

R. CASACION núm.: 3674/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Ángel Ramón Arozamena Laso

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Contencioso-Administrativo
Sección Tercera
Sentencia núm. 31/2022

Excmos. Sres.

D. Eduardo Espín Templado, presidente

D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat

D. Eduardo Calvo Rojas

D. José María del Riego Valledor

D. Diego Córdoba Castroverde

D. Ángel Ramón Arozamena Laso

En Madrid, a 18 de enero de 2022.

Esta Sala ha visto el presente recurso de casación núm. 3674/2019, interpuesto por el Consejo General de Colegios Oficiales de Aparejadores y Arquitectos Técnicos, representado por el procurador de los Tribunales D. Alberto Hidalgo Martínez, bajo la dirección letrada de D. Jorge Ledesma Ibáñez, contra la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, de fecha 21 de marzo de 2019 (aclarada por auto de 15 de abril de 2019), dictada en el recurso de dicho orden jurisdiccional seguido ante la misma bajo el núm. 110/2016, a instancia del Abogado del Estado, contra acuerdo de inadmisión del Ayuntamiento de Santa Pola (Alicante), por falta de competencia del técnico que suscribía, de

NOTA.- Se advierte que, de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, en relación con lo regulado en el art. 238 bis y siguientes de la Ley Orgánica del Poder Judicial, los datos contenidos en esta resolución o acto de comunicación son confidenciales y su traslado o comunicación pública por cualquier medio o procedimiento está prohibida, sin perjuicio de las competencias que al Consejo General del Poder Judicial se le reconocen en el art. 560.1 - 10 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Firmado por: ANGEL AROZAMENA LASO
18/01/2022 14:25
Minerva

Firmado por: EDUARDO ESPIN
TEMPLADO
19/01/2022 09:25
Minerva

Firmado por: JOSE BANDRES
SANCHEZ-CRUZAT
19/01/2022 20:51
Minerva

Firmado por: EDUARDO CALVO ROJAS
20/01/2022 13:23
Minerva

Firmado por: DIEGO CORDOBA
CASTROVERDE
20/01/2022 13:48
Minerva

los informes de evaluación del edificio para los once edificios residenciales que relaciona.

Han sido partes recurridas el Abogado del Estado, en la representación legal y asistencia letrada que legalmente ostenta de la Administración General del Estado, y representado por el procurador de los Tribunales D. José Manuel Fernández Castro, bajo la dirección letrada de D. Jaime María de Lacy y Pérez de los Cobos.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Ángel Ramón Arozamena Laso.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el recurso contencioso-administrativo núm. 110/2016, seguido en la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional con fecha 21 de marzo de 2019, interpuesto por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) contra los acuerdos de la Junta de Gobierno Local de Santa Pola (Alicante) de 27 de noviembre de 2015 desestimatorio del recurso de reposición interpuesto por D.

-Ingeniero Técnico Industrial-, y de 23 de octubre de 2015, que inadmitió, por falta de competencia del técnico que suscribía, los informes de evaluación del edificio para los edificios residenciales que se relacionaban en el mismo, se dictó sentencia estimatoria del recurso y que anulaba el acto impugnado, sin imposición de las costas a las partes demandadas. Sentencia que fue aclarada por auto de 15 de abril de 2019 en el sentido de identificar debidamente a las partes, abogados y procuradores.

SEGUNDO.- La representación procesal del Consejo General de Colegios Oficiales de Aparejadores y Arquitectos Técnicos presentó escrito de preparación del recurso de casación ante el Tribunal de instancia. Dicho Tribunal dictó auto de fecha 22 de mayo de 2019, teniendo por debidamente preparado el recurso de casación, con emplazamiento a las partes para su comparecencia ante este Tribunal Supremo.

TERCERO.- El Consejo General de Colegios Oficiales de Aparejadores y Arquitectos Técnicos, parte recurrente, en la indicada representación procesal y dirección letrada, se ha personado ante este Tribunal Supremo en tiempo y forma; así mismo han comparecido y personado ante este Tribunal Supremo en calidad de partes recurridas, el Abogado del Estado y
-, con las más arriba indicadas representación procesal y dirección letrada, formulando en sus escritos de personación, su oposición a la admisión del recurso de casación de acuerdo con la posibilidad prevista en el artículo 89.6 LJCA.

CUARTO.- La Sección Primera de la Sala Tercera -Sección de admisión- de acuerdo al artículo 90.2 LJCA acordó, por auto de fecha 8 de abril de 2021:

«1.º) Admitir el recurso de casación n.º 3674/2019 preparado por la representación del Consejo General de colegios Oficiales de Aparejadores y Arquitectos Técnicos, contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional (Sección Sexta), de 21 de marzo de 2019 (aclarada por auto de 15 de abril de 2019), dictada en el recurso n.º 110/2016.

2.º) Declarar que la cuestión planteada en el recurso que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consiste en aclarar si la Ley de Ordenación de la Edificación contiene una reserva a favor de determinados profesionales (arquitectos y arquitectos técnicos) para la emisión de informes de inspección técnica de edificios residenciales, y otras actuaciones análogas, y, de ser así, si tal reserva resulta conforme a los principios de necesidad y de proporcionalidad cuyo respeto imponen tanto la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de Unidad de Mercado, como la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, de libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.

Para ello será necesario interpretar, *en principio*, los artículos Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado; el artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio; los artículos 3, 10.2.a), 12.3.a) y 13.2.a) de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, en relación con el artículo 2 de la Ley 12/1986, de 1, de abril, sobre regulación de las atribuciones profesionales de los Arquitectos e Ingenieros Técnicos; sin perjuicio de los otros que la Sección de Enjuiciamiento considere procedentes».

QUINTO.- Admitido el presente recurso de casación y remitidas las actuaciones a la Sección Tercera de esta Sala, por diligencia de ordenación de fecha 14 de abril de 2021 se comunicó a la parte recurrente la apertura del plazo de treinta días para presentar su escrito de interposición del recurso de casación.

SEXTO.- La representación procesal del Consejo General de Colegios Oficiales de Aparejadores y Arquitectos Técnicos ha interpuesto recurso de casación mediante su escrito presentado en fecha 25 de mayo de de 2021 en el que, tras exponer los razonamientos que consideró oportunos, precisó el sentido de sus pretensiones y recoge los pronunciamientos que solicita de la siguiente forma:

«se dicte sentencia con los siguientes pronunciamientos:

1. Se admita el presente escrito de interposición de recurso de casación y se sustancie conforme a lo preceptuado en la Ley Jurisdiccional.
2. Se estime el presente recurso de casación de conformidad con los razonamientos invocados en el mismo y, en consecuencia, se case y anule la sentencia impugnada dictándose una nueva que resuelva el debate planteado unificando doctrina jurisprudencial en el sentido de reafirmar el criterio sentado en las sentencias de esa Excm. Sala de 9 de diciembre de 2014 y 25 de noviembre de 2015, declarando que de la Ley de Ordenación de la Edificación, en relación con el artículo 2 de la Ley 12/1986, de 1 de abril, sobre regulación de las atribuciones profesionales de los Arquitectos e Ingenieros Técnicos se deriva una reserva a favor de determinados profesionales (Arquitectos Técnicos y Arquitectos) para la emisión de informes de

inspección técnica de edificios residenciales y que tal reserva resulta conforme a los principios de necesidad y de proporcionalidad cuyo respeto imponen tanto la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de Unidad de Mercado, como la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, de libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio».

Y, en consecuencia, dicte sentencia por la que, revocando la sentencia recurrida, se estime plenamente el recurso en los términos interesados.

SÉPTIMO.- Por providencia de fecha 27 de mayo de 2021, se concedió el plazo de treinta días a las partes recurridas para que pudiesen oponerse al recurso en el plazo de treinta días; trámite que evacuó el Abogado del Estado mediante su escrito de fecha 8 de julio de 2021, en el que tras formular los argumentos de contrario que consideró convenientes a su derecho, suplica a la Sala se desestime el recurso y confirme la sentencia recurrida.

OCTAVO.- La representación procesal de D también parte recurrida, evacuó el trámite de oposición mediante su escrito de fecha 13 de julio de 2021, en el que tras formular los argumentos de contrario que consideró convenientes a su derecho, suplica a la Sala:

«que consecuencia de todo lo anteriormente expuesto, y de que la sentencia recurrida se ajusta completa y absolutamente a derecho, y expresamente a los preceptos y jurisprudencia que se invocan en los dos recursos de casación formulados, procede la desestimación de ambos y confirmar íntegramente la sentencia dictada por la Audiencia Nacional, con imposición de costas sobre las partes recurrentes».

