

INFORME 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, CON REFERENCIA A LA DECLARACIÓN POR PARTE DE LA MESA DE CONTRATACIÓN DEL AYUNTAMIENTO DE BINÉFAR QUE UN PROYECTO DE LAS OBRAS DE ACONDICIONAMIENTO Y AMPLIACIÓN DEL ALTILLO DE LAS OFICINAS DE LA BRIGADA MUNICIPAL, DIRECCIÓN DE LA OBRA Y COORDINACIÓN DE LA SEGURIDAD Y SALUD NO PUEDE SER SUSCRITO POR UN INGENIERO TÉCNICO INDUSTRIAL

Expediente: UM/037/21

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

D. Josep Maria Salas Prat

Secretario

D. Joaquim Hortalà i Vallvé

En Madrid, a 9 de junio de 2021

I. ANTECEDENTES Y OBJETO DEL INFORME

Mediante escrito presentado el día 28 de mayo de 2021 en el Registro General del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital, se ha planteado una reclamación al amparo del artículo 28 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado (LGUM) contra la Mesa de Contratación del Ayuntamiento de Binéfar (Aragón) de 28 de abril de 2021 de excluir de una licitación del procedimiento de contratación C-2020/2108 a una empresa de ingeniería por haber presentado un proyecto suscrito por un ingeniero técnico industrial y no por un arquitecto. El objeto del contrato licitado

es la redacción del proyecto de las obras de acondicionamiento y ampliación del altillo de las oficinas de la brigada municipal, dirección de la obra y coordinación de la seguridad y salud.

A juicio del reclamante, la mencionada exigencia resulta contraria al artículo 5 LGUM, porque vulneran el principio de necesidad y proporcionalidad al establecer indebidamente la exigencia de un requisito no previsto por el ordenamiento, concretamente, la titulación de arquitecto para redactar este tipo de proyectos.

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 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, 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.

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 proporcionalidad¹.

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 competencia², 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.

¹ 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.

² 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)

En esta misma línea se ha manifestado también la Audiencia Nacional³.

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 actividad⁴.

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 la edificación.

En lo que se refiere al marco regulador en materia de edificación, la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación (LOE), prevé en su artículo 10.2 que cuando el proyecto técnico tenga por objeto la construcción de edificios para, entre otros usos, el residencial, el arquitecto será el único profesional habilitado para realizarlo⁵.

³ Por todas, Sentencia de 28 de noviembre de 2018 (recurso 757/18)

⁴ 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 Estadomembro 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”.

⁵ Concretamente se efectúa una remisión a los usos indicados en el artículo 2.1.a) LOE, esto es, para los usos administrativo, sanitario, religioso, residencial en todas sus formas, docente y cultural.

La LOE opta por reservar las actividades más complejas del proceso edificativo (las que requieren proyecto de edificación) a los profesionales de la arquitectura cuando se trata de edificios con determinados usos, como el residencial. En concreto, la LOE exige proyecto para 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) *Todas las intervenciones sobre los edificios existentes, siempre y cuando alteren su configuración arquitectónica, entendiéndose 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.*

De la lectura conjunta de los artículos 2 y 10.2.a) de la LOE se desprende la existencia de una reserva legal a favor de los profesionales de la arquitectura para suscribir proyectos de nueva planta o bien de modificación sustancial o sobre obras que afecten edificios protegidos (p.ej. por razones histórico-artísticas), siempre que dichos proyectos se refieran a edificaciones destinadas a determinados usos (uso sanitario, religioso, residencial en todas sus formas, docente o cultural).

Fuera de estos casos legalmente tasados de reserva profesional, debe prevalecer siempre el principio de “libertad con idoneidad” del profesional técnico interviniente, principio que preside la doctrina del Tribunal Supremo, entre otras, en las anteriormente citadas Sentencias nº 2765/2016 de 22 de diciembre de 2016 (Recurso 177/2013) y nº 1756/2017 de 16 de noviembre de 2017 (RC 2343/2015).

II.2.3) Regulación autonómica y local de la actividad.

