

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 RESERVA PROFESIONAL EN EL DESEMPEÑO DE FUNCIONES DE COORDINADOR DE SEGURIDAD Y SALUD

Expediente: UM/090/21

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 17 de noviembre de 2021

I. ANTECEDENTES Y OBJETO DEL INFORME

Mediante escrito presentado el día 18 de octubre de 2021 en el Registro General del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital, se plantea 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 consideración, en una licitación pública, por parte de la Agencia Pública Andaluza de Educación, dependiente de la Consejería de Educación y Deporte de la Junta de Andalucía, de que únicamente los arquitectos o arquitectos técnicos puedan desempeñar funciones de coordinador de seguridad y salud.

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 notificación de subsanación efectuada el 5 de agosto de 2021 por la Agencia Pública Andaluza de Educación (Consejería de Educación y Deporte de la Junta de Andalucía) en el marco del expediente de contratación relativo al servicio para la dirección de obra, dirección de ejecución y coordinación de seguridad y salud para la ampliación de espacios educativos a un modelo tipo C2 en el CEIP ISDABE del Mar de Cancelada (Estepona, Málaga).

En dicho requerimiento se informa al reclamante acerca de la falta de cumplimiento de los requisitos para poder desempeñar tareas de coordinador de seguridad y salud, al ser las titulaciones de arquitecto o arquitecto técnico las únicas posibles, tal y como consta en el pliego de cláusulas administrativas particulares.

El reclamante, estima que requerir dicha titulación para desempeñar las funciones de coordinador de seguridad y salud en detrimento de otras titulaciones -como la ingeniería técnica industrial- 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 ingenieros técnicos industriales.

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 2¹ y ha confirmado la Audiencia Nacional en numerosas sentencias².

¹ *“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.”*

² Por todas, sentencia de la Sala de lo C-A de la Audiencia Nacional de 21 de octubre de 2020, (rec. 6/2018).

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 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 requerimiento o notificación de subsanación por la Agencia Pública Andaluza de Educación, la Administración reclamada considera que los ingenieros técnicos industriales no son, a priori, competentes para desempeñar las funciones de coordinador de seguridad y salud.

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 sentencias³.

Por su parte, como ha declarado la Audiencia Nacional en varias sentencias⁴, los artículos 2 y 10 de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación (LOE) establecen una reserva legal a favor de los profesionales de la arquitectura para la elaboración de proyectos de edificación de uso residencial relativos a nueva construcción, modificación con alteración de la configuración arquitectónica o con cambio de uso e intervención total en edificaciones sometidas a protección ambiental o histórico-artística. Ahora bien, dicha reserva en ningún caso se extiende al desempeño de funciones de coordinador de seguridad y salud.

³ Por todas, la sentencia de 22 de diciembre de 2016 (recurso 177/2013)

⁴ Por todas, sentencia de 10 de marzo de 2021 (recurso 10/2019)

Tampoco contempla reserva profesional alguna la normativa específica reguladora de la figura del “coordinador de seguridad y salud”. En efecto, tanto el estudio de seguridad y salud al que se refiere el artículo 5 del Real Decreto 1627/1997⁵, como el estudio básico de seguridad y salud al que se refiere el artículo 6 de la misma norma, se limitan a indicar que su elaboración corresponde a un “técnico competente” (sin exigirse titulación concreta), designado por el promotor y que cuando deba existir un coordinador en materia de seguridad y salud durante la elaboración del proyecto de obra, le corresponderá a éste elaborar o hacer que se elabore, bajo su responsabilidad, dicho estudio.

En este mismo sentido, esto es, contra la existencia de una reserva profesional en este ámbito, se han pronunciado también en anteriores ocasiones, tanto esta Comisión en su Informe [UM/081/20](#) de 27 de enero de 2021, como la SECUM en sus [Informes 28/17020](#) de 18 de diciembre de 2017 y [26/20048](#) de 27 de enero de 2021.

En virtud de lo expuesto, no habiéndose justificado ni la necesidad ni la proporcionalidad de la exigencia efectuada por la Agencia Pública Andaluza de Educación (Consejería de Educación y Deporte de la Junta de Andalucía) de disponer de las titulaciones de arquitectura o arquitectura técnica para desempeñar las funciones de coordinador de seguridad y salud, debe concluirse que el requerimiento de subsanación objeto de reclamación resulta contrario al artículo 5 de la LGUM.

V. CONCLUSIONES

1. La exclusión de determinadas titulaciones (ingenieros técnicos industriales) del desempeño de las funciones de coordinador de seguridad y salud, 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.

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, arquitectura o arquitectura técnica), optando por vincularla a la capacitación técnica y experiencia de cada profesional.

⁵ Real Decreto 1627/1997, de 24 de octubre, por el que se establecen disposiciones mínimas de seguridad y de salud en las obras de construcción.

3. Por ello, no habiéndose justificado ni la necesidad ni la proporcionalidad de la exigencia efectuada por la Agencia Pública Andaluza de Educación), debe considerarse que el acto reclamado resulta contrario al artículo 5 de la LGUM.