(la referencia a dos recursos de casación sería un mero error material pues, en este caso, se interpone un único recurso de casación)

NOVENO.- Terminada la sustanciación del recurso, se acordó por providencia de 14 de julio de 2021 que no había lugar a la celebración de vista pública, al considerarla innecesaria ateniendo a la índole del asunto, y llegado su turno, se señaló para deliberación, votación y fallo el día 30 de noviembre de 2021, continuando la deliberación en sesiones ulteriores.

DÉCIMO.- Con fecha 30 de diciembre de 2021, la representación procesal de _____ presentó escrito solicitando a esta Sala, a la vista de la sentencia de 13 de diciembre de 2021 dictada en el RCA 4486/2019, acuerde plantear cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, al objeto de que se pronuncie sobre los extremos reseñados en la alegación tercera de su escrito en relación al acto administrativo impugnado objeto del presente recurso de casación.

Dicho escrito ha quedado unido a las actuaciones, sin que haya lugar a tomarlo en consideración, una vez señalado y deliberado el asunto, resultando en consecuencia improcedente y extemporánea aquella solicitud.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La cuestión litigiosa y la sentencia de instancia.

El presente recurso de casación núm. 3674/2019, lo interpone el Consejo General de Colegios Oficiales de Aparejadores y Arquitectos Técnicos, contra la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, de fecha 21 de marzo de 2019 (aclarada por auto de 15 de abril de 2019), que estimaba el recurso contencioso-administrativo núm. 110/2016 interpuesto por la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC) en procedimiento especial para la Unidad de Mercado, ex artículo 127 bis de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, y anulaba el acuerdo de la Junta de Gobierno Local de Santa Pola (Alicante) de 27 de noviembre de 2015 por el que se vino a confirmar, frente a la solicitud o denuncia formulada por D. _____ Técnico Industrial-, el acuerdo de 23 de octubre de 2015, que inadmitió, por falta de competencia del técnico que

suscribía, los informes de evaluación para los once edificios residenciales que se relacionaban en el mismo.

La Sala de la Audiencia Nacional, en la mencionada sentencia, refiere que sobre la cuestión planteada ya se ha pronunciado en distintas resoluciones, como la sentencia de 31 -por un mero error material dice 24- de octubre de 2018 (recurso núm. 5/2017), a cuya fundamentación jurídica se remite y transcribe.

Considera que debe analizarse si el Ayuntamiento ha tenido en cuenta los principios de necesidad y proporcionalidad previstos en el artículo 5 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado (LGUM); considera igualmente que, para justificar en primer lugar la necesidad de la restricción, el Ayuntamiento debería haber razonado la concurrencia de alguna razón imperiosa de interés general de entre las comprendidas en el entonces aplicable artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, precepto al que remite el artículo 5 LGUM. Y la sentencia concluye:

«Con independencia de que el Ayuntamiento no invoca razón alguna que justifique la restricción a los ingenieros industriales para la elaboración de los ITES y aunque se entendiera que pudiera concurrir alguna razón imperiosa de interés general que la amparase ha de tenerse en cuenta la jurisprudencia del Tribunal Supremo que refiere la determinación del técnico competente en función del proyecto concreto de que se trate y el nivel de conocimientos correspondiente a cada profesión sin atribuciones generales a titulaciones específicas.

Es decir, la competencia en cada caso concreto deberá determinarse, además de por el contenido de las disciplinas cursadas en cada titulación, en función de la naturaleza y entidad del proyecto de que se trate. Por esa razón, es necesaria la revisión de la reserva de la actividad de emisión de Informes de Evaluación de Edificios conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad contenidos en el artículo 5 de la LGUM.

Ello imponía no vincular una reserva de actividad a una titulación o a titulaciones concretas, como hace la resolución recurrida, con remisión al dictamen del Consejo Consultivo de la Comunidad Valenciana ya mencionado.

Lo cierto es que las sentencias del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2015, rec. 578/2014 y 9 de diciembre de 2014, rec. 4549/2012 que se citan no analizaron a propósito del conflicto de atribuciones profesionales suscitado la incidencia de la Ley 20/2013, de Garantía de la Unidad de Mercado en la restricción impuesta ni la legislación sectorial aplicable de acuerdo con LGUM, según exige su artículo 9.

Es más, en la sentencia de 22 de diciembre de 2016, rec. 177/2013 al enjuiciar el Tribunal Supremo la legalidad del Real Decreto 235/2013, de 5 de abril, por el que se aprueba el procedimiento básico para la certificación de la eficiencia energética de los edificios, para la acreditación de los profesionales habilitados para suscribir certificados técnicos (en ese caso, de eficiencia energética) afirma que deberá tenerse en cuenta "la titulación, la formación, la exigencia y la complejidad del proceso de certificación", sin reconocer la exclusividad de expedición de dichos certificados a favor de una titulación técnica en concreto.

Por tanto, esa reserva de actividad que supuestamente atribuye la LOE en éste ámbito a arquitectos y arquitectos técnicos no es tal pues los ITEs no tienen la naturaleza de proyectos de obras ni de dirección de obras, ni de dirección de ejecución de obras y una cosa es la exigencia de la titulación necesaria para realizar un proyecto de edificación o dirección de obra de un edificio según su uso como distingue la LOE y otra que esa misma titulación sea la requerida para realizar el informe técnico del estado de un edificio ya construido, como se indicaba en el Informe de la Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado (SECUM).

Este desarrollo habrá de hacerse conforme al principio de necesidad y proporcionalidad del artículo 5 de la LGUM, teniendo en cuenta, como decía la propia disposición final primera del Real Decreto Legislativo 7/2015, ahora anulada por la STC 143/2017, de 14 de diciembre que: "A estos efectos, se tendrá en cuenta la titulación, la formación, la experiencia y la complejidad del proceso de evaluación".

Entendemos por ello, que no se justifican las razones invocadas por el Ayuntamiento pues no se advierte la existencia de una reserva legal a favor de arquitectos y arquitectos técnicos en la LOE para redactar los ITES y paralelamente, tampoco ha acreditado el Ayuntamiento de Bilbao, en virtud de los principios de necesidad y proporcionalidad que concurrieran razones de orden público, de seguridad pública, de

salud pública o de protección del medio ambiente que justificasen tal reserva de actividad a aquellas titulaciones concretas, con exclusión de las demás, en lugar de optar por la vinculación a la capacitación técnica del profesional en cuestión. Criterio idéntico al que seguimos en la sentencia de 10 de septiembre de 2018, rec. 16/2017».

Debemos aclarar que la sentencia de la Audiencia Nacional se refiere al Ayuntamiento de Bilbao, al haber dictado una sentencia prácticamente idéntica el 31 de octubre de 2018 -recurso núm. 5/2017- respecto a dicho Ayuntamiento y también a los ITES, cuya fundamentación jurídica la sentencia ahora recurrida reitera. Conviene advertir que dicha sentencia pende del RCA 2470/2019, en sendos recursos de casación interpuestos por el Consejo General de Colegios Oficiales de Aparejadores y Arquitectos Técnicos y el Consejo Superior de Arquitectos de España, pendientes de deliberación, votación y fallo.

SEGUNDO.- La admisión del recurso de casación y la cuestión de interés casacional.

Como refleja el Auto de admisión de fecha 8 de abril de 2021, a la luz del escrito de preparación y de los escritos de oposición del Abogado del Estado y de D -Ingeniero Técnico Industrial-, la cuestión que se suscita en este recurso es, esencialmente, la posibilidad de establecer reservas a favor de determinados profesionales técnicos para la emisión de los informes de inspección técnica de edificios residenciales ya construidos y actuaciones análogas.

Este interrogante se suscita a raíz de la inadmisión por parte del Ayuntamiento de Santa Pola (Alicante) de los informes de evaluación de edificio para los once edificios residenciales que relaciona, por no estar firmada por un arquitecto o arquitecto técnico sino por un ingeniero técnico industrial. Resolución que comportó la incoación del procedimiento especial para la garantía de unidad de mercado (por solicitud del particular) al amparo del artículo 26 LGUM, que finalizó con la sentencia estimatoria de la Audiencia Nacional que ahora se recurre y en la que, como ya se ha resumido, se

entiende que no existe reserva legal alguna a favor de determinados profesionales para la emisión de este tipo de informe y que no se ha motivado la concurrencia de razones que, con arreglo a lo dispuesto en los artículos 5 y 17 LGUM, la justifique.

La corporación recurrente, por su parte, considera que esa justificación se encuentra en la propia Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación (LOE) que ha sido interpretada ya por este Tribunal Supremo, estableciendo una jurisprudencia que la Sala de instancia no tiene en cuenta argumentado que en tales pronunciamientos no se analizó la posible incidencia de la LGUM en este ámbito.

