

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 LA DIRECCIÓN FACULTATIVA DE LAS OBRAS DE REFORMA DE LA INSTALACIÓN DE CLIMATIZACIÓN DE UN MUSEO

Expediente: UM/004/22

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 25 de enero de 2022

I. ANTECEDENTES Y OBJETO DEL INFORME

Mediante escrito presentado el día 13 de enero de 2022 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 por parte de los pliegos de prescripciones técnicas de un contrato licitado por el Ministerio de Cultura y Deporte de que el profesional encargado de la Dirección facultativa completa y la coordinación de seguridad y salud de las obras de reforma de la instalación de climatización de la sala principal del Museo Nacional de Arte

Romano de Mérida (Badajoz, Extremadura)¹ deba tener, necesariamente, la titulación de ingeniería industrial y rechazándose la intervención de otros profesionales como los ingenieros técnicos o peritos industriales.

La SECUM ha dado traslado a la CNMC de la reclamación a los fines del artículo 26 de la LGUM.

II. OBJETO DE LA RECLAMACIÓN

Es objeto de reclamación la exigencia recogida en el apartado 4.2 del pliego de prescripciones técnicas particulares que han de regir el contrato de servicio para la dirección facultativa completa y coordinación de seguridad y salud de las obras de reforma de la instalación de climatización de la sala principal del museo nacional de arte romano en Mérida (Badajoz) por procedimiento abierto simplificado, licitado por el Ministerio de Cultura y Deporte². En el citado apartado 4.2 se establece lo siguiente:

El equipo que formará parte de la dirección de obra será:

- Director de Obra: Técnico con titulación de Ingeniero Industrial

- Director de Ejecución material: Técnico con titulación de Ingeniero técnico, Arquitecto Técnico o Aparejador.

DIRECTOR DE OBRA

Dichas funciones serán ejercidas por el Ingeniero Industrial, le corresponde la dirección del desarrollo de las obras en los aspectos técnicos, estéticos, urbanísticos y medioambientales, de conformidad con el proyecto que las define, la Licencia de Edificación y demás autorizaciones preceptivas y las condiciones del contrato suscrito para su ejecución, con el objeto de asegurar su adecuación al fin propuesto. Conforme al TRLCSP y al Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, le corresponden las atribuciones y obligaciones correspondientes al director de las obras.

El reclamante considera que dicho requisito resulta contrario a los principios de necesidad y proporcionalidad del artículo 5 LGUM, al excluir a otros

1

https://contrataciondelestado.es/wps/portal!/ut/p/b0/04_Sj9CPykssy0xPLMnMz0vMAfijU1JT_C3ly87KtUIJLEnNyUuNzMpMzSxKTgQr0w_Wj9KMyU1zLcvQjA0LLzclKvTwNMkzLlvNCsgP_9DFQNohxtbfULcnMdATdwNfk!/

2

https://contrataciondelestado.es/wps/portal!/ut/p/b0/04_Sj9CPykssy0xPLMnMz0vMAfijU1JT_C3ly87KtUIJLEnNyUuNzMpMzSxKTgQr0w_Wj9KMyU1zLcvQjA0LLzclKvTwNMkzLlvNCsgP_9DFQNohxtbfULcnMdATdwNfk!/

profesionales técnicos también capacitados para ello, como, por ejemplo, los titulados en ingeniería técnica industrial.

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 dispone el artículo 2³ y ha confirmado la Audiencia Nacional en numerosas sentencias⁴.

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

³ *“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.”*

⁴ Por todas, sentencia de 21 de octubre de 2020 (Rec. 6/2018)

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 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 del apartado 4.2 del pliego de prescripciones técnicas particulares que han de regir el contrato de servicio para la dirección facultativa completa y coordinación de seguridad y salud de las obras de reforma de la instalación de climatización de la sala principal del museo nacional de arte romano en Mérida,

la Administración licitante reclamada considera que únicamente los profesionales que ostenten la titulación de ingeniero superior industrial pueden desempeñar la Dirección de las obras de reforma de la instalación de climatización de la sala principal del mencionado museo.

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 sentencias⁵.

