

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, CONTRA EL PLIEGO DE PRESCRIPCIONES TÉCNICAS PARTICULARES DEL CONTRATO DE SERVICIOS DE ALUMBRADO PÚBLICO DEL AYUNTAMIENTO DE MADRID

Expediente: UM/060/22

CONSEJO. 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. Xabier 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 26 de julio de 2022

I. ANTECEDENTES Y OBJETO DEL INFORME

Mediante escrito presentado el 6 de julio de 2022 en el Registro General del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital, el Colegio Oficial de Ingenieros Técnicos Industriales de Madrid plantea una reclamación al amparo del art. 26 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de mercado (LGUM, en adelante), contra la reserva profesional contenida en el Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares (PPTP, en lo sucesivo) que rige el contrato de servicios de alumbrado público del Ayuntamiento de Madrid (expediente núm. 300/2021/00702¹, publicado el 28 de junio de 2022), según la cual únicamente los ingenieros de caminos y los ingenieros industriales pueden desempeñar las funciones de Delegado y de Jefe de Servicio de instalaciones y conservación de alumbrado público.

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

II. OBJETO DE LA RECLAMACIÓN

Es objeto de reclamación la reserva profesional incluida en los apartados 4.1.1 y 4.1.2 del PPTP del contrato de servicios de alumbrado público del Ayuntamiento de Madrid (expediente núm. 300/2021/00702², publicado el 28 de junio de 2022).

Por un lado, en el primer inciso del apartado 4.1.1 del PPTP (página 96 del documento) se dice:

*“El adjudicatario designará expresamente un Delegado que **deberá estar en posesión del título de Ingeniero de Caminos, Canales y Puertos o equivalente** y que contará con experiencia acreditada superior a 10 años en la gestión de contratos*

¹ https://contrataciondelestado.es/wps/wcm/connect/e838b98f-ec84-4ddc-a106-bc66ff1e1a26/DOC_CD2022-896514.html?MOD=AJPERES.

² https://contrataciondelestado.es/wps/wcm/connect/e838b98f-ec84-4ddc-a106-bc66ff1e1a26/DOC_CD2022-896514.html?MOD=AJPERES.

de conservación, mantenimiento o renovación de instalaciones urbanas similares a las del objeto de este contrato.”

Por otro lado, en el segundo inciso del apartado 4.1.2 del PPTP (página 97 del documento) se prevé:

*“Los jefes de Servicio **deberán tener la titulación de Ingeniero Industrial o equivalente o de Ingeniero de Caminos, Canales y Puertos o equivalente** y contarán con experiencia acreditada superior a 6 años como responsables de labores de conservación y mantenimiento de alumbrado público.”*

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

El art. 2 LGUM delimita su ámbito de aplicación en los términos que siguen:

“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.”

El concepto de “actividad económica” es definido en el apartado b) del anexo de la LGUM como *“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 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

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.”

y han indicado la Audiencia Nacional⁴ y el Tribunal Supremo⁵ en distintas sentencias dictadas hasta la fecha en materia de reservas profesionales.

IV. ANÁLISIS DE LA RECLAMACIÓN DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA NORMATIVA RELATIVA A INSTALACIONES ELÉCTRICAS

En el apartado 2.1.1 (páginas 9 a 11) del PPTP se especifica la normativa técnica a cumplir por parte del contratista. Entre las disposiciones más destacadas que deben observarse se hallan los reglamentos electrotécnicos de baja y alta tensión.

El Reglamento electrotécnico para baja tensión, aprobado por el Real Decreto 842/2002, de 2 de agosto, prevé que para la ejecución y puesta en servicio de las instalaciones de baja tensión se requiere en todos los casos la elaboración de una documentación técnica, en forma de proyecto o memoria, según las características de aquéllas, y el registro en la correspondiente Comunidad Autónoma.

La Instrucción Técnica complementaria que se refiere a la documentación y puesta en marcha de las instalaciones, ITC-BT-04, dictada en desarrollo del art. 18 del citado Reglamento, dispone en su apartado 2.1 que cuando la instalación precise proyecto, éste deberá ser redactado y firmado *“por técnico titulado competente, quien serán directamente responsable de que el mismo se adapte a las disposiciones reglamentarias”*. Asimismo, su ejecución deberá contar con

⁴ 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).

⁵ Sentencia de 13 de diciembre de 2021 (RCA 4486/2019), Sentencia núm. 31/2022 de 18 de enero de 2022 (RCA 3674/2019) así como las posteriores Sentencias núm.324/2022 (RC 2470/2019) y núm. 317/2022 (RC 1082/2021), ambas de 14 de marzo de 2022, y la Sentencia núm.356/2022 de 21 de marzo de 2022 (RC 8116/2020).

la dirección de un “*técnico titulado competente*”, de acuerdo con el apartado 5.1 de la citada ITC-BT-04.

