, a la posesión de un título o de una cualificación profesional, debe tomar en consideración los diplomas, certificados y otros títulos que el interesado haya adquirido con objeto de ejercer esta misma profesión en otro Estado miembro, efectuando una comparación entre las aptitudes acreditadas por dichos títulos y los conocimientos y capacitación exigidos por las disposiciones nacionales (véanse las sentencias de 7 de mayo de 1991, Vlassopoulou, C-340/89, Rec. p. I-2357, apartado 16, y de 14 de septiembre de 2000, Hoczman, C-238/98, Rec. p. I-6623, apartado 23).

Recientemente, el Tribunal Supremo también ha aplicado estos mismos criterios en su Sentencia nº 2765/2016 de 22 de diciembre de 2016 (Recurso 177/2013) al señalar que, en la acreditación de los profesionales habilitados para suscribir certificados de eficiencia energética deberá tenerse en cuenta “la titulación, la formación, la exigencia y la complejidad del proceso de certificación”, sin reconocer la exclusividad a favor de una titulación técnica en concreto.

En la misma línea se han pronunciado también tanto la Autoridad Vasca de la Competencia/Lehiaren Euskal Agintaritzza en las conclusiones de su Recomendación de 8 de junio de 2016⁶ como el Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana en su Dictamen nº 138/2017 de 22 de febrero de 2017⁷.

⁵ Informe IPN/CNMC/021/16, de 15 de diciembre de 2016, sobre el proyecto de Real Decreto por el que se aprueban los estatutos generales de los colegios oficiales de graduados de la rama industrial de la ingeniería, ingenieros técnicos industriales y peritos industriales de España y su Consejo General (https://www.cnmc.es/sites/default/files/1487734_2.pdf). En sus conclusiones, la CNMC reconoce que:

“El sector de Colegios y Servicios profesionales requiere una profunda reforma normativa todavía pendiente. Dicha reforma debe partir de la detección previa de aquellos fallos de mercado que, con capacidad de afectar a razones imperiosas de interés general, justifiquen la introducción de restricciones normativas a la competencia. Adicionalmente, dichas restricciones deben estar debidamente fundamentadas en los principios de necesidad y proporcionalidad, principios de regulación económica eficiente a los que obliga el marco normativo español y de la UE. Esta mejora regulatoria permitirá perfeccionar las condiciones de competencia e incrementar la productividad en beneficio de los consumidores y usuarios”.

⁶ http://www.competencia.euskadi.eus/contenidos/informacion/informes/es_informes/123-INFORME%20ITEs%20definitivoSMDsin%20firmas.pdf.

⁷ Expte.: 691/2016.

II.1.2.- Consideraciones relativas a las llamadas profesiones reguladas.

A juicio de esta Comisión, la existencia de profesiones tituladas constituye una barrera a la entrada y al libre ejercicio de las profesiones, tal y como señaló la Comisión Nacional de Competencia en su Informe sobre el sector de servicios profesionales y colegios profesionales. En las recomendaciones de dicho informe se incluye la de romper la unión automática de la profesión y del título, sin perjuicio de que en algunos casos exista una razón interés general que lo justifique, lo que debiera constituir en cualquier caso una situación excepcional.

En idéntico sentido, esta Comisión, mediante informes emitidos en el marco de procedimientos tramitados al amparo de los artículos 26 y 28 de la LGUM, ha reiterado que debería evitarse vincular una reserva de actividad justificada a una titulación o a titulaciones concretas, optando por relacionarla con la capacitación técnica del profesional⁸.

Cuando la actuación de la autoridad competente crea la reserva profesional, rechazando la intervención del 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, una vulneración de los principios de necesidad y proporcionalidad.

II.2) Marco jurídico en materia de competencias, titulaciones y colegios profesionales.

En la actualidad sigue todavía vigente la Ley 2/1974, de 13 febrero, de Colegios Profesionales⁹ (en adelante, LCP) y, aunque fue elaborado un Anteproyecto de Ley de Servicios y Colegios Profesionales, dicho Anteproyecto fue retirado finalmente en abril de 2015¹⁰.