Por un lado, el artículo 238.2 del Decreto-Legislativo 1/2014, de 8 de julio, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Urbanismo de Aragón no recoge reserva legal alguna y habla únicamente de

“profesional competente”, efectuando una remisión a la LOE, cuya regulación se ha analizado en el apartado anterior:

*Las solicitudes de licencia o, en su caso, las declaraciones responsables, se presentarán acompañadas del **proyecto técnico redactado por profesional competente, en los supuestos en los que se determine por la normativa de ordenación de la edificación. El proyecto habrá de ir visado por el Colegio Profesional correspondiente en los casos pertinentes conforme a lo establecido en la normativa estatal aplicable.***

Por otro lado, el artículo 20 de las normas urbanísticas del Texto Refundido del Plan General de Ordenación Urbana (PGOU) vigente de Binéfar⁶ tampoco recoge reserva profesional alguna en los proyectos técnicos que deben adjuntarse con la solicitud de licencias constructivas, utilizándose la expresión “técnico competente” en un supuesto determinado:

*Será siempre exigible proyecto **suscrito por técnico competente** para la concesión de licencia para edificaciones prefabricadas, por considerarse obra mayor.*

Lo mismo sucede en el artículo 23 de dichas normas urbanísticas, precepto referido al procedimiento de otorgamiento de licencias:

*d) Si se hubiese presentado **proyecto, nombre del Técnico autor del mismo y fecha de visado por el Colegio Oficial correspondiente.***

II.2.4) Competencias profesionales de los ingenieros técnicos industriales.

El artículo 2.1.a) de la Ley 12/1986, de 1 de abril, sobre regulación de las atribuciones profesionales de los Arquitectos e Ingenieros técnicos, atribuye a los ingenieros técnicos industriales:

*La redacción y firma de **proyectos que tengan por objeto la construcción, reforma, reparación, conservación, demolición, fabricación, instalación, montaje o explotación de bienes muebles o inmuebles** en sus respectivos casos, tanto con carácter principal como accesorio, siempre que queden comprendidos por su naturaleza y características en la técnica propia de cada titulación.*

Por otro lado, la Orden CIN/351/2009, de 9 de febrero, que recoge las competencias de los ingenieros técnicos industriales, señala que se hallan capacitados para diseñar proyectos relativos a

⁶ <https://www.binefar.es/portal-de-transparencia/texto-refundido-del-pgou-19>.

*la **construcción**, reforma, reparación, conservación, demolición, fabricación, instalación, montaje o explotación de: **estructuras**, equipos mecánicos, instalaciones energéticas, instalaciones eléctricas y electrónicas, **instalaciones y plantas industriales** y procesos de fabricación y automatización.*

II.3) Análisis del asunto desde la perspectiva de los principios de necesidad y proporcionalidad de los artículos 5 de la Ley 20/2013 (LGUM), y 4 de la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP).

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 redactar proyectos de acondicionamiento y ampliación una actividad económica, le resulta de aplicación plena la LGUM.

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.

Y en el artículo 17 LGUM se prevé que:

1. Se podrá establecer la exigencia de una autorización siempre que concurren los principios de necesidad y proporcionalidad, que habrán de motivarse suficientemente en la Ley que establezca dicho régimen. Cuando el régimen de

autorización se exija por norma comunitaria o tratado internacional las autorizaciones podrán estar previstas en una norma de rango inferior a la Ley. Se considerará que concurren los principios de necesidad y proporcionalidad para la exigencia de una autorización:

a) Respecto a los operadores económicos, cuando esté justificado por razones de orden público, seguridad pública, salud pública o protección del medio ambiente en el lugar concreto donde se realiza la actividad, y estas razones no puedan salvaguardarse mediante la presentación de una declaración responsable o de una comunicación.

b) Respecto a las instalaciones o infraestructuras físicas necesarias para el ejercicio de actividades económicas, cuando sean susceptibles de generar daños sobre el medio ambiente y el entorno urbano, la seguridad o la salud pública y el patrimonio histórico-artístico, y estas razones no puedan salvaguardarse mediante la presentación de una declaración responsable o de una comunicación.

c) Cuando por la escasez de recursos naturales, la utilización de dominio público, la existencia de inequívocos impedimentos técnicos o en función de la existencia de servicios públicos sometidos a tarifas reguladas, el número de operadores económicos del mercado sea limitado.

d) Cuando así lo disponga la normativa de la Unión Europea o tratados y convenios internacionales, incluyendo la aplicación, en su caso, del principio de precaución.

