

INFORME DE 11 DE MARZO DE 2020 SOBRE LA RECLAMACIÓN PRESENTADA AL AMPARO DEL ARTÍCULO 26 DE LA LEY DE GARANTÍA DE LA UNIDAD DE MERCADO CONTRA EL CRITERIO DE VALORACIÓN CONSISTENTE EN DISPONER DE TITULACIÓN DE ARQUITECTO FIJADO EN LOS PLIEGOS DE PRESCRIPCIONES TÉCNICAS PARA LA CONTRATACIÓN DE SERVICIOS DE ASESORAMIENTO TÉCNICO URBANÍSTICO EN UN AYUNTAMIENTO (UM/010/20).

I. ANTECEDENTES

El día 18 de febrero de 2020 tuvo entrada en el Registro de la Secretaría del Consejo de la Unidad de Mercado (SECUM) una reclamación al amparo del artículo 26 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado (LGUM), presentada por un colegio de ingenieros de caminos, canales y puertos contra una posible restricción contraria a la LGUM contenida en los pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas de la licitación del contrato de “Asistencia Técnica Urbanística” efectuada por el Concello de Cariño¹ (A Coruña).

En concreto, los citados pliegos establecen como criterio de valoración profesional disponer de la titulación de “Arquitecto”, exigencia que el colegio profesional reclamante considera reserva profesional arbitraria y contraria a los principios de necesidad y proporcionalidad del artículo 5 LGUM.

La reclamación fue remitida a esta Comisión por la SECUM, en fecha 19 de febrero de 2020, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 26.5 LGUM.

II. CONSIDERACIONES

II.1) Alcance de la reserva de actividad prevista en las prescripciones técnicas objeto de reclamación.

Aunque el reclamante aluda en su escrito al pliego de cláusulas administrativas, la cláusula objeto de reclamación se encuentra únicamente en el pliego de prescripciones técnicas. Y, concretamente, se halla en la letra C2 (*calidad de los recursos personales*), dentro de la letra C (*criterios valorables automáticamente*) del apartado 5 (*criterios de valoración de las ofertas*):

Se valorará la calidad de los recursos personales adscritos a la asistencia, entendiéndose que se incrementa la calidad al contar con la titulación que se indica, con una mayor experiencia en la redacción y emisión de informes relativos expedientes de disciplina urbanística o por la superación de cursos relacionados

¹

https://contrataciondelestado.es/wps/portal!/ut/p/b0/04_Sj9CPykssy0xPLMnMz0vMAfljU1JTC3Iy87KtUIJLEnNyUuNzMpMzSxKTgQr0w_Wj9KMyU1zLcvQjQ5wjAlw9TQwqHYOLqozdA1NMI8yCA21t9Qtycx0B4Ke88g!!/.

con las funciones propias del objeto de este contrato. La Valoración es la expuesta en la tabla C2:

Tabla C2

Tabla C2.1 Titulación puntos

Arquitecto o graduado en arquitectura 9 puntos

(...)

Los 9 puntos otorgados a la titulación de arquitectura representan el 39,13% de la puntuación total (23 puntos) asignada a los criterios de valoración C2 denominados “*calidad de los recursos personales*”. No se prevé otorgar puntuación alguna a otros profesionales con titulaciones técnicas que pudieran estar también capacitados en esta materia (p. ej. ingenieros).

II.2) Alcance de la reserva de actividad prevista en la Ley de Ordenación de la Edificación.

La Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación (LOE), en sus artículos 10.2.a) y 12.3.a), reserva a los arquitectos la redacción de proyectos de edificios de uso, entre otros, residencial, así como la dirección de las obras para su construcción.

A juicio de esta Comisión, no resulta procedente la extensión de esta reserva de actividad a otras actividades relacionadas con el proceso constructivo, como, por ejemplo, el asesoramiento o consulta en materia urbanística. En primer lugar, porque, con carácter general, las reservas de actividad por razón de la titulación académica constituyen una restricción a la competencia que crea ineficiencias y fragmentación en los mercados de prestación de servicios profesionales y perjudica, en última instancia, a las posibilidades de los consumidores de elegir otros proveedores de servicios.

En este mismo sentido, la Comisión Europea, en su informe sobre la prevención y corrección de los desequilibrios macroeconómicos de España del año 2019, de 27 de febrero de 2019 (SWD (2019) 1008), ha destacado la existencia de barreras innecesarias en la regulación de los servicios profesionales en nuestro país y señala que estas restricciones limitan la competencia, obstaculizan la movilidad de los profesionales y la asignación eficiente de los recursos, reducen el dinamismo de la economía y limitan así la competitividad. El informe señala que, de acuerdo con el índice de restricción del comercio de servicios del EEE de 2018 de la OCDE, el nivel de restricción que impone la regulación en España supera la media del mercado único en sectores como, entre otros, la arquitectura y la ingeniería.