No obstante, debe recordarse que la aprobación de una reforma de la regulación de los colegios profesionales, liberalizando las actividades

⁸ Concretamente, esta Comisión ha aplicado esta doctrina a: redacción de proyectos de naves industriales (Informe [UM/069/15](#) de 18 de noviembre de 2015); expedición de certificaciones técnicas para la obtención de licencias de segunda ocupación (véanse informes [UM/054/16](#) de 13 de mayo de 2016, [UM/063/16](#) de 15 de junio de 2016 y [UM/069/16](#) de 28 de junio de 2016); elaboración de Informes de Evaluación o Inspección Técnica de Edificaciones/ITES (véanse informes [UM/080/15](#), de 30 de noviembre, [UM/055/16](#) y [UM/119/16](#) de 3 de octubre de 2016); redacción de estudios de seguridad y salud (informe [UM/079/14](#), de 9 de enero de 2015); redacción de proyectos de instalaciones eléctricas de baja tensión (informe [UM/015/16](#), de 11 de febrero de 2016); redacción de proyectos para la construcción de piscinas (informe [UM/033/16](#) de 28 de marzo de 2016); realización de tasaciones periciales contradictorias de inmuebles en procedimientos de gestión tributaria (Informe UM/066/16 de 27 de junio de 2016); redacción y dirección de proyectos de acondicionamiento de locales comerciales (Informe [UM/074/16](#) de 1 de julio de 2016) o de reforma de oficinas bancarias (Informe [UM/045/15](#) de 31 de agosto de 2015); y al ejercicio de la profesión de “agente rehabilitador” de edificaciones (informe [UM/034/16](#) de 31 de marzo de 2016).

⁹ BOE 15 febrero 1974, núm. 40.

¹⁰ http://cincodias.com/cincodias/2015/04/14/economia/1429034760_837773.html.

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

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 2014 de España¹¹ y que ha sido incluida también en las Recomendaciones a los Planes Nacionales de Reformas de los años 2016¹² y 2017¹³.

El artículo 3.2 de la LCP aún en vigor dispone:

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 de la 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 de minas con relación a la redacción de estudios geológicos y geotécnicos:

- La normativa general en materia de edificación.
- La normativa específica en materia de estudios geológicos y geotécnicos para edificaciones.
- La normativa reguladora de la profesión de ingeniero de minas.

II.3) Normativa general en materia de edificación.

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

¹¹ 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).

¹² <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-9199-2016-INIT/en/pdf>. Véase última Conclusión.

¹³ COM (2014) 508 final, Bruselas, 22 de mayo de 2017 <https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/2017-european-semester-country-specific-recommendations-commission-recommendations - spain-es.pdf>. En la conclusión 3 se recomienda específicamente: “Velar por la implementación plena y oportuna de la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado, en relación con la legislación vigente y futura”.

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.

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

1. Esta Ley es de aplicación al proceso de la edificación, entendiendo 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, entendiendo 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.

Del precepto transcrito se desprende la existencia de una reserva legal expresa en la LOE a favor de los profesionales de la arquitectura para la elaboración de proyectos de edificación de uso residencial relativos a nueva construcción, modificación con alteración de la configuración arquitectónica o con cambio de uso e intervención total en edificaciones sometidas a protección ambiental o histórico-artística.

No obstante, no se desprende directamente la existencia de una reserva legal a favor de ningún colectivo profesional concreto (geólogos, ingenieros de caminos) para la redacción de estudios geotécnicos vinculados a los proyectos de nuevas edificaciones, y ello porque:

- Dicha reserva profesional no está incluida expresamente en los artículos 2 y 10.2 de la LOE.
- Las reservas de actividad a favor de determinados colectivos profesionales deben ser objeto de interpretación restrictiva, al constituir excepciones al principio general de libertad de empresa y de libre competencia del artículo 38 CE¹⁴.
- La normativa vigente (inclusive la LOE) tiene que ser interpretada y aplicada de conformidad con los principios de la LGUM, según prevé el artículo 9 LGUM.

II.4) Normativa específica en materia de estudios geológicos y geotécnicos para edificaciones (Código Técnico de la Edificación).

En materia de estudios geológicos y geotécnicos para edificaciones resulta de aplicación el Código Técnico de la Edificación (CTE), aprobado mediante Real Decreto 314/2006, de 17 de marzo, al cual hacen referencia explícita las condiciones particulares de contratación objeto de reclamación (véase apartado 2B titulado “*alcance de los trabajos*”).

En uno de los apartados del CTE se regula el llamado “*estudio geotécnico*”, cuya finalidad es recopilar información cuantificada sobre las características del terreno en relación con el tipo de edificio previsto (en este caso, un campo de fútbol con instalaciones anexas) y el entorno físico donde se ubica para poder analizar y dimensionar adecuadamente los cimientos.

