

INFORME DE 10 DE ABRIL DE 2019 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, SOBRE RESERVA PROFESIONAL EN OBRA PÚBLICA (UM/029/19).

I. ANTECEDENTES

Mediante un escrito presentado el día 25 de marzo de 2019 en el Registro de esta Comisión, que fue remitido al Registro General del Ministerio de Economía, Industria y Competitividad, un colegio profesional de geólogos ha planteado una reclamación al amparo del artículo 26 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado (LGUM) contra la exigencia, en el apartado E5 del cuadro de características contractuales (página 6), en la cláusula 5.2 (página 29) y en el Anexo III (página 71) de los pliegos de cláusulas administrativas particulares así como en el apartado 5.1 de las prescripciones técnicas (página 12), de disponer de la titulación en ingeniería de caminos para poder desempeñar las funciones de Especialista en Geotecnia.

Los pliegos de cláusulas administrativas y las prescripciones técnicas se refieren al anuncio de licitación de la Consellería de Infraestruturas e Mobilidade da Xunta de Galicia para la contratación del Servicio para el control y vigilancia de la obra de la terminal de autobuses integrada en la nueva estación intermodal de Vigo¹ ([Expediente de contratación 7/2019 M](#))².

A juicio del colegio reclamante, las exigencias contenidas en los pliegos son contrarias al artículo 5 de la LGUM porque vulneran el principio de necesidad y proporcionalidad, ya que suponen una restricción injustificada al ejercicio de una actividad económica. En concreto, al considerar que únicamente los titulados en ingeniería de caminos están cualificados para actuar como especialistas en geotecnia, se estaría creando una barrera a la libre prestación de servicios profesionales por parte de otros técnicos cualificados.

La reclamación fue remitida a esta Comisión por la SECUM en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 26 LGUM.

II. CONSIDERACIONES

II.1) Valoración general sobre las llamadas reservas de actividad en la prestación de servicios profesionales y en el acceso a las profesiones reguladas.

Con carácter general, a juicio de esta Comisión, la exigencia de determinados requisitos formativos como criterio de cualificación para el ejercicio de una

¹ Servizo para o control e vixilancia da obra da terminal de autobuses integrada na nova Estación Intermodal de Vigo.

² <https://www.contratosdegalicia.gal/licitacion?N=477214>.

actividad profesional o el acceso a una profesión regulada o titulada, constituye una restricción a la competencia que solo podría estar justificada por razones de interés general, como se establece en el artículo 5.1 LGUM. Por ello 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, 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.

A juicio de esta Comisión, las reservas de actividades profesionales actúan como barrera de entrada y limitan el número, la variedad de operadores y la libre concurrencia en el mercado, protegen a un colectivo frente a otros operadores capacitados y generan efectos negativos en términos de competencia, eficiencia y bienestar, impidiendo que determinados operadores puedan aprovechar economías de escala, lo que generaría ganancias de productividad.

A su vez, 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 elección para los consumidores.

Finalmente, la reserva de actividad limita la movilidad de los profesionales. En el ámbito europeo, el marco normativo de la Unión 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, esta Comisión, en anteriores informes emitidos en el marco de la tramitación de las reclamaciones a la que se refiere el artículo 26 de la LGUM, o en los emitidos a la vista de las comunicaciones de obstáculos a las que se refiere el artículo 28 de la LGUM, ha efectuado una referencia crítica a las reservas de actividad.

A juicio de esta autoridad, debe evitarse vincular una reserva de actividad a una titulación o a titulaciones concretas y optar por relacionarla con la capacitación técnica del profesional, de modo que cuando se crea una reserva profesional, rechazando la intervención de otro técnico facultado que no dispone de la titulación exigida, se incurre en una infracción de las libertades económicas

garantizadas en la LGUM y, en concreto, en una vulneración de los principios de necesidad y proporcionalidad³.

En este sentido, 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 y a su experiencia profesional, no limitándose a una titulación concreta sino a cuantas titulaciones acrediten un nivel adecuado de suficiencia técnica.