Añade el Auto de admisión:

<<Desde la perspectiva apuntada no es posible obviar que **esta Sala, por autos de 25 de marzo de 2021, ha admitido a trámite los RRCA 4486/2019 y 4580/2020**, que trataban unas cuestiones semejantes a las planteadas en el presente recurso de casación, razonándose lo siguiente en el primero de los autos mencionados:

«[...] esta Sala Tercera ha abordado la cuestión que subyace a este recurso en las SSTs de 9 de diciembre de 2014 (recurso de casación n.º 4549/2012) y de 25 de noviembre de 2015 (recurso de casación n.º 578/2014); pero también, por citar otras, en las SSTs de 19 de octubre de 2015 (recurso de casación n.º 1482/2013) y de 25 de abril de 2016 (recurso de casación n.º 2156/2014) en las que, en resumen, se establece la prevalencia del principio de libertad de acceso con idoneidad sobre el de exclusividad y monopolio competencial.

Más recientemente, en la STS de 28 de abril de 2017 (recurso contencioso-administrativo n.º 4332/2016) que resuelve el recurso directo interpuesto contra el Real Decreto 56/2016, de transposición de la Directiva 2012/27/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la eficiencia energética, en lo referente a auditorías energéticas, acreditación de proveedores de servicios y auditores energéticos, hemos declarado que la regulación de la determinación del técnico competente para emitir los certificados de eficiencia energética contenida en la norma no resultaba irrazonable y que no se había acreditado ni la reserva de exclusividad mediante norma con rango legal, ni tampoco la

ausencia de conocimientos técnicos equivalentes respecto de los profesionales contemplados en los preceptos impugnados -no cuestionándose el mecanismo para garantizar la equivalencia o suficiencia de conocimientos-.

La existencia de esta jurisprudencia no obsta, en ese caso, a la admisión de los recursos de casación precisamente para aclararla y, en su caso, corregirla o matizarla, desde la perspectiva de los principios de necesidad y proporcionalidad que imponen los artículos 5 y 17 LGUM en relación con el artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, y los preceptos de la LOE que se han tomado en consideración en el pleito. Resulta conveniente, en efecto, dotar de una interpretación uniforme que confiera una mayor seguridad jurídica ese ámbito de ejercicio profesional, atendiéndose también a la particularidad de la actividad ejercida (informes de evaluación) y al objeto sobre el que se proyecta (construcciones de uso residencial), a fin de esclarecer si la eventual reserva de una actividad a favor de determinados profesionales requiere de una justificación adicional que exprese su necesidad y el respeto al principio de proporcionalidad o si dicha justificación puede encontrar su anclaje directo en la mencionada Ley de ordenación de la Edificación.

Es por ello que, en este caso, cumplida la relevancia de las infracciones denunciadas en el fallo, esta Sección considera que concurre la presunción prevista en el artículo 88.3.a) LJCA al no poder descartarse a priori la concurrencia de un interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia en la cuestión formulada; así como los supuestos previstos en los apartados b) y c) del artículo 88.2 LJCA y que procede la admisión del recurso en los términos que se señalan.

Se trata, en efecto, de aclarar, reforzar o, en su caso, matizar o corregir, la jurisprudencia que esta Sala Tercera ha sentado -en las sentencias antes citadas- respecto del establecimiento de reservas profesionales para el ejercicio de determinadas actividades o servicios, a la luz de lo dispuesto en los artículos 5 y 17 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado. A ello no obstan los precedentes autos de esta Sección de 17 de mayo y de 5 de julio de 2019 (RRCA 386/2019 y 1371/2019) pues, en aquellos casos, la inadmisión del recurso relativa a la cuestión de fondo aquí señalada -que no de la relativa a la interpretación del artículo 127 bis LJCA- se fundamentó en cuestiones de orden formal. Resulta preciso, por tanto,

reconsiderar la cuestión formulada y, a la vista del escrito de preparación presentado, admitir el recurso de casación»>>.

Y concluye que la cuestión planteada por la entidad recurrente que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consiste en aclarar si la Ley de Ordenación de la Edificación contiene una reserva a favor de determinados profesionales (arquitectos y arquitectos técnicos) para la emisión de informes de inspección técnica de edificios residenciales, y otras actuaciones análogas, y, de ser así, si tal reserva resulta conforme a los principios de necesidad y de proporcionalidad cuyo respeto imponen tanto la Ley de Garantía de Unidad de Mercado como la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, de libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.

Finalmente, debe advertirse ahora que los dos recursos mencionados en el auto de admisión y cuyos fundamentos para la admisión de este se transcriben en el mismo (RRCA 4486/2019 y 4580/2020) han sido resueltos por sendas sentencias de 13 y 23 de diciembre de 2021.

TERCERO.- Los argumentos del recurso de casación y de la oposición al mismo.

Recogemos los argumentos expuestos por las partes que, en buena medida, coinciden con los expresados en el mencionado RCA 4486/2019, al concurrir con las mismas representación legal y asistencia letrada.

A) El recurso del Consejo General de Colegios Oficiales de Aparejadores y Arquitectos Técnicos.

1º) Sobre la reserva de actividad.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo, en especial las SSTs de 9 de diciembre de 2014 (recurso núm. 4549/2012) y de 25 de noviembre de 2015

(recurso núm. 578/2014) , consideran que existe una reserva de actividad en favor de los arquitectos argumentando que «[...] la evidente relación entre la capacidad para intervenir en la edificación y la de calificar el estado general de su conservación, sería la justificación de la norma de la Ordenanza impugnada, por lo que resulta de lógica jurídica que solamente un precepto con el preciso rango legal que diese beligerancia a las razones de diferencia técnica entre la actividad de edificación y la de conservación que aducen los actores para mantener su pretensión podría abatir el fallo recurrido. Y este precepto consideramos que no existe.» (STS de 9 de diciembre de 2014 recurso núm. 4549/2012).

Nada ha variado desde entonces, puesto que continúa sin existir un precepto que avale las razones de diferencia técnica entre la actividad de edificación y la de conservación que aducían los Colegios de Ingenieros Industriales y de Ingenieros Técnicos Industriales para mantener su pretensión.

Continuando plenamente vigente la íntima, innegable y evidente relación entre la capacidad para intervenir en la edificación y la de calificar el estado general de su conservación, es necesario acudir a la lógica de la LOE para ver cuáles son los criterios que establece a la hora de determinar los profesionales competentes para intervenir en la edificación y, por ende, en la calificación del estado de conservación de lo edificado.

La LOE determina qué profesionales son competentes en base a dos parámetros, de un lado, el uso al que se destinan los edificios en los que se interviene y, de otro, el concreto agente de la edificación que puede intervenir en cada caso. Los usos vienen relacionados en el artículo 2.1 del citado cuerpo legal.

Acudiendo a los artículos 10.2.a), 12.3.a) y 13.2.a) LOE, observamos como los agentes de la edificación que intervienen en la construcción de edificios de carácter residencial deben tener la titulación académica de Arquitecto (para ejercer como proyectistas y directores de obra) o Arquitecto

Técnico (para ejercer como directores de la ejecución de la obra), sin que puedan desempeñar tales puestos los Ingenieros o Ingenieros Técnicos, insistimos, en el concreto ámbito de la edificación residencial.

Sólo quienes pueden actuar en el ámbito de la construcción de edificios de carácter residencial deben considerarse idóneos para analizar su estado de conservación.

La jurisprudencia que ha abordado específicamente la cuestión que subyace a este recurso, no se opone en absoluto a las sentencias posteriores referidas a la libertad de acceso al ejercicio profesional, toda vez que la exclusión de los Ingenieros e Ingenieros Técnicos para intervenir en la construcción y conservación de edificios de carácter residencial se basa en su falta de idoneidad para desempeñar tal labor profesional, derivada de la carencia de atribuciones y competencias profesionales de la que adolecen para ello en base a su formación universitaria y la normativa en materia de atribuciones profesionales.

La sentencia de instancia, sin suficiente motivación, da por hecho que además de los arquitectos técnicos y arquitectos existen otros técnicos competentes para suscribir Inspecciones técnicas de edificios o informes de evaluación de edificios de carácter residencia como los ingenieros o ingenieros técnicos.

2º) Sobre la falta de idoneidad de los ingenieros e ingenieros técnicos para intervenir en la elaboración y suscripción de las inspecciones técnicas de edificios de uso residencial tomando en consideración la formación universitaria que cursan y las competencias profesionales que adquieren.

Tras analizar las normas que regulan los conocimientos y las competencias técnicas de las diferentes ingenierías llega a la conclusión que los planes de estudios de los títulos que habilitan para ejercer las profesiones de Ingeniero e Ingeniero Técnico en sus correspondientes especialidades, no

adquieren competencias profesionales específicas en el ámbito de la construcción de edificios de uso residencial, lo que implica su falta de idoneidad para intervenir en la suscripción de Inspecciones Técnicas de Edificios, Informes de Evaluación de Edificios o actuaciones análogas que tienen por objeto evaluar el estado de conservación de los edificios destinados a tales usos, diagnosticando posibles patologías e identificando las soluciones constructivas necesarias para su corrección.

