
INFORME DE 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

Expediente: UM/061/20

PLENO

Presidenta

D^a Cani Fernández Vicién

Vicepresidente

D. Ángel Torres Torres

Consejeros

D^a María Ortiz Aguilar
D. Mariano Bacigalupo Saggese
D^a María Pilar Canedo Arrillaga
D. Bernardo Lorenzo Almendros
D. Xavier Ormaetxea Garai
D^a Pilar Sánchez Núñez
D. Carlos Aguilar Paredes

Secretario del Consejo

D. Joaquim Hortalà i Vallvé

En Madrid, a 14 de octubre de 2020

I. ANTECEDENTES

Con fecha 29 de septiembre de 2020 tuvo entrada en la Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado (SECUM) una reclamación del Ilustre Colegio Oficial de Geólogos (ICOG) de las previstas en el artículo 26 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado (LGUM), en relación con dos contratos licitados por la Dirección General de Carreteras (expediente 330204672500¹ y expediente 330204674600²), que excluyen la intervención

¹ Contrato para la redacción de proyectos de trazado y construcción para la conexión directa entre la V-30 y la A-3 sentido Madrid salvando el nuevo cauce del río Turia

² Contrato para la mejora de la capacidad y funcionalidad del enlace entre la Autovía V-30 de acceso al Puerto de Valencia y la CV-30, margen derecha de la V-30

profesional de los graduados en geología o en ingeniería geológica en los mismos.

En concreto, el reclamante considera que el hecho de que dichas titulaciones no estén contempladas en los pliegos, supone una reserva de actividad no justificada que resulta contraria a la LGUM.

II. OBJETO DEL INFORME

Teniendo en cuenta la reclamación presentada, constituye el objeto de este informe el análisis de las condiciones de capacidad y solvencia técnica o profesional exigidas en los siguientes contratos licitados por la Dirección General de Carreteras:

- Contrato para la redacción de proyectos de trazado y construcción para la conexión directa entre la V-30 y la A-3 sentido Madrid salvando el nuevo cauce del río Turia
- Contrato para la mejora de la capacidad y funcionalidad del enlace entre la Autovía V-30 de acceso al Puerto de Valencia y la CV-30, margen derecha de la V-30

En ambos casos, los pliegos exigen estar en posesión de un Máster en Ingeniería de Caminos y de un Máster en Ingeniería Geológica para poder desarrollar las tareas de Jefe de Equipo y de Técnico excluyendo la posibilidad de que graduados en Geología o en Ingeniería Geológica, así como graduados en Ingeniería Civil y Territorial, puedan optar a dichos puestos.

III. 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 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.

Como ha tenido ocasión de señalar esta Comisión anteriormente, 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.

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. También en los informes sobre proyectos normativos, como el IPN/CNMC/008/16 sobre el proyecto de RD que aprueba los Estatutos del Colegio Oficial de Ingenieros de Montes.

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 está en consonancia con la jurisprudencia del Tribunal Supremo en la que se pone de manifiesto la prevalencia del principio de libertad de acceso con idoneidad sobre el de exclusividad o monopolio competencia⁴, añadiendo 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.

En esta misma línea se ha manifestado también la Audiencia Nacional⁵.

Finalmente, señalar que a nivel comunitario, el Tribunal de Justicia de la UE, también se ha manifestado contrario a las limitaciones basadas en reservas de actividad⁶.

III.2) Análisis de la normativa de aplicación.

III.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.

⁴ Entre otras, 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)

⁵ Por todas, Sentencia de 28 de noviembre de 2018 (recurso 757/18)

⁶ Por todas, Sentencia del TJUE de 7 de octubre de 2004 (C-255/01), en la que resolvió lo siguiente que, “[...] 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”.

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”.

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

Por lo que se refiere al supuesto concreto planteado en la reclamación, ha de analizarse si las condiciones de capacidad y solvencia técnica o profesional requeridas por el órgano de contratación implican una restricción profesional que afecte a la actividad de los geólogos.

En cuanto al primer contrato al que hace referencia la reclamación (expediente 330204672500), en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) y en el Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT), al establecer la solvencia técnica requerida para la redacción del estudio geotécnico (apartado 9.1 y 8.1 respectivamente), se exige que el Jefe de Equipo cuente con un Máster en ingeniería de caminos y que el Técnico, esté en posesión de un Máster en ingeniería geológica.

En la segunda licitación objeto de la reclamación (expediente 330204674600) se exigen los mismos requisitos en lo a la titulación se refiere (apartado 9.1 del PCAP y apartado 8.1 del PTT).