Por su parte, el art. 12 del Reglamento sobre condiciones técnicas y garantías de seguridad en instalaciones eléctricas de alta tensión (Real Decreto 337/2014, de 9 de mayo), señala que el proyecto deberá estar suscrito por técnico titulado competente para la realización de toda clase de instalaciones de alta tensión, sin exigirse una titulación concreta. Tampoco se recoge exigencia concreta en la Instrucción Técnica Complementaria ITC-RAT 20, sobre anteproyectos y proyectos técnicos.

De lo anterior se concluye que la normativa aplicable al diseño y ejecución de instalaciones eléctricas de alta y baja tensión no contiene una reserva de actividad específica a favor de ninguna titulación concreta dentro de los estudios técnicos.

En este caso se da la circunstancia, además, de que no es objeto de licitación la redacción de un proyecto técnico de nuevas instalaciones de alumbrado público ni de su renovación (como fue el caso del UM/139/17 de 22 de noviembre de 2017⁶), sino que se trata de su conservación y mantenimiento.

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

En materia de acceso y ejercicio a las actividades económicas, el art. 16 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

⁶ <https://www.cnmc.es/expedientes/um13917>.

adecuada a dicha razón de interés general y sea asimismo la menos restrictiva posible, según el art. 5 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 art. 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”.

Por lo que se refiere a la reclamación objeto del presente informe, se denuncia que en los apartados 4.1.1 y 4.1.2 del PPTP del contrato de servicios de alumbrado público del Ayuntamiento de Madrid (expediente núm. 300/2021/00702⁷) únicamente los ingenieros de caminos y los ingenieros

⁷ https://contrataciondelestado.es/wps/wcm/connect/e838b98f-ec84-4ddc-a106-bc66ff1e1a26/DOC_CD2022-896514.html?MOD=AJPERES.

industriales pueden desempeñar las funciones de Delegado y Jefe de Servicio de instalaciones y conservación de alumbrado público, no pudiendo ejercer dichas funciones otros profesionales, como los ingenieros técnicos industriales.

De acuerdo con el PPTP, el “*Delegado*” representará al adjudicatario ante el Ayuntamiento de Madrid en todo lo que concierne al servicio y deberá tener poder suficiente para tomar las decisiones que exige la ejecución del contrato y, entre ellas, velar por el cumplimiento de la normativa vigente aplicable, de las condiciones contractuales, de las condiciones impuestas y en las normas de seguridad y salud en las actuaciones de conservación y mantenimiento y, de forma especial, en la señalización en calzada y aceras, así como elaborar un informe mensual sobre distintos aspectos de la ejecución del contrato (incidencias sufridas por el alumbrado, resultados de controles de calidad, etc..).

Asimismo, los *jefes de instalaciones y de conservación* serán los responsables para atender incidencias, emergencias o actuaciones extraordinarias las 24 horas del día todos los días del año.

Respecto al principio de “libertad con idoneidad” de los profesionales técnicos intervinientes, ha de indicarse que este principio preside la jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de competencias técnicas, y, además, ha sido confirmado en diversas sentencias⁸.

Por un lado, la única excepción al mencionado principio de “libertad con idoneidad” lo constituye, hasta el momento, la reserva profesional a favor de los arquitectos y arquitectos técnicos en relación con la redacción y expedición de proyectos y certificados técnicos referidos a edificaciones residenciales (viviendas) y usos asimilados al residencial (administrativo, sanitario, religioso, docente y cultural), reserva reconocida por el Tribunal Supremo en cinco sentencias dictadas entre los meses de diciembre de 2021 y marzo de 2022⁹.

⁸ Entre ellas, las sentencias de 22 de diciembre de 2011 (RC 1022/2009), 20 de febrero de 2012 (RC 2208/2010) y 22 de diciembre de 2016 (recurso 177/2013).

⁹ Sentencia de 13 de diciembre de 2021 (RCA 4486/2019), Sentencia núm. 31/2022 de 18 de enero de 2022 (RCA 3674/2019) así como las posteriores Sentencias núm.324/2022 (RC

Dicha reserva, según las sentencias mencionadas, estaría basada en los arts. 2 y 10 de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación (LOE, en adelante), y en la existencia de una razón imperiosa de interés general de protección de la seguridad de las personas del art. 3.11 de la Ley 17/2009, en relación con el art. 5 LGUM.