Esta conclusión contrasta con las competencias profesionales que adquieren los Arquitectos Técnicos y los Arquitectos en el ámbito de la edificación, derivadas de sus correspondientes planes de estudios.

La Orden ECI/3855/2007, de 27 de diciembre, por la que se establecen los requisitos para la verificación de los títulos universitarios oficiales que habiliten para el ejercicio de la profesión de Arquitecto Técnico, recoge las siguientes competencias que adquieren los estudiantes «realizar peritaciones, inspecciones, análisis de patología y otros análogos y redactar los informes, dictámenes y documentos técnicos correspondientes», así como de «dirigir y gestionar el uso, conservación y mantenimiento de los edificios, redactando los documentos técnicos necesarios», precisamente las competencias específicas que se requieren para poder realizar, garantizando un elevado nivel de calidad y plenas garantías para la ciudadanía, las ITEs, los IEEs y las actuaciones análogas que se realizan en edificios de carácter residencial.

En similares términos se pronuncia la Orden EDU/2075/2010, de 29 de julio, por la que se establecen los requisitos para la verificación de los títulos universitarios oficiales que habiliten para el ejercicio de la profesión de Arquitecto.

Esta lógica se plasma en la propia LOE cuando establece las atribuciones profesionales de Arquitectos Técnicos y Arquitectos para proyectar, dirigir la obra y dirigir la ejecución de la obra en edificios de uso residencial, excluyendo de este ámbito al resto de técnicos.

La Ley 12/1986, de 1 de abril, sobre regulación de las atribuciones profesionales de los Arquitectos e Ingenieros Técnicos, en su artículo segundo restringe las atribuciones de los Ingenieros Técnicos a sus concretas especialidades, entre las que no se encuentra la edificación residencial.

Del análisis de las órdenes ministeriales que rigen los planes de estudios de los títulos habilitantes para ejercer diversas Ingenierías e Ingenierías Técnicas no se adquieren conocimientos suficientes para poder analizar el estado de conservación de un edificio de viviendas, el diagnóstico de sus patologías y las posibles soluciones constructivas para corregirlas, intervenciones que definen los informes a realizar en las ITEs o actuaciones análogas como las que nos ocupan. Tampoco el marco normativo de aplicación (LOE y Ley 12/1986) atribuye competencias a los Ingenieros Técnicos para informar sobre el estado de conservación de edificios de carácter residencial porque, como sucedía en el supuesto enjuiciado en la sentencia citada, estas atribuciones no quedan comprendidas, por su naturaleza y características, en la técnica propia de sus titulaciones.

E invoca la jurisprudencia de esta Sala que tuvo por conveniente.

En definitiva, la libertad de acceso al ejercicio profesional está condicionada a la idoneidad profesional para ejercer la actividad requerida.

3º) Sobre la conformidad de la reserva de actividad a los principios de necesidad y proporcionalidad impuestos por la LGUM y la Ley 17/2009.

La reserva de actividad en favor de los Arquitectos Técnicos y Arquitectos para la realización de ITEs, IEEs o actuaciones análogas en el ámbito de la edificación residencial, resulta plenamente conforme con los principios de necesidad y proporcionalidad enunciados en el artículo 5 LGUM, por cuanto que la misma está motivada en base a la salvaguarda de varias de las razones imperiosas de interés general reconocidas legalmente y ratificadas

por el TJUE (véanse SSTJUE de 4 de julio de 2019, C-377/17, 15 de octubre de 2015, C-168/14, 3 de octubre de 2000, C-58/98 y 8 de septiembre de 2010, C-316/07, C-358/07 a C-360/07, C-409/07 y C-410/07) como son: garantizar la calidad de los trabajos, la seguridad y la salud de los consumidores y de los destinatarios de servicios, la protección del entorno urbano, la conservación del patrimonio histórico y artístico nacional o los objetivos de política social o cultural.

A juicio del Consejo General recurrente, resulta evidente la relación entre el análisis del estado de conservación de un edificio de viviendas y la seguridad y salud de los ciudadanos, la protección del entorno urbano y la conservación de patrimonio histórico y artístico nacional.

La íntima relación con la seguridad de las personas, la protección del entorno urbano y la preservación del patrimonio arquitectónico que guarda la actividad profesional objeto de análisis, así como la garantía de calidad en la prestación de tales servicios, hacen necesario que su elaboración quede restringida a los profesionales cuya aptitud e idoneidad profesional, en base a las competencias y atribuciones adquiridas, ha quedado acreditada, esto es, a los Arquitectos Técnicos y a los Arquitectos, restringiendo el acceso a la misma a aquellos profesionales que no cuentan con competencias y atribuciones profesionales específicas para ello.

Esta limitación de acceso en función de la cualificación profesional de los operadores económicos resulta, además, plenamente proporcionada. Así ha tenido ocasión de pronunciarse recientemente el TJUE en su sentencia de 4 de julio de 2019 (asunto C-377/17), en cuyos Considerandos 75 y 90 y ss. Tal y como entiende la Comisión Europea y el TJUE, la exigencia de una concreta cualificación profesional que garantice la calidad en la prestación de una determinada actividad profesional resulta necesaria y proporcionada cuando tal actividad está directamente vinculada con la salvaguarda de una razón imperiosa de interés general, tal y como sucede en el supuesto aquí enjuiciado.

Por ello, solicita de este Tribunal que estime el presente recurso casación, se case y anule la sentencia impugnada dictándose una nueva que declara que de la Ley de Ordenación de la Edificación, en relación con el artículo 2 de la Ley 12/1986, de 1 de abril, sobre regulación de las atribuciones profesionales de los Arquitectos e Ingenieros Técnicos se deriva una reserva a favor de determinados profesionales (Arquitectos Técnicos y Arquitectos) para la emisión de informes de inspección técnica de edificios residenciales, y otras actuaciones análogas, y que tal reserva resulta conforme a los principios de necesidad y de proporcionalidad cuyo respeto imponen tanto la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de Unidad de Mercado, como la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, de libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.

**B) La oposición de | -Ingeniero
Técnico Industrial- al recurso de casación.**

1º) Considera que la competencia para la redacción y firma de los Informes de Evaluación de Edificios (IEE), tal y como está redactado en los Textos legislativos que los regulan, no está atribuida a ninguna profesión en concreto. Los ingenieros técnicos industriales están capacitados tanto por su formación académica como por sus conocimientos técnicos a realizar este tipo de informes.

2º) Sobre las competencias profesionales y la jurisprudencia de esta Sala.

Expone, de acuerdo con la Ley de Ordenación de la Edificación y la Ley 12/1986, así como a la legislación aplicable, en este caso concreto, las capacidades técnicas de los ingenieros técnicos industriales. No se exige que una profesión especial en concreto tenga el monopolio de estos informes.

3º) Sobre la garantía de la Unidad de Mercado.

La sentencia de la Audiencia Nacional recurrida además de aplicar la jurisprudencia de este Tribunal en relación a que no puede admitirse un monopolio de proyección de todo tipo de construcciones en favor de una profesión determinada aplicó los principios de la LGUM motivando y razonando los argumentos que llevaron a estimar la demanda.

Los textos legales invocados hablan de los principios de necesidad y proporcionalidad a la hora de adoptar cualquier decisión que afecte al ejercicio de una actividad.

La LGUM pretende evitar vincular una actividad a una titulación concreta o a una profesión concreta, fijando así una reserva profesional, rechazando todas aquellas que no disponen de la titulación exigida. Para evitar este rechazo, se exige que las reservas de actividad se basen en razones imperiosas de interés general, y que se trate de una medida proporcionada y basada en el interés público que se quiera proteger.

La LGUM y la Ley de libre acceso y ejercicio de las actividades de servicios imponen a todas las administraciones una serie de obligaciones y el acto administrativo objeto del presente procedimiento se observará que no cumplía ninguna de ellas. Especialmente la más importante: la motivación. El artículo 5.1 LGUM impone a la administración motivar su decisión.

La recurrente en su escrito no explica la necesidad de restricción en favor de la profesión que representa. No habla de alguna razón imperiosa de interés general para emitir dichos informes de evaluación de edificios.

En el presente caso, aunque hubiese existido una razón imperiosa de interés general el Ayuntamiento de Santa Pola, debió haber evitado vincular una reserva de actividad a una titulación o titulaciones concretas, optando por vincularla a la capacitación técnica del profesional.

La normativa autonómica en materia de informes de evaluación de edificios es el Decreto 53/2018, de 27 de abril, por el que se regula la realización del informe de evaluación de edificio de uso residencial, y su registro autonómico en el ámbito de la Comunidad Valenciana. La misma ya aplica y deja claro que estos informes se realizarán por personal técnico competente.