Es por ello que, fuera de los casos en los que la reserva profesional es creada por una norma con rango de ley, debe prevalecer el principio de “libertad con idoneidad” del profesional técnico competente.

En este sentido se pronuncia el Tribunal Supremo en su jurisprudencia. Por ejemplo, en su 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”*.

La prevalencia del principio de libertad de acceso con idoneidad sobre el de exclusividad o monopolio competencia ha sido reconocida también en las SSTS 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), entre otras muchas, en las que se reconoce que las orientaciones actuales huyen de 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.

Además, en el ámbito de la protección de los principios de garantía de la unidad de mercado previstos en la LGUM, la exigencia de esa concreta titulación para la prestación de servicios relacionados, por ejemplo, con edificaciones existentes, la CNMC ha informado en múltiples ocasiones en el sentido de considerar que esas reservas de actividad constituyen restricciones al libre acceso a actividades económicas que han de justificarse en razones imperiosas de interés general y ser proporcionadas a la protección buscada.

Este tipo de reservas profesionales también ha sido rechazado por la Audiencia Nacional en sus sentencias de 10 de septiembre de 2018 (recurso 16/2017), 31 de octubre de 2018 (recurso 5/2017) y 28 de noviembre de 2018 (recurso 757/2015), 21 de marzo de 2019 (recurso 110/2016) y 15 de abril de 2019 (recurso 220/2016), dictadas en procedimientos especiales en defensa de los principios de la LGUM instados por esta Comisión.

La Audiencia Nacional ha entendido que la aplicación del principio de necesidad y proporcionalidad aconseja un análisis más abierto de lo que debe entenderse como requisitos concretos de cualificación profesional para el desarrollo de una actividad, pues, *“en caso contrario, podría entenderse que vincular las reservas*

de actividad a titulaciones concretas en vez de a la capacitación técnica restringiría o limitaría el acceso a dicha actividad”.

De esta manera, en sus sentencias, la Audiencia Nacional reconoce que la reserva de actividades como las que son objeto del presente informe no tienen amparo en la LOE y que, por lo tanto, es necesario superar el test de necesidad y proporcionalidad para confirmar la validez de la restricción a esa actividad económica desde la perspectiva de las libertades de establecimiento y de prestación de servicios.

El criterio expuesto es el compartido por el Tribunal de Justicia de la UE al analizar la afectación de las reservas de actividad a la libre prestación de servicios. Así, por ejemplo, en su Sentencia de fecha de 22 de enero de 2002 (asunto C-31/00), cuya doctrina se reitera en la posterior STJUE 16 de mayo de 2002 (C-232/99), en la que, en un litigio planteado por un ingeniero con conocimientos de edificación para poder ejercitar competencias reservadas a los arquitectos por la legislación nacional de un Estado miembro, exigió la necesidad de contrastar la titulación, aptitudes y experiencia del interesado con las competencias legales en cuestión. En parecidos términos, se expresa el TJUE en sus sentencias de 7 de octubre de 2004 (C-255/01),² de 8 de mayo de 2008 (C-39/07)³ y de 2 de diciembre de 2010 (C-422/09, C-425/09 y C-426/09).

II.3) Normativa urbanística aplicable.

De acuerdo con la cláusula primera del pliego administrativo, el objeto del contrato es proporcionar *asistencia técnica urbanística al Concello, según el pliego de prescripciones técnicas adjunto*. Y, según el apartado 4 del pliego técnico, dicha asistencia comprende *todos los expedientes urbanísticos municipales que sean asignados por el Concello, especialmente los relacionados con la disciplina urbanística, así como las visitas de campo y comprobaciones que resulten precisos* incluyendo también la *redacción de informes y valoraciones (..) la gestión de los expedientes y la redacción de los borradores tipo de informes y de decretos con las propuestas de resolución y notificación que precise el expediente*.

² “[...] 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”.

³ “[...] 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”.

Por tanto, debe analizarse la normativa urbanística aplicable en el ámbito autonómico gallego.

El artículo 51 de la Ley 2/2016, de 10 de febrero del Suelo y Urbanismo de Galicia⁴ prevé, con relación a la redacción de instrumentos de planeamiento urbanístico, lo siguiente:

La redacción de los instrumentos de planeamiento urbanístico se efectuará por facultativos o facultativas con la correspondiente titulación universitaria. La redacción del proyecto de plan general habrá de ser realizada por un equipo multidisciplinar formado por un mínimo de tres especialistas con titulación universitaria de segundo o tercer ciclos, de los cuales, al menos, uno de ellos tendrá que ser arquitecto o arquitecta o ingeniero o ingeniera de caminos, canales y puertos o tener el grado en arquitectura o ingeniería de caminos, canales y puertos.

