

INFORME SOBRE LA INFORMACIÓN PRESENTADA, AL AMPARO DEL ARTÍCULO 28 DE LA LEY 20/2013, DE 9 DE DICIEMBRE, DE GARANTÍA DE LA UNIDAD DE MERCADO, EN RELACIÓN CON LA RESERVA PROFESIONAL ESTABLECIDA A FAVOR DE LOS INGENIEROS INDUSTRIALES COMO REQUISITO PARA LA ADJUDICACIÓN POR EL AYUNTAMIENTO DE LEÓN DE UN CONTRATO MENOR.

Expediente: UM/066/22

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. 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 6 de septiembre de 2022.

I. ANTECEDENTES Y OBJETO DEL INFORME.

Mediante escrito presentado el 3 de agosto de 2022 en el Registro electrónico del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital, el Colegio Oficial de Ingenieros Técnicos de Minas de Madrid, Ávila, Cuenca, Guadalajara,

Segovia, Salamanca, Toledo y Zamora (COIMT, en lo sucesivo) aporta información, al amparo del art. 28 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de mercado (LGUM, en adelante), sobre los obstáculos a la aplicación de esta norma que se derivan de la reserva profesional exigida por el Ayuntamiento de León en un contrato menor a favor de las personas que dispongan del título de Ingeniería Industrial.

Conforme a lo dispuesto en el apartado 2 del citado art. 28 LGUM, la Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado (SECUM) ha dado traslado a esta Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) de la información presentada el 8 de agosto de 2022.

El referido contrato tiene por objeto *“la asistencia técnica para la documentación necesaria para contratar una empresa para efectuar una asistencia técnica para la realización de la coordinación de seguridad y salud laboral de diversas obras municipales”*, y el requisito controvertido se configura en los términos que siguen:

“4.- Requisitos profesionales, funciones y competencias de la asistencia técnica.

La asistencia técnica deberá contar con la participación de un Ingeniero Industrial (técnico o superior) y master en prevención de riesgos laborales o curso equivalente (mínimo de 600 horas), con, al menos, 10 años de experiencia en la redacción de documentos técnicos de este tipo, será objeto de exclusión no presentar una declaración responsable de haber realizado al menos un documento de este tipo en el último año. Este profesional habrá de firmar el documento como autor y responsable del mismo.”

II. INCLUSIÓN DE LA ACTIVIDAD 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”*.

De acuerdo con lo expuesto, resulta indudable que la prestación que constituye el objeto del contrato analizado (*“la asistencia técnica para la documentación necesaria para contratar una empresa para efectuar una asistencia técnica para la realización de la coordinación de seguridad y salud laboral de diversas obras municipales”*) constituye una actividad incluida en el ámbito de aplicación de la LGUM, pues implica la ordenación de medios personales y materiales por cuenta del contratista con la finalidad de prestar un servicio.

III. ANÁLISIS DE LA INFORMACIÓN PROPORCIONADA.

En materia de acceso y ejercicio a las actividades económicas, el art. 16 LGUM parte de un principio general de libre iniciativa económica. El tenor literal del precepto citado es el siguiente:

“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. En este sentido, dispone 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, según el cual:

“«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.”

Al analizar desde esta perspectiva la reserva del ejercicio de ciertas actividades en favor de unos concretos profesionales, lo que constituye una restricción al acceso a tales actividades al excluir a quienes no se hallen en

posesión de la titulación requerida, la Sala Tercera del Tribunal Supremo ha defendido, entre otras, en su Sentencia de 18 de enero de 2022 (rec. 3674/2019), la prevalencia del principio de “libertad de acceso con idoneidad” sobre el de exclusividad y monopolio competencial, precisando que *“la exigencia de idoneidad para el ejercicio de la función ha de ser puesta en relación con el desempeño de la actividad concreta.”*

Centrándonos ya en el caso que nos ocupa, no nos consta que la Administración contratante (Ayuntamiento de León) haya justificado que la exigencia de participación de un Ingeniero Industrial (técnico o superior) en la asistencia técnica que representa el objeto del contrato que pretende celebrar se fundamenta en una razón imperiosa de interés general, ni, por ende, que la restricción introducida es proporcionada a esa supuesta razón imperiosa de interés general. Tampoco nos consta que la reserva de la actividad comentada a favor de los ingenieros industriales derive de lo previsto en una norma.

En consecuencia, dado que no se ha justificado ni la necesidad ni la proporcionalidad de la reserva profesional, ésta debe considerarse contraria a los arts. 5 y 16 LGUM, no existiendo a priori motivos que amparen la exigencia de que en la asistencia técnica que se pretende contratar participe una persona que haya obtenido el título de Ingeniería Industrial.

En el mismo sentido se ha pronunciado esta Comisión en asuntos análogos al presente, tales como el Informe UM/139/17, de 22 de noviembre de 2017, o el más reciente Informe UM/060/22, de 26 de julio de 2022.

IV. CONCLUSIÓN.

1ª.- El requisito consistente en que en la asistencia técnica que constituye el objeto del contrato menor que pretende celebrar el Ayuntamiento de León participe un Ingeniero Industrial (técnico o superior) constituye una restricción al acceso a la actividad en el sentido del art. 5 LGUM.

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.

3ª.- Dado que no se ha justificado ni la necesidad ni la proporcionalidad de la reserva profesional, ésta debe considerarse contraria a los arts. 5 y 16 LGUM.