

INFORME 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, CON REFERENCIA A LA RESERVA PROFESIONAL EN EL DESEMPEÑO DE FUNCIONES DE JEFE DE EQUIPO TÉCNICO DE GEOLOGÍA Y GEOTECNIA

Expediente: UM/091/21

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 del Consejo

D. Miguel Bordiu García-Ovies

En Madrid, a 3 de noviembre de 2021

I. ANTECEDENTES Y OBJETO DEL INFORME

Mediante escrito presentado el día 20 de octubre de 2021 en el Registro General del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital, se plantea 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 una licitación pública convocada por la Dirección General de Carreteras del Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana, de que profesionales que dispongan de un Máster en Ingeniería de Caminos puedan desempeñar las funciones de Jefe de Equipo Técnico de Geología y Geotecnia, excluyendo indebidamente a

otros profesionales como a los licenciados o graduados en Geología o a los ingenieros geólogos.

La SECUM ha dado traslado a la CNMC de la reclamación a los fines del artículo 28 de la LGUM.

II. OBJETO DE LA RECLAMACIÓN

Es objeto de reclamación la exigencia de una titulación de Máster en Ingeniería de Caminos, Canales y Puertos contenida en el apartado 9.1 del Cuadro de Características del Contrato en relación con el Anexo III del Pliego de Cláusulas Particulares del Contrato (PCAP), así como en el apartado 8.1 del Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT), del procedimiento de licitación del contrato servicios para la *“Redacción del proyecto de trazado y construcción de enlace de Robledo. Conexión de las autovías A-66 (Ruta de la Plata) y AS-II (autovía de la Industria), en la provincia de Asturias”*, convocado por la Dirección General de Carreteras¹.

En ambos apartados, para la función de “Jefe de Equipo” se exige vincular al contrato perfiles profesionales que dispongan de un Máster en Ingeniería de Caminos.

El reclamante considera que requerir única y exclusivamente la titulación de Máster en Ingeniería de Caminos, Canales y Puertos para desempeñar la citada función resulta contrario a los principios de necesidad y proporcionalidad del artículo 5 LGUM, al excluir a otros profesionales técnicos también capacitados para ello, como los licenciados o graduados en geología o en ingeniería geológica.

III. INCLUSIÓN DE LA ACTIVIDAD DE SERVICIOS TÉCNICOS EN EL ÁMBITO DE LA LGUM

El apartado b) del Anexo de la LGUM define las actividades económicas como: *“b) Actividad económica: 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”*.

La actividad objeto de la licitación ahora analizada, esto es, la prestación de servicios técnicos está incluida en el ámbito de aplicación de la LGUM, tal y como

1

https://contrataciondelestado.es/wps/portal/!ut/p/b0/04_Sj9CPYkssy0xPLMnMz0vMAfIjU1JTC3ly87KtUJLEnNyUuNzMpMzSxKTgQr0w_Wj9KMyU1zLcvQji8KCTQLdokoJzC31L00wSnfy1ywJzAm1t9Qtycx0Brwd3og!!.

dispone el artículo 2² y ha confirmado la Audiencia Nacional en numerosas sentencias³.

IV. ANÁLISIS DE LA RECLAMACIÓN DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA LGUM

En materia de acceso y ejercicio a las actividades económicas, el artículo 16 de la LGUM parte de un principio general de libre iniciativa económica: *“El acceso a las actividades económicas y su ejercicio será libre en todo el territorio nacional y sólo podrá limitarse conforme a lo establecido en esta Ley y a lo dispuesto en la normativa de la Unión Europea o en tratados y convenios internacionales”*.

Así pues, la libre iniciativa económica, que supone el libre acceso y ejercicio de la actividad, solo podrá limitarse, de forma excepcional, cuando exista una razón imperiosa de interés general que lo justifique, y cuando la limitación sea adecuada a dicha razón de interés general y sea asimismo la menos restrictiva posible, según el artículo 5 de la LGUM:

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.