De este precepto se desprenden dos consecuencias:

- La redacción de planes urbanísticos no generales se efectuará por titulados universitarios, si bien sin especificarse la titulación concreta (arquitectura o ingeniería) exigible a los mismos.
- La redacción de planes urbanísticos generales se atribuye a un mínimo de tres especialistas, debiendo ser uno o una de ellos arquitecto/a o bien ingeniero/a de caminos.

Por otro lado, el artículo 85 del Reglamento de la Ley 2/2016 aprobado mediante Decreto 143/2016, de 22 de septiembre⁵, exige también para la redacción de planes urbanísticos no generales la participación de equipos multidisciplinarios (aunque sin fijar un número mínimo concreto) que cuenten, al menos, con un arquitecto/ o un/a ingeniero/a de caminos.

Y con relación a los proyectos llamados de “*equidistribución urbanística*”⁶, cuya finalidad es distribuir las cargas y beneficios de la ordenación urbanística, el artículo 245.2 del Reglamento de la Ley 2/2016 prevé que sean suscritos conjuntamente por un abogado/a y por un arquitecto o ingeniero/a de caminos.

⁴ DO. Galicia 19 febrero 2016, núm. 34.

⁵ DO. Galicia 9 noviembre 2016, núm. 213.

⁶ Artículo 244.1 de Decreto 143/2016: *La equidistribución tiene por objeto distribuir justamente las cargas y los beneficios de la ordenación urbanística, regularizar la configuración de las fincas, situar su aprovechamiento en zonas aptas para la edificación de acuerdo con el planeamiento y localizar sobre parcelas determinadas el aprovechamiento que, en su caso, corresponda al municipio.*

Por tanto, de la regulación legal y reglamentaria de la actividad urbanística en Galicia se desprende que los profesionales de la arquitectura no son los únicos participantes en la elaboración de instrumentos urbanísticos.

II.4) Normativa sobre las competencias profesionales de los ingenieros de caminos, canales y puertos.

Tal y como decíamos en anteriores informes, como el UM/042/19⁷, en el artículo 3 de la Orden CIN/309/2009, de 9 de febrero, por la que se establecen los requisitos para la verificación de los títulos universitarios oficiales que habiliten para el ejercicio de la profesión de Ingeniero de Caminos, Canales y Puertos, se reconoce expresamente a dichos profesionales la capacidad para:

el proyecto, ejecución e inspección de estructuras (puentes, edificaciones, etc.), de obras de cimentación y de obras subterráneas de uso civil (túneles, aparcamientos), y el diagnóstico sobre su integridad.

Así como también para la

realización de estudios, planes de ordenación territorial y urbanismo y proyectos de urbanización

Por ello, distintos tribunales superiores de justicia se han pronunciado específicamente a favor de que los ingenieros de caminos puedan participar como profesionales cualificados en los contratos de consultoría o asesoría externa a los Ayuntamientos en materia de urbanismo. Entre otras, cabe señalar la Sentencia nº 876/2003 del TSJ de Castilla y León (Valladolid) de 15 de julio de 2003 (recurso 3396/1998) y la Sentencia nº 3586/2013 del TSJ de Andalucía (Granada) de 16 de diciembre de 2013 (recurso 2587/2006).

Concretamente, en el Fundamento Sexto de la STSJ Andalucía de 16.12.2013 se dice que

(...) los arquitectos y los ingenieros de canales, caminos y puertos tienen conocimientos en materia de ordenación territorial, que les atribuye competencias para poder intervenir en la redacción de los planes de ordenación territorial.

Consecuentemente, ha de anularse la resolución impugnada, pues, de un lado, claramente impidió a los ingenieros de caminos, canales y puertos poder participar en el concurso referido, pues su exclusión derivaba del propio anuncio y de los términos en que se detallaba el Pliego de Cláusulas administrativas particulares; y de otro, claramente limita a los referidos ingenieros la participación en una contratación para cuya participación tienen conocimientos apropiados.

Y en el Fundamento Segundo de la TSJ de Castilla y León de 15.07.2003 ya se indicaba que

⁷ <https://www.cnmcc.es/node/375310>.

“...siendo competentes los Ingenieros de Caminos para proyectar y dirigir la construcción de toda clase de obras de urbanismo, excepto la construcción de viviendas, no puede la Administración excluirlos caprichosamente de un concurso público.”

II.5) Análisis del asunto desde la perspectiva de los principios de necesidad y proporcionalidad del artículo 5 y de no discriminación del artículo 18 de la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado.