Esta argumentación, presente en el Informe CNMC de Proyecto normativo 110/13, relativo al Anteproyecto de Ley de Servicios y Colegios Profesionales⁴, 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](#)),⁵ 7 de octubre de 2004 ([C-255/01](#)),⁶ de 8 de mayo de 2008 ([C-39/07](#))⁷ y STJUE de 2 de diciembre de 2010 (C-422/09, C-425/09 y C-426/09).

En este sentido se pronuncia el Tribunal Supremo en su jurisprudencia. La prevalencia del principio de libertad de acceso con idoneidad sobre el de exclusividad o monopolio competencia ha sido reconocida, entre otras, en

³ La anterior doctrina ha sido aplicada por esta Comisión en multitud de informes. Cabe citar, entre los más recientes, el [UM/048/18](#), sobre la suscripción de licencias de obras mayores, el [UM/057/18](#), relativo a la suscripción de certificados técnicos para la obtención de licencias de primera ocupación, o el [UM/04/19](#), sobre controversia entre arquitectos y arquitectos técnicos en materia de obras de adaptación.

⁴ IPN 110/13, véase página 25.

⁵ En la que resolvió lo siguiente: “[...] *El artículo 43 CE debe interpretarse en el sentido de que, cuando un nacional comunitario presenta a las autoridades competentes de un Estado miembro una solicitud de habilitación para ejercer una profesión cuyo ejercicio, según la legislación nacional, está subordinado a la posesión de un título o de una capacitación profesional, o a periodos de experiencia práctica, dichas autoridades están obligadas a tomar en consideración todos los diplomas, certificados y otros títulos, así como la experiencia pertinente del interesado, efectuando una comparación entre, por una parte, las aptitudes acreditadas por dichos títulos y dicha experiencia y, por otra, los conocimientos y capacitación exigidos por la legislación nacional, aun cuando se haya adoptado una directiva sobre el reconocimiento mutuo de diplomas respecto a la profesión de que se trate, pero la aplicación de esa directiva no permita el reconocimiento automático del título o títulos del solicitante*”.

⁶ En la que resolvió lo siguiente: “[...] *El artículo 11 de la Directiva 84/253 permite a un Estado miembro de acogida autorizar, para el ejercicio de la actividad de control legal de los documentos contables, a los profesionales que ya hayan sido autorizados en otro Estado miembro, sin exigirles que superen un examen de aptitud profesional, cuando las autoridades competentes del Estado miembro de acogida consideren que sus cualificaciones son equivalentes a las exigidas por su legislación nacional, conforme a dicha Directiva*”.

⁷ En la que se resolvió lo siguiente: “[...] *El Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva 89/48/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1988, relativa a un sistema general de reconocimiento de los títulos de enseñanza superior que sancionan formaciones profesionales de una duración mínima de tres años, por lo que respecta a la profesión de farmacéutico hospitalario, al no haber adoptado todas las medidas necesarias para adaptar su Derecho interno a lo dispuesto en dicha Directiva*”.

sentencias de 16 de octubre de 2007 (casación 6491/2002); 31 de octubre de 2010 (casación 4476/1999); 21 de diciembre de 2010 (casación 1360/2008); 10 de noviembre de 2008 (casación 399/2006) o 31 de diciembre de 2010 (casación 5467/2006), en las que se reconoce que las orientaciones actuales evitan consagrar monopolios profesionales en razón exclusiva de la titulación académica y optan por dejar abierta la entrada a la actividad a cualquier titulado que acredite un nivel de conocimientos técnicos suficientes.

Cabe citar la sentencia de 24 de mayo de 2011 (casación 3997/2007), en la que, en relación con los profesionales técnicos, y tras recordar la jurisprudencia relativa a las competencias de las profesiones tituladas, señala que la atribución de una actividad concreta a una profesión por motivos de su especificidad ha de ser valorada restrictivamente, pues frente al principio de exclusividad debe prevalecer el de libertad con idoneidad. Ello porque, 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 (...) 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 situación específica obtenida sino del conjunto de los estudios que se hubieran seguido”.