Las exigencias señaladas suponen, en la práctica, una limitación al ejercicio de la actividad, puesto que al determinar que es necesario estar en posesión de los másteres indicados, se está excluyendo de facto la posibilidad de que tanto los graduados en Geología como en ingeniería geológica, así como graduados en Ingeniería Civil y Territorial, puedan formar parte del equipo técnico y ocupar los puestos de Jefe de equipo y de Técnico.

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

El título de geología y las directrices generales de sus planes de estudio se encuentran regulados en el Real Decreto 1415/1990, de 26 de octubre, y en la Orden del Ministerio de Educación de 10 de diciembre 1993. 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”.

Por su parte, la regulación concreta de los estudios geotécnicos y geológicos se encuentra recogida en el Documento Básico SE-C (Seguridad Estructural – Cimientos), que desarrolla las previsiones del artículo 10 del Código Técnico de la Edificación (CTE), aprobado mediante Real Decreto 314/2006, de 17 de marzo, sin que se atribuya la competencia de la redacción de los mismos a ninguna titulación en concreto. En su lugar, se establece 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.

III.3) Análisis de la reclamación 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.

De acuerdo con lo dispuesto en el 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, siendo la actividad de Jefe de Equipo y Técnico prevista en las dos licitaciones objeto de la reclamación una actividad económica, le resulta de plena aplicación la LGUM.

Según el artículo 5 de la LGUM, cuando una autoridad competente establezca límites al acceso a una actividad económica o su ejercicio o exija el cumplimiento de requisitos para el desarrollo de la misma, “*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.*” Adicionalmente, cualquier limitación que se imponga deberá ser proporcionada 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.

Las razones imperiosas de interés general previstas en el artículo 3.11 de la Ley 17/2009 se definen como *“razón definida e protección interpretada la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, limitadas las siguientes: el orden público, la seguridad pública, la civil, la salud pública, la preservación del equilibrio financiero del régimen de Seguridad Social, la protección de los derechos, la seguridad y la salud de los consumidores, de los destinatarios de servicios y de los trabajadores, las exigencias de la buena fe en las transacciones comerciales, la lucha contra el fraude, la protección del medio ambiente y del entorno urbano, la sanidad animal, la propiedad intelectual e industrial, la conservación del patrimonio histórico y artístico nacional y los objetivos de la política social y cultural.”*

En el mismo sentido se pronuncia el artículo 4 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público que recoge los principios de intervención de las Administraciones Públicas para el desarrollo de una actividad.

Desde esta perspectiva, la exclusión de los profesionales técnicos capacitados (geólogos) para llevar a cabo una actividad que forma parte del objeto del contrato licitado (en este caso, actuar como Jefes de Equipo y Técnicos en la redacción de estudios de geotecnia) puede considerarse como una modalidad de restricción de acceso a dicha actividad.

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 injustificado⁷.

Ahora bien, incluso aunque en el supuesto objeto de análisis 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 de los principios 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 actuar como Jefe de Equipo y como Técnico en la redacción de estudios geotécnicos.

⁷ Así lo ha señalado, respecto a las reservas de actividad entre ingenieros y geólogos en sus Informes UM/019/17 de 1 de febrero de 2017, UM/142/17 de 13 de diciembre de 2017 y, más recientemente, en los Informes UM/064/18 de 12 de diciembre de 2018, UM/029/19 de 10 de abril de 2019 y UM/031/20 de 22 de julio de 2020

- Las competencias técnicas atribuidas a diversos profesionales, inclusive los graduados en geología e ingeniería geológicas, y no solo las competencias de los profesionales mencionados en los PCAP y PPT (Máster en Ingeniería de Caminos y Máster en Ingeniería Geológica) para actuar como Jefes de Equipos y como Técnicos en los estudios geotécnicos.
- La competencia, capacitación y experiencia técnicas específicas del profesional que se postule para actuar como Jefe de Equipo o como Técnico en la redacción de estudios geológicos o geotécnicos dentro de los proyectos objeto de licitación.

En atención a todo lo anterior, se puede concluir que la limitación establecida en los pliegos objeto de análisis resulta contraria al artículo 5 de la LGUM.

IV. CONCLUSIONES

1ª.- La exigencia de requisitos concretos de cualificación profesional (en este supuesto, las titulaciones de “máster en ingeniería de caminos” y “máster en ingeniería geológica”) para el desarrollo de la actividad de Jefe de Equipo y de Técnico de estudios geológicos o geotécnicos, como requisito de solvencia técnica en los contratos licitados por la Dirección General de Carreteras, 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.

3º.- 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, no excluyendo a otros profesionales igualmente capacitados para ello como, por ejemplo, los graduados en geología o en ingeniería geológica.

4º.- 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.

5º.- 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.