La actividad técnica consistente en la elaboración de informes en materia urbanística constituye una actividad profesional, por lo que le resulta de aplicación plena la LGUM.

Como punto de partida del análisis, debe señalarse que la exigencia de requisitos concretos de “*calificación profesional*” (disponer del título de arquitecto) para el desarrollo de una actividad (en este caso, para el asesoramiento y redacción de informes en materia urbanística) se considera una modalidad de restricción de acceso a dicha actividad, en la medida en que impide a otros profesionales su ejercicio.

Tal y como se ha expuesto, esta Comisión considera que, de ser necesarias éstas, debería evitarse vincular las reservas de actividad a titulaciones concretas en vez de a la capacitación técnica de los profesionales. El motivo de la anterior consideración es que, en caso contrario, las autoridades competentes estarán imponiendo un límite a las garantías de las libertades económicas innecesario e injustificado.

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.

En este caso, los pliegos objeto de reclamación no establecen directamente una restricción (p.ej. como requisito de solvencia técnica) aunque sí la fijan indirectamente al prever una reserva profesional favorable a los titulados en arquitectura como criterio de valoración que representa hasta el 39% de la puntuación en materia de recursos personales de los contratistas licitantes.

Se impone este criterio restrictivo de valoración, sin justificación ni remisión a la protección de ninguna razón imperiosa de interés general para establecer la reserva de actividad favorable a los titulados en arquitectura.

Debe considerarse, además, que en materia de planeamiento urbanístico –como se ha expuesto anteriormente en este informe, la normativa autonómica gallega prevé expresamente la intervención de otros profesionales distintos a los arquitectos, igualmente habilitados y entre los cuales se encuentran expresamente citados los ingenieros de caminos (véanse artículo 51 de Ley

gallega 2/2016 y artículo 85 del Reglamento de desarrollo aprobado mediante Decreto 143/2016, de 22 de septiembre).

En todo caso, y aunque en este supuesto concurriera alguna razón imperiosa de interés general, debería haberse evitado establecer, como criterio de valoración profesional, 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.

Por otro lado, el pliego no asigna puntuación alguna a los profesionales con experiencia urbanística, pero con una titulación distinta de la arquitectura. En este sentido, la Audiencia Nacional, en su Sentencia de 22 de diciembre de 2017 (recurso 163/2016) recaída con relación a los procedimientos de esta Comisión UM/019/16 (aplicación artículo 27 LGUM) y UM/102/15 (aplicación del artículo 26 LGUM) consideró que concurría discriminación entre operadores (en ese caso, territorial y, en el supuesto del presente informe, profesional o por titulación) cuando se asignaba por esta razón mayor puntuación que pudiese alterar de manera notable el resultado de la valoración de ofertas en un concurso público.

La Audiencia Nacional declaró también, en su sentencia, que la desproporción en el trato a operadores supone una infracción del principio de libre establecimiento y circulación, también tutelado por el artículo 18 LGUM. La Audiencia cita, en esta cuestión, la anterior Sentencia del Tribunal Constitucional nº 27/2012, de 1 de marzo de 2012 (BOE nº 75 de 28.03.2012⁸) sobre valoración de méritos en un concurso público. En dicha sentencia, el Tribunal Constitucional declaró que la existencia de una discriminación a través de la desproporción del valor asignado como mérito concreto podía predeterminar el resultado de todo el concurso.

III. CONCLUSIONES

A juicio de esta Comisión:

1º.- La inclusión de la titulación de “arquitecto/a” como única titulación a valorar, dentro del criterio de valoración profesional prevista en el apartado 5 letra C2 de las prescripciones técnicas de la licitación objeto de reclamación, constituye una restricción de acceso a la actividad económica en el sentido del artículo 5 de la LGUM.

2º.- Dicha restricción no ha sido 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.

⁸ <https://www.boe.es/boe/dias/2012/03/28/pdfs/BOE-A-2012-4319.pdf>.

Es más, la normativa urbanística gallega prevé expresamente el principio de “multidisciplinariedad” en la redacción de los instrumentos urbanísticos y la intervención en el ámbito del urbanismo de otros profesionales distintos a los arquitectos, igualmente habilitados y entre los cuales se encuentran expresamente citados los ingenieros de caminos (véanse artículo 51 de Ley autonómica 2/2016 y artículos 85 y 245 de su Reglamento de desarrollo aprobado mediante Decreto 143/2016, de 22 de septiembre).

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 habiéndose justificado ni la necesidad ni la proporcionalidad de la restricción del criterio valorativo, debe considerarse que constituye una infracción de los principios de necesidad y proporcionalidad previstos en el artículo 5 de la LGUM, así como del principio de no discriminación del artículo 18 LGUM.