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 este supuesto concreto, el acuerdo de la Mesa de Contratación del Ayuntamiento de Binéfar de 28 de abril de 2021 recoge la siguiente motivación:

*Los miembros de la mesa de contratación con conocimientos en la materia advierten al resto de miembros de que, en el caso concreto, **tratándose de un proyecto sobre la reforma de un almacén con uso de oficinas**, y de conformidad con todo lo dispuesto en la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, un Ingeniero Técnico Industrial no está capacitado para firmar un documento de proyecto como el del presente contrato, ni se le permite legalmente.*

El objeto del proyecto es la reforma o adecuación de un “almacén” esto es, no de una vivienda o residencia sino de un local. Tanto esta Comisión en su informe UM/003/18 de 07 de febrero de 2018⁷ como la SECUM en sus informes 28/18001 de 26 de marzo de 2018⁸ y 28/18003 de 27 de marzo de 2018⁹ han excluido la reserva legal a favor de profesionales de la arquitectura en el caso de reforma y acondicionamiento de locales. En cualquier caso, la Administración reclamada tampoco justifica su decisión en ninguna razón imperiosa de interés general.

Finalmente, y como ya se ha expuesto en este informe, ni la LOE ni la normativa autonómica y local (PGOU de Binéfar) aplicables recogen ninguna reserva legal a favor de los profesionales de la arquitectura para suscribir este tipo de proyectos.

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 arquitectura para la redacción de un proyecto de obras de acondicionamiento y ampliación de un altillo o almacén constituye una restricción de acceso a la actividad económica en el sentido del artículo 5 de la LGUM, así como del artículo 4 de la Ley 40/2015, de LRJSP.

⁷ <https://www.cnmc.es/node/367011>.

⁸ [https://portal.mineco.gob.es/es-es/economiaempresa/unidadmercado/gum/buscador/Paginas/28_0102_ACTIVIDADES_PR_OFESIONALES_-_Proyecto_acondicionamiento_de_local_\(Melilla\).aspx](https://portal.mineco.gob.es/es-es/economiaempresa/unidadmercado/gum/buscador/Paginas/28_0102_ACTIVIDADES_PR_OFESIONALES_-_Proyecto_acondicionamiento_de_local_(Melilla).aspx).

⁹ [https://portal.mineco.gob.es/es-es/economiaempresa/unidadmercado/gum/buscador/Paginas/28_0103_ACTIVIDADES_PR_OFESIONALES_-_Proyecto_acondicionamiento_de_local_\(Melilla\).aspx](https://portal.mineco.gob.es/es-es/economiaempresa/unidadmercado/gum/buscador/Paginas/28_0103_ACTIVIDADES_PR_OFESIONALES_-_Proyecto_acondicionamiento_de_local_(Melilla).aspx).

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.

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.- Ni la LOE ni la normativa autonómica aplicable (artículo 238.2 del Decreto-Legislativo 1/2014, de 8 de julio) ni tampoco el PGOU de Binéfar (arts.20 y 23 de normas urbanísticas del PGOU) recogen reserva legal alguna en este caso a favor de los profesionales de la arquitectura. Y es más, tanto esta Comisión en su informe UM/003/18 de 07 de febrero de 2018¹⁰ como la SECUM en sus informes 28/18001 de 26 de marzo de 2018¹¹ y 28/18003 de 27 de marzo de 2018¹² han excluido la reserva legal a favor de profesionales de la arquitectura en los supuestos de reforma y acondicionamiento de locales.

4º.- No habiéndose justificado ni la necesidad ni la proporcionalidad de la exigencia efectuada por la Mesa de Contratación de Binéfar, debe considerarse que el acto reclamado de 28 de abril de 2021 resulta contrario al artículo 5 de la LGUM, recomendándose al Ayuntamiento de Binéfar que incluya tanto en este procedimiento de contratación como en futuros procedimientos de licitación a empresas que cuenten con profesionales competentes para suscribir proyectos técnicos sin exigir una titulación determinada.

¹⁰ <https://www.cnmc.es/node/367011>.

¹¹ [https://portal.mineco.gob.es/es-es/economiayempresa/unidadmercado/gum/buscador/Paginas/28_0102_ACTIVIDADES_PR_OFESIONALES_-_Proyecto_acondicionamiento_de_local_\(Melilla\).aspx](https://portal.mineco.gob.es/es-es/economiayempresa/unidadmercado/gum/buscador/Paginas/28_0102_ACTIVIDADES_PR_OFESIONALES_-_Proyecto_acondicionamiento_de_local_(Melilla).aspx).

¹² [https://portal.mineco.gob.es/es-es/economiayempresa/unidadmercado/gum/buscador/Paginas/28_0103_ACTIVIDADES_PR_OFESIONALES_-_Proyecto_acondicionamiento_de_local_\(Melilla\).aspx](https://portal.mineco.gob.es/es-es/economiayempresa/unidadmercado/gum/buscador/Paginas/28_0103_ACTIVIDADES_PR_OFESIONALES_-_Proyecto_acondicionamiento_de_local_(Melilla).aspx).