Igualmente, la Audiencia Nacional ha tenido ocasión de pronunciarse en materia de reservas profesionales, de forma totalmente favorable a las tesis de esta Comisión, en las sentencias de 10 de septiembre, 31 de octubre y 28 de noviembre de 2018. Por todas, señala la sentencia de 28 de noviembre de 2018 (recurso 757/2015, FD 10º):

“Y ello supone que, cuando se establezcan límites al acceso a una actividad económica o a su ejercicio, la autoridad administrativa que actúa en ejercicio de sus competencias deberá motivar su necesidad en la salvaguarda de alguna razón imperiosa de interés general comprendida 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. Y, además, deberá justificar que no existen otros medios menos restrictivos al libre ejercicio de las actividades profesionales. Principios recogidos en los artículos 3, 5 y 17 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado.”

Finalmente, en el *“Informe sobre España 2019, con un examen exhaustivo en lo que respecta a la prevención y la corrección de los desequilibrios macroeconómicos”* elaborado por la Comisión Europea, se recoge lo siguiente:

El carácter restrictivo y fragmentado de la regulación en España impide a las empresas aprovechar las economías de escala. Una aplicación más decidida de la Ley de garantía de la unidad de mercado y la supresión de las restricciones detectadas que afectan a los servicios profesionales mejorarían las oportunidades de crecimiento y la competencia en muchos sectores de servicios.

II.2) Análisis de la normativa de aplicación

II.2.1) 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 Profesionales (en adelante, LCP), al no haber prosperado el citado Anteproyecto de Ley de Servicios y Colegios Profesionales. El artículo 3.2 de la LCP dispone que será requisito indispensable para el ejercicio de las profesiones hallarse incorporado al Colegio Profesional correspondiente cuando así lo establezca una ley estatal. 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”*.

II.2.2) Alcance de la reserva de actividad en el ámbito de los pliegos objeto de reclamación.

Debe analizarse, en este supuesto concreto, si el contenido del apartado E5 del cuadro de características contractuales, de la cláusula 5.2 y Anexo III de los pliegos de cláusulas administrativas particulares, así como el apartado 5.1 de las prescripciones técnicas contienen una reserva de actividad y el alcance de la misma.

Por un lado, en el apartado E5 (página 6 de los pliegos) se exige al contratista el:

Compromiso de dedicar o adscribir a la ejecución del contrato los medios personales o materiales indicados (...) Un especialista en geotecnia con la titulación de ingeniero de caminos.

En la cláusula 5.2 (página 29) se reitera la obligación de adscribir a la ejecución del contrato los medios personales previstos en el antes citado apartado E5.

Y en el cuadro de la página 71 de los pliegos (Anexo III) se incluye, entre los puestos obligatorios, a un “especialista en geotecnia con la titulación de ingeniero de caminos”.

Finalmente, en la página 12 del pliego de prescripciones técnicas se dice que el equipo consultor estará constituido, “por lo menos”, por “un especialista en geotecnia con la titulación de ingeniero de caminos”.

Se establece, por tanto, una reserva profesional exclusiva y excluyente a favor de los ingenieros de caminos en una materia (geotecnia) aunque existan otros profesionales técnicos también con competencias en este ámbito (p.ej. los geólogos).

II.2.3) Normativa sobre las competencias profesionales de los geólogos.

Respecto a titulación de Geología, mediante Real Decreto 1415/1990, de 26 de octubre, y posteriormente, a través de la Orden del Ministerio de Educación de 10 de diciembre 1993, se estableció el título de geología y las directrices generales de sus planes de estudio. Entre las materias obligatorias de dichos planes se encuentra la realización de trabajos geológicos sobre el terreno y la realización de “*mapas geológicos*”.

En el apartado 33 del artículo 21 de los Estatutos del Colegio Oficial de Geólogos, aprobado mediante Real Decreto 1378/2001, de 7 de septiembre, se reconoce a estos profesionales, la “*dirección técnica, supervisión y seguimiento de campañas de investigación de campo para caracterización geológica de terrenos en estudios previos, anteproyectos y proyectos de obras civil y de edificación*”.

II.2.4) Regulación de la actividad

La realización de estudios geotécnicos viene regulada en el apartado 3 del Documento Básico SE-C (Seguridad Estructural – Cimientos)⁸, que desarrolla las previsiones del artículo 10 del Código Técnico de la Edificación (CTE), aprobado mediante Real Decreto 314/2006, de 17 de marzo.