El artículo 5 de la LGUM, que corresponde con el principio de necesidad y proporcionalidad de las actuaciones de las autoridades competentes, señala que éstas, en el ejercicio de sus competencias, cuando establezcan límites al acceso de una actividad económica o su ejercicio, o exijan el cumplimiento de requisitos para el desarrollo de una actividad, motivarán su necesidad en la salvaguardia de alguna razón de imperiosa de interés general de las señaladas en el artículo 3.11 de la Ley 17/2009.

4º) Sobre el alcance de la disposición derogatoria de la ley de garantía de la unidad de mercado frente a la ley de ordenación de la edificación.

La disposición derogatoria de la LGUM establece que a la entrada en vigor de esta Ley quedan derogadas cuantas normas de igual o inferior rango se opongan a lo dispuesto en ella. todo aquello que consta en la LOE que se oponga a la LGUM quedó sin efecto en el momento que entró en vigor este último texto.

Para la derogación tácita se extenderá siempre a todo aquello que, en la ley nueva, sobre la misma materia, sea incompatible con la anterior. Por ello exige la concurrencia de igualdad de materias en ambas leyes, identidad de destinatarios y contradicción e incompatibilidad entre los fines de ambas normas. Debe pues analizarse si realmente se cumplen los requisitos citados.

En cuanto a la identidad de destinatarios no cabe la menor duda, toda vez que la LOE se dirige a aquellos profesionales que se dedican al proceso constructivo y al proceso de edificación en cualquiera de sus formas.

Y respecto a la contradicción e incompatibilidad entre los fines de ambas normas, la LGUM, tal y como establecen sus artículos 5 y 9, exige la aplicación de los principios de necesidad y proporcionalidad a la hora de establecer límites al ejercicio de una actividad económica. Y la LOE limita y contradice no ya los principios antes mencionados, sino que cierra toda posibilidad a los ingenieros para el ejercicio de su profesión. Si la LGUM habla de proporcionalidad y necesidad, la LOE impone límites y restricciones al acceso al ejercicio de las profesiones, que, por sus conocimientos, y en muchos de los casos, por sus conocimientos adquiridos a lo largo del ejercicio de la profesión restringe y coarta el ejercicio de una actividad profesional, amparada por la pertenencia a un colegio profesional, que con su visado otorga validez al proyecto que hubiera suscrito.

5º) Sobre la aplicación de los principios de necesidad y proporcionalidad.

Debe primar el principio de libertad de acceso con idoneidad sobre el de exclusividad y monopolio competencial.

El acto administrativo objeto del procedimiento ha supuesto un obstáculo al ejercicio de la actividad económica profesional de ingeniero técnico industrial ya que la resolución dictada debió ser motivada en las razones de interés general (artículo 3.11 de la Ley 17/2009), justificando, además, la inexistencia de medios menos restrictivos para la actividad profesional a la que se le niega el pleno ejercicio.

C) La oposición del Abogado del Estado al recurso de casación.

1º) Sobre la reserva de actividad.

La cuestión que para la Sala tiene interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia tiene a juicio de esta Abogacía una respuesta

clara en el sentido de que la LOE no contiene una reserva de exclusividad genérica a favor de determinados profesionales (arquitectos y arquitectos técnicos) para la emisión de informes de inspección técnica de edificios residenciales, y otras actuaciones análogas.

Frente a lo que en el recurso se defiende, no es cierto que la LOE o alguna otra de las normas legales que cita la recurrente realice o contenga una atribución competencial exclusiva en favor de determinadas titulaciones en función de los usos de los edificios o que tales usos, que vienen especificados en el su artículo 2, predeterminen legalmente con carácter de exclusividad la titulación del agente de la edificación que pueda resultar competente. Tampoco -menos aún- en materia de Inspecciones Técnicas de los edificios u otros similares referidos a la evaluación de su estado.

En lo que importa a los efectos de este recurso, la exclusividad tampoco resulta de lo dispuesto en los artículos 10.2.a), 12.3.a) y 13.2.a) de la LOE que se refieren en todos los casos a la construcción de edificios y por lo tanto en nada entran a asignar exclusividades en materia de inspección de los mismos. Lo que dice la LOE es que el director de la obra y el proyectista deben estar en posesión del título de Arquitecto cuando el proyecto a realizar tenga por objeto la construcción de edificios para los usos indicados en el grupo a) del apartado 1 del art. 2, es decir cuando proceso de la edificación sea de «un edificio de carácter permanente, público o privado, cuyo uso principal sea Administrativo, sanitario, religioso, residencial en todas sus formas, docente y cultural».

Nada se dice en ninguno de tales preceptos sobre atribuciones exclusivas en materia de proyectos a los Arquitectos o los Arquitectos Técnicos. Tampoco respecto de la actividad de inspección técnica de edificios y -menos aun- tampoco se establece en ellos ninguna atribución excluyente para determinadas titulaciones. Todas las determinaciones lo son respecto de la construcción de edificios. Nunca respecto de la Inspección Técnica de edificios ya construidos, que es de lo que aquí se trata. Por otra parte, la

norma no atribuye competencias exclusivas en favor de determinada/s titulación/es.

La LOE no menciona la inspección técnica de los edificios -quizás porque su objeto (artículo 2) es regular el «proceso de la edificación, entendiendo por tal la acción y el resultado de construir un edificio de carácter permanente, público o privado», y, no la Inspección u otras actuaciones posteriores sobre los edificios- y, en cambio, se refiere a Ingenieros e Ingenieros Técnicos como competentes para intervenir en el proceso de edificación no solo cuando el proyecto sea de un edificio dedicado a otros usos (aeronáutico; agropecuario; de la energía; de la hidráulica; minero; de telecomunicaciones (referido a la ingeniería de las telecomunicaciones); etc. (...) sino también cuando la intervención profesional lo sea con respecto a todas las demás edificaciones cuyos usos no estén expresamente relacionados en los grupos anteriores.

Tampoco es cierto que el Tribunal Supremo en las SSTS de 9 de diciembre de 2014 y 25 de noviembre de 2015 haya reconocida la existencia de una reserva de actividad exclusiva de los arquitectos y de los Arquitectos Técnicos (y excluyente por tanto para las titulaciones de Ingeniería) en la cuestión de la que se trata porque lo único que hacen tales sentencias es afirmar la existencia de una evidente relación entre la capacidad para intervenir en la edificación y la de calificar el estado general de su conservación (lo cual nadie discute y en absoluto resulta determinante en la cuestión de la que se trata) sin entrar en afirmar reservas competenciales ni sostener atribuciones profesionales exclusivas como se pretende.

Tanto a nivel legal (interno y europeo) como jurisprudencial rige un principio de libertad de prestación de servicios que se opone al establecimiento de restricciones, limitaciones o condicionantes al libre acceso a las actividades económicas o a su ejercicio -incluyendo, por tanto, la libre prestación de servicios profesionales- de tal forma que tan solo cuando por las razones tasadas que se especifican en el artículo 17.1.a) LGUM se considere que concurren razones imperiosas de interés general pueden establecerse siempre

que -incluso en tal supuesto- la restricción o limitación de que se trate se motive adecuadamente su necesidad en función de tales razones imperiosas de interés general y que sea proporcionado a las mismas y, además, que no exista otro medio menos restrictivo o distorsionador para la actividad económica, esto es, siempre que tales restricciones, limitaciones o condicionantes resulten proporcionadas a las razones de interés general existente en cada caso.

Insiste en que la regla general es la de libertad de acceso con rechazo de la exclusividad. Y en la aplicación de los principios de necesidad y proporcionalidad.

2º) Sobre la falta de idoneidad de los Ingenieros e Ingenieros Técnicos.

La parte recurrente no ha demostrado que las personas con título diferente al de Arquitecto o Arquitecto Técnico carezcan de conocimientos adecuados para realizar Inspecciones Técnicas de edificaciones para uso residencial.

CUARTO.- Examen del recurso de casación: consideraciones generales sobre actividades sometidas a intervención administrativa relacionada con la seguridad y habitabilidad de los edificios residenciales; incidencia que puede tener la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado.

Hemos examinado conjuntamente el presente RCA 3674/2019 y el RCA 4486/2019. Las sentencias de la Audiencia Nacional en ambos asuntos son prácticamente idénticas aunque la cuestión de fondo en este recurso verse sobre los informes de Inspección Técnica de Edificios residenciales y en aquel sobre certificación de habitabilidad con vistas a obtener una licencia de segundo ocupación, en ambos en la Comunidad Valenciana (Ayuntamientos de Santa Pola y Orba respectivamente).