Las razones imperiosas de interés general están previstas 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, en los siguientes términos: *“«Razón imperiosa de interés general»: razón definida e interpretada la jurisprudencia del Tribunal de Justicia*

² *“Esta Ley será de aplicación al acceso a actividades económicas en condiciones de mercado y su ejercicio por parte de operadores legalmente establecidos en cualquier lugar del territorio nacional.”*

³ Todas ellas relacionadas con las reservas profesionales, en materia de inspección técnica de edificaciones (entre ellas, la última Sentencia de 21 de octubre de 2020, PO 06/6/2018) así como también en los ámbitos de las licencias de segunda ocupación (véanse las dos Sentencias más recientes de 19 de febrero de 2021, recursos 06/344/2016 y 06/12/2017), estudios geológicos o geotécnicos (Sentencia de 04 de marzo de 2021, recurso 06/02/2018) y proyectos de piscinas (Sentencia de 10 de mayo de 2021, recurso 06/07/2019).

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".

Finalmente, a tenor del artículo 9 de la Ley las autoridades competentes deberán garantizar que respetan los principios de la LGUM en todas sus actuaciones:

1. Todas las autoridades competentes velarán, en las actuaciones administrativas, disposiciones y medios de intervención adoptados en su ámbito de actuación, por la observancia de los principios de no discriminación, cooperación y confianza mutua, necesidad y proporcionalidad de sus actuaciones, eficacia en todo el territorio nacional de las mismas, simplificación de cargas y transparencia.

2. En particular, garantizarán que las siguientes disposiciones y actos cumplen los principios citados en el apartado anterior:

a) Las disposiciones de carácter general que regulen una determinada actividad económica o incidan en ella.

b) Las autorizaciones, licencias y concesiones administrativas, así como los requisitos para su otorgamiento, los exigibles para el ejercicio de las actividades económicas, para la producción o distribución de bienes o para la prestación de servicios y aquellas materias que versen sobre el ejercicio de la potestad sancionadora o autorizadora en materia económica.

Por lo que se refiere a la reclamación objeto del presente informe, según se desprende de la cláusula 9.1 del PCAP, la Administración reclamada considera que únicamente los profesionales que ostenten la titulación de Máster en Ingeniería de Caminos, Canales y Puertos pueden desempeñar la función de Jefe de Equipo Técnico de Geología y Geotecnia.

Respecto al principio de "libertad con idoneidad" del profesional técnico interviniente, ha de indicarse que este principio preside la jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de competencias técnicas, y, además, ha sido confirmado en diversas sentencias⁴.

En este mismo sentido, se han pronunciado también en anteriores ocasiones, tanto esta Comisión en su Informe [UM/081/20](#) de 27 de enero de 2021, como la

⁴ Por todas, la sentencia de 22 de diciembre de 2016 (recurso 177/2013)

SECUM en sus [Informes 28/17020](#) de 18 de diciembre de 2017 y [26/20048](#) de 27 de enero de 2021.

Finalmente, ha de indicarse que, en materia de realización de estudios geológicos y geotécnicos, la Audiencia Nacional se ha pronunciado expresamente contra la existencia de una reserva legal en su [Sentencia de 4 de marzo de 2021](#) (recurso 2/2018).

En virtud de lo expuesto, no habiéndose justificado ni la necesidad ni la proporcionalidad de la exigencia de disponer de la titulación de Máster en Ingeniería de Camios para desempeñar las funciones de Jefe de Equipo Técnico de Geología y Geotecnia, debe concluirse que dicha exigencia objeto de reclamación resulta contraria al artículo 5 de la LGUM.

V. CONCLUSIONES

1ª.- El establecimiento de una reserva profesional a favor de una determinada titulación para poder desempeñar las funciones de Jefe de Equipo Técnico de Geología y Geotecnia, excluyendo a otros profesionales con conocimientos en la materia constituye una restricción de acceso a la actividad económica en el sentido del artículo 5 de la LGUM.

2ª.- 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 (en este supuesto, Máster en Ingeniería de Caminos), optando por vincularla a la capacitación técnica y experiencia de cada profesional.

3ª.- Por ello, no habiéndose justificado ni la necesidad ni la proporcionalidad de la exigencia efectuada debe considerarse contraria al artículo 5 de la LGUM.