Las características del terreno de apoyo se determinarán, según el CTE, mediante una serie de actividades que, en su conjunto se denominan “reconocimiento del terreno” y cuyos resultados quedarán reflejados en el estudio geotécnico. En el apartado 3.1.6 del CTE se dice claramente que:

¹⁴ Véanse las Sentencias de AP Madrid núm.367/2005, de 8 de junio de 2005 (JUR 2005\265307) y AP La Rioja núm.614/1997, de 30 de diciembre (AC 1997\2523). En la última sentencia citada se dice textualmente: “*En el presente, se trata de interpretar una norma restrictiva de la competencia, lo cual obliga a acrecentar esta actitud cautelosa, máxime cuando en nuestro ordenamiento jurídico existe un principio general de libertad de empresa, y por ende de libre competencia, y cualquier norma limitativa ha de ser objeto de la más estricta interpretación.*”

La autoría del estudio geotécnico corresponderá al proyectista, a otro técnico competente o, en su caso, al Director de Obra y contará con el preceptivo visado colegial.

Como se observa, el CTE no señala expresamente qué titulado o qué profesional concreto deba redactar y suscribir el estudio geotécnico sino que se refiere a “*técnico competente*”.

II.5) Normativa reguladora de la profesión de ingeniero de minas.

En la Orden CIN/309/2009, de 9 de febrero ([BOE núm.42 de 18.02.2009](#)), por la que se establecen los requisitos para la verificación de títulos universitarios habilitantes del ejercicio de la profesión de ingeniero de minas, se reconocen las siguientes competencias:

Conocimientos adecuados de los aspectos científicos y tecnológicos de métodos matemáticos, analíticos y numéricos de la ingeniería, mecánica de fluidos, mecánica de medios continuos, cálculo de estructuras, carboquímica, petroquímica y geotecnia.

Capacidad para la realización de estudios de gestión del territorio y los espacios subterráneos.

Capacidad para la exploración, investigación, modelización y evaluación de yacimientos de recursos geológicos.

Capacidad para planificar, proyectar, inspeccionar y dirigir explotaciones de yacimientos y otros recursos geológicos.

Sobre el deslinde competencial entre ingenieros de minas y geólogos, las cuestiones más polémicas se han planteado no en estudios geotécnicos para nuevos edificios e instalaciones (supuesto del presente informe) sino en estudios geotécnicos para explotaciones mineras (especialmente, las termales), según se recogía en nuestro anterior Informe [UM/019/17](#) de 1 de febrero de 2017 y no existiendo una doctrina consolidada sobre la materia. Así lo reconoció el propio Tribunal Supremo en el Fundamento Cuarto de la STS de 18 de mayo de 2010 (RC 4584/2006).

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 4 de la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público.

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”.

Por tanto, y siendo la actividad técnica de redacción de estudios geotécnicos o geológicos para proyectos de edificaciones 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 LGUM¹⁵.

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 4 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP), que recoge los principios de intervención de las Administraciones Públicas para el desarrollo de una actividad, 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 aplicar el principio de proporcionalidad y 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. Asimismo deberán evaluar periódicamente los efectos y resultados obtenidos.*
- 2. Las Administraciones Públicas velarán por el cumplimiento de los requisitos previstos en la legislación que resulte aplicable, para lo cual podrán, en el ámbito de sus respectivas competencias y con los límites establecidos en la legislación de protección de datos de carácter personal, comprobar, verificar, investigar e inspeccionar los hechos, actos, elementos, actividades, estimaciones y demás circunstancias que fueran necesarias.*

Tanto en el apartado 2 sobre solvencia técnica (“el informe geotécnico estará visado por el ilustre colegio oficial de geólogos”) como en los apartados 5

¹⁵ “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.”

(“*Titulación de geólogo con una experiencia demostrada de acuerdo a certificado de colegiación superior a 10 años*”) y 9 (“*Titulación de geólogo con una experiencia demostrada de acuerdo a certificado de colegiación superior a 10 años*”) de las condiciones particulares de contratación del Ayuntamiento de Gijón/Conceyu de Xixón se exige un título concreto al redactor del estudio geotécnico o geológico previsto en el Código Técnico de la Edificación (CTE): estar en posesión del grado o título de geólogo.

La exigencia de requisitos concretos de “*cualificación profesional*” (tener el título de geólogo) para el desarrollo de una actividad (en este caso, para la redacción de estudios geotécnicos o geológicos para proyectos de edificaciones) puede considerarse como una modalidad de restricción de acceso a dicha actividad.

Es la llamada “*reserva de actividad*”, definida en el Informe de la CNMC de noviembre de 2013 al Anteproyecto de Ley de Servicios y Colegios Profesionales¹⁶ 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*¹⁷”.

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 señala 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 fuera necesario por razones de interés general y de acuerdo con los principios de proporcionalidad y no discriminación¹⁸.

¹⁶ Véase página 5.