Pues bien en la **STS de 13 de diciembre de 2021 (RCA 4486/2019)** el fundamento de derecho segundo, en su primera parte, plantea la cuestión litigiosa y aclara aquella aparente confusión de las sentencias de la Audiencia Nacional y dice (destacamos en negrita los aspectos más relevantes):

«SEGUNDO.- La sentencia de instancia argumenta que nos encontramos ante un acto administrativo que restringe el acceso al ejercicio de una actividad profesional, estableciendo una reserva en favor de otros profesionales -los arquitectos y arquitectos técnicos-.

A juicio del Tribunal de instancia, acogiendo el criterio mantenido por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en aplicación de la Ley 17/2009, sobre libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio y la Ley 20/2013, de Garantía de Unidad de Mercado, las reservas de actividad en favor de una titulación o profesión deben justificarse por razones imperiosas de interés general (orden público, seguridad pública, salud pública, protección del medio ambiente) y deben aplicarse tomando en consideración el principio de necesidad y proporcionalidad.

Considera que el Ayuntamiento no invoca razón alguna de interés general que justifique la restricción a los ingenieros industriales para la elaboración de los Informes técnicos de edificios (ITES).

Así mismo, razona que cuando el TS en sus sentencias de 25 de noviembre de 2015 (rec. 578/2014) y 9 de diciembre de 2014 (rec. 4549/2012) resuelve el conflicto de atribuciones profesionales determina el técnico competente en función del proyecto concreto de que se trate y el nivel de conocimientos correspondiente a cada profesión, pero lo hace sin atribución general a titulaciones específicas y sin tomar en consideración la incidencia de la Ley 20/2013, de Garantía de Unidad de Mercado. Y, en todo caso, la pretendida reserva de actividad que supuestamente le atribuye la LOE a los arquitectos y arquitectos técnicos para elaboración los informes de las inspecciones técnicas de edificios y de evaluación de edificios no es tal, pues no se trata de proyectos de obras, ni dirección de obras ni dirección de ejecución de obras.

El adecuado análisis de la cuestión controvertida exige hacer una aclaración previa. El supuesto de hecho origen de estas actuaciones no fue la emisión de un informe de inspección técnica o un informe de evaluación de edificios, pese a que tanto la sentencia de instancia como los escritos de interposición de los recurrentes y de contestación del Abogado del Estado montan toda su argumentación en torno a ellos,

lo que determina que también el Auto de admisión, al identificar la cuestión que presenta interés casacional, haga referencia a la emisión de informes de inspección técnica de edificios residenciales, y otras actuaciones análogas.

La actividad que motiva las resoluciones administrativas impugnadas aparece referida a la emisión por un ingeniero técnico industrial de un certificado necesario para obtener una licencia de segunda ocupación de una vivienda unifamiliar de uso residencial.

La confusión posiblemente viene motivada por la circunstancia de que el tribunal de instancia conoció de otros recursos en los que la cuestión controvertida aparecía referida a la emisión de los informes de inspección técnica o de evaluación de edificios y en los que se cuestionaba también la negativa de la Administración Local a admitir que tales informes fuesen firmados por un ingeniero técnico industrial, al considerar que la emisión de los mismos queda reservada a los arquitectos y arquitectos técnicos.

Lo cierto es que esta circunstancia no modifica el contenido esencial de la cuestión controvertida desde una perspectiva general, pues en ambos casos nos encontramos ante la intervención de un profesional para acreditar un extremo relacionado con una actividad urbanística sometida a intervención administrativa, relacionada con la seguridad y habitabilidad de los edificios y la incidencia que en esta materia puede tener la Ley de Garantía de Unidad de Mercado. Todo ello sin perjuicio de que no cabe confundir ambos tipos de actuaciones que tienen un contenido diferente».

Y a continuación entra a examinar la cuestión litigiosa:

«Hecha esta consideración inicial procede abordar la incidencia que en esta materia tienen la Ley 17/2009, sobre libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio y la Ley 20/2013, de Garantía de Unidad de Mercado.

Numerosas disposiciones, tanto a nivel estatal como autonómico, prevén el ejercicio de una potestad administrativa de intervención en esta materia -ya sea previa a la ocupación del inmueble o de inspección posterior del mismo-, que en muchas ocasiones requiere la colaboración técnica de ciertos profesionales, que actúan como expertos cualificados que posibilitan el ejercicio de la potestad administrativa. Ello se corresponde con aquellas previsiones que reservan el ejercicio de ciertas actividades profesionales a la obtención de una titulación

académica para asegurarse de que tan solo puedan ejercerlas las personas que hayan acreditado disponer de una cualificación y titulación idónea para el desempeño de esta actividad profesional.

En algunos casos, la norma reserva la ejecución de dichas actividades o la prestación de los servicios (trabajos de proyección, elaboración y ejecución) a unos profesionales con una titulación determinada, este es el caso de los arts. 10.2.a), 12.3.a) y 13.2.a) de la Ley de Ordenación de la Edificación. En otras ocasiones, la norma prevé que su ejercicio le corresponda a los “facultativos competentes” (este es el caso previsto en art. 34 apartados 2 y 3 de la Ley 3/2004, de Ordenación y Fomento de la Calidad de la Edificación de la Comunidad Valenciana), esto es, a aquellos que por razón de su preparación y competencia tengan los conocimientos y la cualificación técnica necesaria para desarrollar dicha actividad de forma fiable.

En ambos casos, es la norma la que restringe el ejercicio de una actividad a determinados profesionales, limitando en consecuencia el libre ejercicio de dicha prestación a otros colectivos. Tales restricciones, desde la perspectiva contemplada en el art. 5 de la Ley de Garantía de Unidad de Mercado, están justificadas por razones imperiosas de interés general. Cuando la intervención administrativa trata de verificar que el inmueble cumple las condiciones de seguridad, habitabilidad y salubridad necesarias para ser destinado al uso previsto, la reserva del ejercicio de ciertas actividades en favor de unos profesionales concretos por razón de su preparación y cualificación está justificada por razones de seguridad pública y salud pública de los consumidores y de los destinatarios de servicios, en los términos previstos en el art. 3.11 de la Ley 17/2009, 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio y en el art. 17 de 20/2013 de garantía de unidad de mercado.

Los posteriores actos administrativos, que en cumplimiento de estas previsiones requieren la intervención del profesional competente, no están obligados a motivar las razones de interés general, necesidad y proporcionalidad de dicha exigencia. La norma que estableció la necesaria intervención administrativa y la reserva de una actividad a unos titulados ya ponderó tales razones de interés general y la proporcionalidad de su implantación.

Esto mismo resulta aplicable cuando la norma reserva una actividad al "facultativo competente", pues si bien en estos casos no se ha especificado los profesionales llamados a ejercerla, si ha querido restringir el ejercicio de dicha actividad o prestación a los profesionales que estén cualificados para desarrollarla. La concreta determinación de quien es el profesional capacitado para ejercerla entraña un **juicio de idoneidad** que ha de concretarse tomando en consideración la capacitación que confiere una determinada titulación y la actividad que ha de ejercerse.

Ello engarza con la jurisprudencia de este Tribunal Supremo en relación con las competencias de las profesiones tituladas, en la que se ha defendido **la prevalencia del principio de "libertad de acceso con idoneidad" sobre el de exclusividad y monopolio competencial, pero en la que se ha destacado que la exigencia de idoneidad para el ejercicio de la función ha de ser puesta en relación con el desempeño de la actividad concreta.** Así la STS de 25 de abril de 2016 (rec. casación nº 2156/2014, fundamento jurídico tercero) afirma:

«Ante todo procede recordar la jurisprudencia de esta Sala relativa a las competencias de las profesiones tituladas, que señala la prevalencia del principio de libertad de acceso con idoneidad sobre el de exclusividad y monopolio competencial. Pueden verse en este sentido, entre otras, las sentencias de 19 de enero de 2012 (casación 321/2010) y 3 de diciembre de 2010 (casación 5467/2006), citándose en esta última, a su vez, sentencias de 24 de marzo de 2006 (casación 3921/2003), 10 de abril de 2006 (casación 2390/2001), 16 de abril de 2007 (casación 1961/ 2002), 16 de octubre de 2007 (casación 6491/2002), 7 de abril de 2008 (casación 7657/2003), 10 de noviembre de 2008 (casación 399/2006) y de 22 de abril de 2009 (casación 10048/2004). De esta última sentencia de 22 de abril de 2009 extraemos el siguiente párrafo:

"[...] con carácter general la jurisprudencia de esta Sala viene manteniendo que no puede partirse del principio de una rigurosa exclusividad a propósito de la competencia de los profesionales técnicos, ni se pueden reservar por principio ámbitos excluyentes a una profesión, y aun cuando cabe la posibilidad de que una actividad concreta pueda atribuirse, por su especificidad, a los profesionales directamente concernidos, esta posibilidad debe ser valorada restrictivamente, toda vez que la regla general sigue siendo la de rechazo de esa exclusividad, pues, como se recoge en aquella

sentencia, la jurisprudencia ha declarado con reiteración que frente al principio de exclusividad debe prevalecer el de libertad con idoneidad, ya que, al existir una base de enseñanzas comunes entre algunas ramas de enseñanzas técnicas, éstas dotan a sus titulados superiores de un fondo igual de conocimientos técnicos que, con independencia de las distintas especialidades, permiten el desempeño de puestos de trabajo en los que no sean necesarios unos determinados conocimientos sino una capacidad técnica común y genérica que no resulta de la situación específica obtenida sino del conjunto de los estudios que se hubieran seguido".