Por otro lado, el mismo Tribunal Supremo, respecto al deslinde competencial entre ingenieros (antes ingenieros superiores) e ingenieros técnicos, ha señalado, entre otras, en sus Sentencias de 9 de julio de 2009 (rec. 2854/2007) y de 15 de noviembre de 2021 (rec. 6706/2020), que la atribución a una titulación u otra dependerá de la complejidad y envergadura del proyecto técnico¹⁰. En este supuesto, sin embargo, el objeto del contrato no es la redacción de ningún proyecto técnico de nuevas instalaciones de alumbrado público¹¹, sino que de acuerdo con el apartado 1 del PPTP¹² se trata de ***“la realización de las actuaciones necesarias para la correcta conservación y mantenimiento de las instalaciones de alumbrado público de la ciudad de Madrid, el mantenimiento preventivo y correctivo de las citadas instalaciones, los trabajos de verificación y vigilancia del estado del servicio, la atención a incidencias, el control de la energía consumida, el mantenimiento y conservación del***

2470/2019) y núm. 317/2022 (RC 1082/2021), ambas de 14 de marzo de 2022, y la Sentencia núm.356/2022 de 21 de marzo de 2022 (RC 8116/2020).

¹⁰ Fundamento quinto de la STS 1328/2021, de 15 de noviembre de 2021 (RC 6706/2020): *“...en primer lugar, constatar cuáles son los conocimientos técnicos que resultan necesarios o inexcusables para realizar profesionalmente ese proyecto o trabajo; y, en segundo lugar, determinar si están comprendidos en las enseñanzas que hayan sido cursadas para la obtención del título de que se trate”, siendo procedente ponderarla complejidad y envergadura del proyecto de que se trate “en el sentido de que cuando el trabajo profesional presente esas notas o características es más obligada la constatación de si concurren o no los conocimientos que resultan necesarios, porque existen intereses públicos y particulares concernidos que trascienden de los intereses profesionales del titulado de que se trate”.*

¹¹ Así, en la STS 1664/1991 de 20 de marzo de 1991, el Tribunal Supremo atribuye a los Ingenieros de Caminos, además de los ingenieros industriales superiores, la competencia para redactar proyectos de instalaciones de alumbrado público.

¹² Aplicable por remisión expresa de la cláusula 5 del PCAP.

equipamiento tecnológico del sistema de telecontrol, desde donde se realiza de forma centralizada la vigilancia y seguimiento de la totalidad de las instalaciones de alumbrado público y la detección de incidencias, la adecuación a normativa de las instalaciones de alumbrado público existentes así como la ejecución de instalaciones temporales en apoyo a actividades culturales.”

Así, en el anterior informe de esta Comisión UM/139/17, de 22 de noviembre de 2017¹³, relativo al Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares de la licitación de un contrato para la redacción y dirección de un proyecto de renovación de alumbrado público exterior (y, por tanto, no únicamente de mantenimiento), además de las competencias de los ingenieros industriales, ingenieros técnicos industriales y los ingenieros técnicos en electricidad también se reconocía la competencia de los ingenieros técnicos de telecomunicaciones para actuar profesionalmente en el proyecto.

En virtud de lo expuesto, no habiéndose justificado en este caso ni la necesidad ni la proporcionalidad de privar a los ingenieros técnicos industriales de la competencia para actuar como delegados o jefes de servicio, debe concluirse que la exclusión objeto de reclamación resulta contraria al art. 5 de la LGUM.

VI. CONCLUSIONES

1ª.- El establecimiento de una reserva profesional favorable a los ingenieros de caminos, canales y puertos y a los ingenieros industriales para actuar como delegados o jefes de servicio de instalaciones y conservación en el PPTP que rige el contrato de servicios de alumbrado público del Ayuntamiento de Madrid (expediente núm. 300/2021/00702¹⁴, publicado el 28 de junio de 2022) constituye una restricción de acceso a la actividad económica en el sentido del art. 5 LGUM.

¹³ <https://www.cnmc.es/expedientes/um13917>.

¹⁴ https://contrataciondelestado.es/wps/wcm/connect/e838b98f-ec84-4ddc-a106-bc66ff1e1a26/DOC_CD2022-896514.html?MOD=AJPERES.

2ª.- Dicha restricción no ha sido fundada por la Administración contratante en ninguna de las razones imperiosas de interés general que contempla el art. 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 evitarse vincular una reserva de actividad a una titulación o a titulaciones concretas, optando por vincularla a la capacitación técnica y experiencia de cada profesional.

3ª.- Dado que no se ha justificado ni la necesidad ni la proporcionalidad de la reserva profesional, ésta debe considerarse contraria al art. 5 LGUM, habiéndose señalado así anteriormente en un supuesto análogo en el Informe UM/139/17, de 22 de noviembre de 2017¹⁵.

¹⁵ <https://www.cnmc.es/expedientes/um13917>.