En el apartado 3.1.1 del Documento Básico SE-C, se define el estudio geotécnico como el “*compendio de información cuantificada en cuanto a las características del terreno en relación con el tipo de edificio previsto y el entorno donde se ubica, que es necesaria para proceder al análisis y dimensionado de los cimientos de éste u otras obras*”.

Y en el apartado 3.1.6 del citado Documento Básico SE-C no se atribuye la competencia de la redacción del estudio geotécnico a ninguna titulación en concreto, sino que se declara que 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.

⁸ <https://www.codigotecnico.org/images/stories/pdf/seguridadEstructural/DBSE-C.pdf>.

II.5) Análisis del asunto desde la perspectiva 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 de “especialista en geotecnia” prevista en los pliegos objeto de reclamación 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 LGUM⁹.

En lo que se refiere al principio de necesidad y proporcionalidad, el artículo 5 de la LGUM los define de la siguiente manera:

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 se pronuncia 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.

La exigencia de requisitos concretos de cualificación profesional consistentes en disponer de título de ingeniero de caminos para el desarrollo de una actividad (en este caso, especialista en geotecnia) puede considerarse como una modalidad de restricción de acceso a dicha actividad, entendiendo por tal la

⁹ “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.”

exigencia de unos requisitos formativos para el ejercicio de una actividad profesional.

Tal y como se ha expuesto, esta Comisión considera que debería evitarse vincular las reservas de actividad a titulaciones concretas en vez de a la capacitación técnica de los profesionales. El motivo de ello es que, en caso contrario, las autoridades competentes estarán imponiendo un límite a las garantías de las libertades económicas innecesario e injustificado. Así lo ha señalado, respecto a las reservas de actividad entre ingenieros y geólogos en sus Informes [UM/019/17](#)¹⁰ de 1 de febrero de 2017, [UM/142/17](#)¹¹ de 13 de diciembre de 2017 y, más recientemente y también en un supuesto similar al aquí analizado, en el Informe [UM/064/18](#)¹² de 12 de diciembre de 2018.

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 todo caso, y aunque en este supuesto concurriera alguna razón imperiosa de interés general, debería evitarse establecer una reserva de actividad a una titulación o a titulaciones concretas, con exclusión de todas las demás, y en su lugar, optar por vincularla a la capacitación técnica del profesional en cuestión.

Así, el análisis de las concretas competencias profesionales es una exigencia del principio de necesidad y proporcionalidad, pues el interés general protegido parece compatible con soluciones menos restrictivas al libre ejercicio de actividades económicas. Es por ello que se debe ponderar:

- Las competencias técnicas exigidas para redactar y dirigir estudios geotécnicos.

¹⁰ <https://www.cnmec.es/node/365650>.

¹¹ <https://www.cnmec.es/node/366337>.

¹² <https://www.cnmec.es/node/372862>.

- Las competencias técnicas atribuidas a diversos profesionales, inclusive los geólogos, y no solo las competencias de ingenieros de caminos.
- La competencia, capacitación y experiencia técnicas específicas del profesional que se postula como Especialista en Geotecnia.

III. CONCLUSIONES

A juicio de esta Comisión:

1º.- La exigencia de requisitos concretos de cualificación profesional (en este supuesto, la “titulación de ingeniería de caminos”) por parte de la Administración Pública reclamada (Consellería de Infraestructuras e Mobilidade da Xunta de Galicia) para el desarrollo de una actividad concreta, como en este caso, la actividad de “especialista en geotecnia” 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 y el artículo 11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.

2º.- Dicha restricción no está fundada en ninguna de las razones imperiosas de interés general del artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, ni se ha justificado la inexistencia de otro medio menos restrictivo o distorsionador para la actividad afectada.

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

3º.- No estando justificada ni la necesidad ni la proporcionalidad de la exigencia efectuada por los pliegos administrativos y técnicos objeto de reclamación, debe considerarse que los actos recurridos son contrarios al artículo 5 de la LGUM.

4º.- En el caso de que la autoridad competente no rectificase su criterio, y por los anteriores motivos, esta Comisión estaría legitimada para interponer contra la actuación administrativa el recurso especial al que se refiere el artículo 27 de la LGUM en relación con el artículo 127bis de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, y pedir su nulidad.