Ahora bien, como dijimos en la sentencia también citada de 19 de octubre de 2015 (casación 1482/2013), **esa interpretación jurisprudencial amplia debe proyectarse sobre los concretos preceptos legales que se refieren a los distintos tipos de obras y edificaciones y a la titulación o titulaciones habilitadas para la realización de los proyectos correspondientes».**

(A continuación, en el fundamento de derecho tercero de aquella STS de 13 de diciembre de 2021 recaída en el RCA 4486/2019 se examina el facultativo competente para emitir los certificados que acompañan a la solicitud de licencia de segunda ocupación en la Comunidad Valenciana).

Estas consideraciones generales sobre el alcance de la intervención administrativa en la materia y la incidencia de la Ley de Garantía de Unidad de Mercado son plenamente aplicables también en este recurso, en el mismo sentido contrario al adoptado por la Sala "*a quo*" en orden al "*facultativo competente*" y a la prevalencia del principio de "*libertad de acceso con idoneidad*" sobre el de exclusividad y monopolio competencial, desde la perspectiva de la exigencia de idoneidad para el ejercicio de la función que ha de ser puesta en relación con el desempeño de la actividad concreta.

QUINTO.- Examen del recurso de casación: otras consideraciones.

Debemos reiterar y reafirmar los razonamientos que hace la STS de 13 de diciembre de 2021 (F.D. Segundo) y que se acaban de recoger y que son

plenamente trasladables al presente recurso. Sin perjuicio de añadir las consideraciones que se hacen a continuación.

A) El Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio (artículo 21) y luego la Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas, al regular este Informe de Evaluación, trataba de facilitar a las Administraciones competentes un instrumento que les permita disponer de la información precisa para evaluar el cumplimiento de las condiciones básicas legalmente exigibles, tanto en materia de conservación, como de accesibilidad. En esta última norma, en su redacción original, se disponía (artículo 4):

«1. Los propietarios de inmuebles ubicados en edificaciones con tipología residencial de vivienda colectiva podrán ser requeridos por la Administración competente, de conformidad con lo dispuesto en la disposición transitoria primera, para que acrediten la situación en la que se encuentran aquéllos, al menos en relación con el estado de conservación del edificio y con el cumplimiento de la normativa vigente sobre accesibilidad universal, así como sobre el grado de eficiencia energética de los mismos.

2. El Informe de Evaluación que determine los extremos señalados en el apartado anterior, identificará el bien inmueble, con expresión de su referencia catastral y contendrá, de manera detallada:

- a) La evaluación del estado de conservación del edificio.
 - b) La evaluación de las condiciones básicas de accesibilidad universal y no discriminación de las personas con discapacidad para el acceso y utilización del edificio, de acuerdo con la normativa vigente, estableciendo si el edificio es susceptible o no de realizar ajustes razonables para satisfacerlas.
 - c) La certificación de la eficiencia energética del edificio, con el contenido y mediante el procedimiento establecido para la misma por la normativa vigente.
- (...)».

Y en su artículo 6:

«1. El Informe de la Evaluación de los Edificios podrá ser suscrito tanto por los técnicos facultativos competentes como, en su caso, por las entidades de inspección

registradas que pudieran existir en las Comunidades Autónomas, siempre que cuenten con dichos técnicos. A tales efectos se considera técnico facultativo competente el que esté en posesión de cualquiera de las titulaciones académicas y profesionales habilitantes para la redacción de proyectos o dirección de obras y dirección de ejecución de obras de edificación, según lo establecido en la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, o haya acreditado la cualificación necesaria para la realización del Informe, según lo establecido en la disposición final decimoctava.

Dichos técnicos, cuando lo estimen necesario, podrán recabar, en relación con los aspectos relativos a la accesibilidad universal, el criterio experto de las entidades y asociaciones de personas con discapacidad que cuenten con una acreditada trayectoria en el ámbito territorial de que se trate y tengan entre sus fines sociales la promoción de dicha accesibilidad.

2. Cuando se trate de edificios pertenecientes a las Administraciones Públicas enumeradas en el artículo 2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, podrán suscribir los Informes de Evaluación, en su caso, los responsables de los correspondientes servicios técnicos que, por su capacitación profesional, puedan asumir las mismas funciones a que se refiere el apartado anterior.

3. Las deficiencias que se observen en relación con la evaluación de lo dispuesto en el artículo 4.2 se justificarán en el Informe bajo el criterio y la responsabilidad del técnico competente que lo suscriba».

Por su parte, la STC 143/2017, de 14 de diciembre (R.I. 5483/2013) declaró nulos, entre otros, dichos preceptos. En línea con lo ya resuelto en la STC 5/2016, de 21 de enero (R.I. 1886/2012).

Lo cierto es que la inspección urbanística es una potestad administrativa, una técnica típica de intervención, cuya finalidad es verificar el cumplimiento de la legalidad urbanística, constatar las irregularidades existentes y, en su caso, activar los debidos mecanismos de corrección.

Aparece así conectada con el ejercicio de una potestad urbanística (de hecho el Tribunal Constitucional consideró en su STC 5/2016, de 21 de enero,

que la inspección técnica de inmuebles «Se trata, sin lugar a dudas, de la regulación de una técnica o instrumento propiamente urbanístico, que tiene por finalidad prevenir y controlar las irregularidades o ilegalidades urbanísticas, así como comprobar el cumplimiento del deber de conservación que corresponde a los propietarios. Son, pues, preceptos que se incardinan con claridad en la materia de urbanismo, es competencia de las Comunidades Autónomas», y con la seguridad de las personas que residen en los inmuebles residenciales.

B) Como recogemos en la tantas veces citada STS de 13 de diciembre de 2021 (en este caso en su F.D. Tercero):

<<La ley de Ordenación de la Edificación diferencia y distribuye las competencias profesionales en relación con los usos de los inmuebles (art. 2 en relación con los artículos 10, 12 y 13). De modo que reserva la elaboración de proyectos, la dirección de la obra y la dirección de la ejecución de la obra de los usos del grupo a), (en donde se incluye el uso residencial) a los arquitectos y arquitectos técnicos, excluyendo a los ingenieros técnicos. En cambio, cuando contempla estas mismas actividades referidas a otros usos (aeronáutico; agropecuario; de la energía; de la hidráulica; minero; de telecomunicaciones, forestal; industrial; naval ...) amplía el abanico de los profesionales llamados a realizarlas, «la titulación académica y profesional habilitante, con carácter general, será la de ingeniero, ingeniero técnico o arquitecto» si bien especificando que «vendrá determinada por las disposiciones legales vigentes para cada profesión, de acuerdo con sus respectivas especialidades y competencias específicas». Ello se corresponde con lo dispuesto en el art. 2 de la Ley 12/1986, de 1 de abril, sobre regulación de la atribuciones profesionales de los Arquitectos e Ingenieros técnicos dispone una serie de competencias diversas en relación también con la redacción y firma de proyectos de construcción, reforma, reparación y conservación, dirección de actividades e incluso realización de mediciones, calculo, valoraciones, informes y peritaciones pero especificando que dichas actividades profesionales las ejercerán «dentro de su respectiva especialidad»>>.

Y añadía:

«Resulta relevante recordar que la Ley 12/1986, de 1 de abril, sobre regulación de las atribuciones profesionales de los Arquitectos e Ingenieros Técnicos, en su artículo segundo restringe las atribuciones de los Ingenieros Técnicos a sus concretas

especialidades, entre las que no se encuentra la edificación residencial. En el caso de los ingenieros industriales su especialidad hace referencia a las plantas industriales o construcciones y edificaciones, instalaciones en el ámbito de la ingeniería industrial (según establece el plan de estudios de esta especialidad en la Orden CIN/311/2009, de 9 de febrero, por la que se establecen los requisitos para la verificación de los títulos universitarios oficiales que habiliten para el ejercicio de la profesión de Ingeniero Industrial)».

La construcción y la conservación o mantenimiento no son actividades completamente separadas sino que para poder conocer el estado de conservación de un edificio y las medidas correctoras que necesita es preciso estar cualificado para poder, en su caso, proyectar y construir ese tipo de edificio o inmueble.