En este mismo sentido se ha pronunciado esta Comisión en los conflictos de competencias entre titulaciones técnicas y titulaciones superiores, como, por ejemplo, entre arquitectos superiores y arquitectos técnicos o aparejadores. Entre otras, pueden citarse, especialmente, los Informes [UM/047/18](#) de 12 de septiembre de 2018, [UM/008/19](#) de 13 de marzo de 2019 y [UM/020/20](#) de 29 de abril de 2020.

Así, en el último de los informes citados, el Informe [UM/020/20](#) de 29 de abril de 2020, esta Comisión ya declaró que:

Con respecto a las competencias entre arquitectos y aparejadores o arquitectos técnicos, esta Comisión se ha pronunciado, entre otros, en sus Informes UM/045/15 de 31 de agosto de 2015, UM/047/18 de 12 de septiembre de 2018 y UM/004/19 de 13 de febrero de 2019, indicando en ellos que no basta con una manifestación general de la Administración de que existen “intervenciones a nivel estructural y de fachada que precisan de un arquitecto”, sino que debe concretarse de qué intervenciones se trata y que las mismas implican una “variación esencial del conjunto del sistema estructural”, tal y como se exige en la reserva legal del artículo 2.2.b) LOE, sin establecer afirmaciones o criterios apriorísticos.

Con relación a las instalaciones de climatización, la regulación vigente constituida por el Real Decreto 1027/2007, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Instalaciones Térmicas en los Edificios (RITE)⁶, se refiere a la figura del “titulado competente” sin exigir una titulación concreta (artículos 16 y 19.2).

En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de mayo de 2010 (recurso 181/2007) en su FJ 4º, rechaza expresamente la existencia de una

⁵ Por todas, la sentencia de 22 de diciembre de 2016 (recurso 177/2013)

⁶ El artículo 2.1 del Reglamento de Instalaciones Térmicas de los Edificios incluye en su ámbito: las instalaciones fijas de climatización (calefacción, refrigeración y ventilación) destinadas a atender la demanda de bienestar térmico e higiene de las personas, o las instalaciones destinadas a la producción de agua caliente sanitaria (ACS), incluidas las interconexiones a redes urbanas de calefacción o refrigeración y los sistemas de automatización y control.

reserva legal favorable a los ingenieros superiores industriales en la redacción y dirección de proyectos de instalaciones térmicas de edificaciones:

*Debemos rechazar que las disposiciones reglamentarias recurridas quebranten el principio de especialidad en el ejercicio profesional o los principios de idoneidad y capacitación técnica, puesto que del contenido de la norma no se infiere, como propugna el Consejo General demandante, que se haya atribuido sin límite las competencias, respecto de las instalaciones térmicas en edificios, para redactar el proyecto o la memoria técnica, o realizar actividades de dirección, ejecución y control y de mantenimiento, al elenco de ingenieros existentes, sino, como hemos expuesto, **se reconoce a aquellos ingenieros que, de acuerdo con su formación, poseen la capacidad técnica cualificada, atendiendo a la naturaleza del sector industrial afectado.***

*En este sentido, resultan ilustrativas las conclusiones formuladas por el perito forense designado en estas actuaciones, que considera que **no procede realizar una asimilación entre el concepto de «técnico titulado competente» e Ingeniero Industrial**, al deber discriminar quien es el profesional cualificado competente en razón de las distintas actividades requeridas por la disposición reglamentaria enjuiciada, en relación con las instalaciones térmicas de los edificios.*

En virtud de lo expuesto, no habiéndose justificado ni la necesidad ni la proporcionalidad de la exigencia de disponer de la titulación de ingeniero industrial para dirigir las obras de reforma de la instalación de climatización de la sala principal del Museo Nacional de Arte Romano de Mérida, debe concluirse que dicha exigencia objeto de reclamación resulta contraria al artículo 5 de la LGUM.

V. CONCLUSIONES

- 1) El establecimiento de una reserva profesional a favor de los titulados en ingeniería superior industrial para poder dirigir las obras de reforma de la instalación de climatización de un museo, 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.
- 2) 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.
- 3) 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, título de ingeniero industrial superior), optando por vincularla a la capacitación técnica y experiencia de cada profesional. Por ello, no habiéndose justificado ni la necesidad ni la proporcionalidad de la exigencia efectuada debe considerarse contraria al artículo 5 de la LGUM.