¹⁷ Véase página 5 Nota 3.

¹⁸ “*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*

No obstante, aunque las previsiones del artículo 7 del Anteproyecto no resulten todavía aplicables por tratarse de una propuesta legislativa sin valor normativo¹⁹, sí puede y debe realizarse en este caso el test de necesidad y proporcionalidad por aplicación de los artículos 5 LGUM y 4 LRJSP.

Por tanto, tendrá que analizarse, en este supuesto concreto, si la exigencia por parte del Ayuntamiento Gijón/Conceyu de Xixón de una concreta titulación o cualificación (geólogo) a los profesionales que redacten estudios geotécnicos para proyectos de edificios se efectúa de conformidad con lo previsto en los artículos 5 LGUM y 4 LRJSP.

En cuanto a la **necesidad** de la restricción, ésta debe motivarse 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 las condiciones particulares de contratación del Ayuntamiento Gijón/Conceyu de Xixón no se efectúa referencia a ninguna razón de interés general de las previstas en el anteriormente transcrito artículo 3.11 de la Ley 17/2009.

En todo caso, y aunque en este supuesto concurriera alguna razón imperiosa de interés general, debería evitarse asociar una reserva de actividad a una titulación o a titulaciones concretas, optando por vincularla más bien a la capacitación técnica y experiencia del profesional en cuestión, según se indica tanto en las SSTJUE de 22 de enero de 2002 ([C-31/00](#)), 7 de octubre de 2004 ([C-255/01](#)), 8 de mayo de 2008 ([C-39/07](#)) y 5 de abril de 2011 ([C-424/09](#)), sentencias anteriormente citadas en este Informe, como en el Informe de la

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.”

¹⁹ Véase artículo 2.1 del Código Civil (“Las leyes entrarán en vigor a los veinte días de su completa publicación en el «Boletín Oficial del Estado», si en ellas no se dispone otra.”) ya artículos 81 a 92 de la Constitución.

Comisión Nacional de la Competencia (CNC) de 2012 sobre los Colegios Profesionales tras la transposición de la Directiva Servicios.

Por tanto, el Ayuntamiento de Gijón/Conceyu de Xixón reclamado debería ponderar, a juicio de esta Comisión:

- Las competencias técnicas exigibles para redactar estudios geotécnicos o geológicos para proyectos de edificaciones, de acuerdo con el contenido de dichos estudios previsto en el Código Técnico de la Edificación (CTE).
- Las competencias técnicas atribuidas a los ingenieros de minas por la normativa reguladora de su profesión.
- La titulación, capacitación técnica y, en su caso, experiencia concreta en la redacción de estudios geotécnicos o geológicos de los profesionales que se presenten a la licitación o contratación públicas anunciadas por el citado Ayuntamiento/Conceyu.

En cuanto a la **proporcionalidad** de la restricción impuesta, no se argumenta en las condiciones particulares de contratación la inexistencia de otro medio menos restrictivo o distorsionador para la actividad de los profesionales afectados por la reserva exclusiva favorable a los titulados en geología.

III. CONCLUSIONES

A juicio de esta Comisión:

1º.- La exigencia de requisitos concretos de cualificación profesional por parte de las Administraciones Públicas para el desarrollo de una actividad concreta, como en este caso, la exigencia de la titulación de Geólogo por parte del Ayuntamiento de Gijón/Conceyu de Xixón para la redacción de estudios geotécnicos o geológicos destinados al proyecto de edificación de un campo de fútbol 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 (LGUM) y del artículo 4 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP).

2º.- Dicha 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. No existe, además, una reserva profesional expresa en materia de redacción de estudios geotécnicos ni en la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación (LOE) ni tampoco en el Código Técnico de la Edificación (CTE) aprobado por Real Decreto 314/2006, de 17 de marzo.

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 titulaciones concretas, optando por vincularla a la capacitación técnica y experiencia del profesional en el ámbito de la redacción de estudios geotécnicos o geológicos para proyectos de edificación, en la línea de la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea expresada en las SSTJUE de 22 de enero de 2002 ([C-31/00](#)), 7 de octubre de 2004 ([C-255/01](#)), 8 de mayo de 2008 ([C-39/07](#)) y 5 de abril de 2011 ([C-424/09](#)).

3º.- No habiéndose acreditado ni la necesidad ni la proporcionalidad de la antes mencionada reserva profesional exclusiva recogida en las condiciones particulares de contratación del Ayuntamiento de Gijón/Conceyu de Xixón objeto de reclamación, debe considerarse la misma contraria a los principios de necesidad y proporcionalidad del artículo 5 de la LGUM.