No cabe duda que la conservación y utilización de los edificios tiene que ver con la seguridad de los edificios, el urbanismo y la seguridad de las personas por cuanto su utilización, su uso normal no suponga un riesgo de accidente para las personas o transeúntes (artículo 3.1.b LOE).

C) La resolución del Ayuntamiento no introduce límites al ejercicio de una actividad económica, sino que aplicó la LOE y la jurisprudencia que establecen que, en el ámbito de la edificación residencial, las ITEs deben estar redactadas por arquitectos, arquitectos técnicos o aparejadores. Además, si están acreditadas las razones de interés general basadas en la protección y garantía de la seguridad de los edificios en interés de los usuarios.

En consecuencia, la competencia profesional para intervenir en las inspecciones técnicas de edificaciones y en los informes de evaluación de edificios, está en relación con la *formación y conocimiento para proyectar y dirigir el edificio del que se trate en cada caso.*

Esa justificación -como recoge la STS de 13 de diciembre de 2021- se encuentra en la propia LOE que ha sido interpretada ya por este Tribunal Supremo estableciendo una jurisprudencia que la Sala de instancia no tiene en

cuenta argumentado que en tales pronunciamientos no se analizó la posible incidencia de la LGUM en este ámbito cuando sí se ha valorado, aunque no sea de forma explícita, la necesidad y la proporcionalidad de tal reserva.

D) En este caso el Decreto 53/2018, de 27 de abril, del Consejo de Gobierno de la Comunidad Valenciana, por el que se regula la realización del informe de evaluación del edificio de uso residencial de vivienda y su Registro autonómico en el ámbito de la Comunidad Valenciana, establece en su artículo 8.1:

«El IEEV.CV podrá ser suscrito tanto por personal técnico facultativo competente como, en su caso, por las entidades de inspección registradas que pudieran existir en las comunidades autónomas, siempre que cuenten con dicho personal. A tales efectos, se considera personal técnico facultativo competente a quien esté en posesión de cualquiera de las titulaciones académicas y profesionales habilitantes para la redacción de proyectos o dirección de obras y dirección de ejecución de obras de edificación con uso residencial, según lo establecido en la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de ordenación de la edificación».

Este artículo fue anulado por las sentencias de la Audiencia Nacional de 21 de octubre de 2020 (recurso núm. 6/2018 interpuesto por la CNMC) y del Tribunal Superior de Justicia de Valencia de 31 de julio de 2020 (recurso núm. 117/2018 interpuesto por el Colegio Oficial de Ingenieros Industriales de la Comunidad Valenciana) y en las que se entiende que no existe reserva legal alguna a favor de determinados profesionales para la emisión de este tipo de informe y que no se ha motivado la concurrencia de razones que, con arreglo a lo dispuesto en los artículos 5 y 17 LGUM, la justifique. Ambas penden, respectivamente, de los RRCA 1082/2021 -interpuesto por la Generalidad Valenciana- y 8116/2020 -registrados con este número interpusieron los recursos de casación la Generalidad Valenciana, el Colegio Oficial de Arquitectos de la Comunidad Valenciana y el Consejo de Colegios Oficiales de Aparejadores y Arquitectos Técnicos de la Comunidad Valenciana-.

Como hemos dicho esa justificación se encuentra en la propia LOE que ha sido interpretada ya por el Tribunal Supremo estableciendo una

jurisprudencia que la Sala de instancia no tiene en cuenta argumentado que en tales pronunciamientos no se analizó la posible incidencia de la LGUM en este ámbito.

Atendiéndose a la particularidad de la actividad ejercida (informes de evaluación) y al objeto sobre el que se proyecta (construcciones de uso residencial), la eventual reserva de una actividad a favor de determinados profesionales encuentra su anclaje directo en la mencionada Ley de Ordenación de la Edificación.

E) Ha de tenerse en cuenta la aplicación de la LOE en relación con la Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas y con la Ley 5/2014, de 25 de julio, de ordenación del territorio, urbanismo y paisaje de la Comunidad Valenciana. El ámbito de aplicación exclusivo del Decreto mencionado, son las viviendas de uso residencial, y la repercusión de un informe de evaluación de edificios.

De la redacción del Preámbulo y articulado del Decreto 53/2018 se infiere que la limitación profesional deriva del ámbito de aplicación, es decir, de la limitación del ámbito del Derecho que solo se aplicará a las viviendas de uso residencial.

F) La LOE identifica a los profesionales intervinientes en lo que es objeto de la misma (artículos 2. 2 a) b), 3 y 10), y no cabe desconocer la competencia profesional de los Arquitectos para la realización de las funciones a las que se refiere el artículo 8.1 del Decreto 53/2018, por entender que la reserva de actividad en favor de estos profesionales tan sólo opera cuando intervienen en el ámbito de la construcción o de la edificación. Los principios de proporcionalidad y necesidad a los que alude el artículo 5 LGUM no son bastante para abrir las puertas a cualquier técnico carente de la acreditada competencia de los arquitectos. Resulta proporcional y necesaria la exigencia de que a quien no tenga conocimientos en materia de viviendas, no se le permita intervenir certificando las condiciones inherentes a ellas.

La Inspección Técnica de Edificios de viviendas, que tiene por objeto analizar el estado en el que se encuentran los requisitos básicos que ordenan las intervenciones que se enmarcan en el ámbito de la edificación, corresponde a los arquitectos y arquitectos técnicos.

El propio Decreto 53/2018 viene a justificar las razones de interés general que motivan la competencia a favor de arquitectos y arquitectos técnicos para emitir informes de evaluación de edificios destinados a usos residenciales.

En los aspectos de habitabilidad se trata de proporcionar bienestar a las personas, a través de la protección contra el ruido, aislamiento térmico o la accesibilidad para las personas con movilidad reducida; todo ello dentro del marco de responsabilidad sobre la conservación de las edificaciones, que permite establecer una reserva legal a favor de unas profesiones tituladas específicas, al tratarse de actuaciones estrechamente vinculadas a la seguridad de las personas, siendo necesario y proporcionado que las realicen los técnicos especializados en la proyección, construcción y rehabilitación de edificios de viviendas.

La atribución de competencias a técnicos distintos de los especialmente habilitados para intervenir en edificios de uso residencial según la LOE, conlleva un detrimento de la salvaguarda de una razón imperiosa de interés general, como es la seguridad de las personas.

En este sentido, la jurisprudencia de esta Sala reserva a los arquitectos y arquitectos técnicos la competencia para suscribir los informes de evaluación de edificios de carácter residencial.

G) En conclusión, la reserva que lleva a cabo la LOE en favor de determinados profesionales -Arquitectos e Ingenieros Técnicos-, no supone ninguna infracción de los principios de necesidad y proporcionalidad, estando

11

justificada en razones de interés público. Y, si en el RCA 4580/2020 -STS de 23 de diciembre de 2021- se trata de la redacción del proyecto de obras o de dirección de obras, u otras actuaciones análogas, en edificios de uso administrativo (uso principal), confirmando las resoluciones administrativas y jurisdiccionales que así lo acordaron, aquí se refiere a los denominados ITEs de los edificios residenciales, por lo que igualmente debemos confirmar las resoluciones administrativas que así lo dispusieron, casando la sentencia recurrida.

En consecuencia, y estimándose el recurso de casación interpuesto por el Consejo General de Colegios Oficiales de Aparejadores y Arquitectos Técnicos conforme a los fundamentos de derecho cuarto y quinto, debemos casar la sentencia recurrida y desestimar el recurso contencioso-administrativo y confirmar la resolución administrativa impugnada en su día.

SEXTO.- Sobre las costas.

Al estimarse el recurso de casación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 93.4 y 139 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, la Sala acuerda que no procede la imposición de las costas de casación a ninguna de las partes, abonando cada una las causadas a su instancia y las comunes por mitad, y tampoco procede la imposición de las costas de instancia.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido de acuerdo con la interpretación de las normas establecida en los fundamentos de derecho cuarto y quinto:

Primero.- Estimar el recurso de casación interpuesto por el Consejo General de Colegios Oficiales de Aparejadores y Arquitectos Técnicos contra la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, de fecha 21 de marzo de 2019 (aclarada por auto de 15 de abril de 2019), dictada en el recurso núm. 110/2016.

Segundo.- Desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC) en procedimiento especial para la Unidad de Mercado, ex artículo 127 bis de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, contra el acuerdo de la Junta de Gobierno Local de Santa Pola (Alicante) de 27 de noviembre de 2015, que se confirma.

Tercero.- No imponer las costas ni de casación ni de instancia a ninguna de las partes litigantes, de modo que cada parte abonará las causadas a su instancia y las comunes por mitad.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.