EL SUPREMO CONFIRMA LA RESERVA DE ACTIVIDAD DE LOS ARQUITECTOS TÉCNICOS Y ARQUITECTOS PARA SUSCRIBIR INFORMES Y CERTIFICADOS RELATIVOS A LA SEGURIDAD, SALUBRIDAD Y HABITABILIDAD DE LOS EDIFICIOS RESIDENCIALES

El 17 de diciembre se notificó al Consejo General la estimación del recurso de casación interpuesto por la Corporación contra sentencia de la Audiencia Nacional que, asumiendo la tesis de la CNMC, reconocía competencias a los ingenieros e ingenieros técnicos para emitir certificados para la obtención de licencias de segunda ocupación de inmuebles destinados a uso residencial.

Se trata de una sentencia especialmente relevante y positiva pues consolida la doctrina jurisprudencial establecida por el Tribunal en 2014 y 2015 confirmando, en base al principio de especialidad, que los Ingenieros e Ingenieros Técnicos no son competentes para suscribir ITES, IEES, certificados para licencias de segunda ocupación o actuaciones análogas, que afecten a edificios de uso residencial.

El Tribunal Supremo zanja así la controversia sobre qué técnicos son competentes para suscribir informes y certificados relativos a la seguridad y habitabilidad de los edificios residenciales, extendiendo a este tipo de intervenciones profesionales la reserva de actividad de la LOE a favor de Arquitectos Técnicos y Arquitectos. En el Fundamento de Derecho Tercero, se establece al efecto lo siguiente:

> *"Es cierto que la emisión del certificado para obtener una licencia de segunda ocupación de un inmueble destinado a vivienda no implica la realización de un proyecto ni la dirección o ejecución de obras de nueva construcción o alteración sustancial de lo ya construido, pero certifica si dicho inmueble se ajusta a las condiciones que permitieron la obtención de la licencia de primera ocupación -acreditando que cumple las exigencias del proyecto edificatorio, con la normativa urbanística y se ajusta a las condiciones exigibles para el uso al que se destina, y por ende respeta las exigencias de seguridad y habitabilidad-, por lo que su emisión debe encomendarse a aquellos profesionales que están cualificados, por su formación y por las competencias adquiridas para evaluar tales extremos, considerándose que en el caso de inmuebles de uso residencial estos son los arquitectos y arquitectos técnicos y no los ingenieros técnicos industriales."*

Cabe a su vez destacar el pronunciamiento del Supremo en cuanto al deber de motivación de los actos administrativos en base a la LGUM (FDº Segundo):

> *"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."*

Seguimos pendientes de la resolución de los otros dos recursos de casación interpuestos por el CGATE sobre los técnicos competentes para suscribir IEES/ITEs y actuaciones análogas que, a buen seguro, reafirmarán la doctrina jurisprudencial expuesta.

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. 236 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.

R. CASACION núm.: 4486/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Diego Córdoba Castroverde

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

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Contencioso-Administrativo
Sección Tercera
Sentencia núm. 1464/2021

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 13 de diciembre de 2021.

Esta Sala ha visto por los magistrados indicados al margen, el recurso de casación número 4486/2019, interpuesto por el Consejo Superior de los Colegios de Arquitectos de España, representado por el procurador de los tribunales don Arguimiro Vázquez Guillén, bajo la dirección letrada de don Juan Rodríguez Zapatero, y por el Consejo General de Colegios Oficiales de Aparejadores y Arquitectos Técnicos representado por el procurador de los tribunales don Alberto Hidalgo Martínez y con la asistencia del letrado don Jorge Ledesma Ibáñez, contra la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, de 15 de abril de 2019, en el recurso contencioso administrativo número 220/2016.

Firmado por: DIEGO CORDOBA CASTROVERDE 14/12/2021 13:21 Minerva
Firmado por: JOSE M. DEL RIEGO VALLEDOR 14/12/2021 14:09 Minerva
Firmado por: ANGEL AROZAMENA LASO 14/12/2021 14:33 Minerva
Firmado por: EDUARDO CALVO ROJAS 15/12/2021 11:19 Minerva
Firmado por: EDUARDO ESPIN TEMPLADO 16/12/2021 09:10 Minerva

Código Seguro de Verificación E04799402-MI:udrj-dJsk-ZrHH-hoR3-L Puede verificar este documento en https://sedejudicial.justicia.es

Han sido partes recurridas el Abogado del Estado, en la representación que ostenta y el procurador de los tribunales don José Manuel Fernández Castro en nombre y representación de don bajo la dirección letrada de don Jaime María Lacy y Pérez de los Cobos.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Diego Córdoba Castroverde.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El Procurador de los Tribunales don Argimiro Vázquez Guillén, actuando en nombre y representación del Consejo Superior de los Colegios de Arquitectos y, por otro lado, el Procurador D. Alberto Hidalgo Martínez, en nombre y representación del Consejo General de Colegios Oficiales de Aparejadores y Arquitectos Técnicos, interpusieron sendos recursos de casación contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional (Sección Sexta) de fecha 15 de abril de 2019 (procedimiento n.º 220/2016).

El procedimiento judicial fue instado 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, contra el Decreto n.º 44/2016 de la Alcaldía del Ayuntamiento de Orba, de 11 de febrero de 2016, que desestimó la reclamación formulada al amparo del artículo 26 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado (LGUM), confirmando el criterio mantenido en anterior resolución (informe de los Servicios Técnicos Municipales), de 11 de diciembre de 2015.

En dicho informe municipal se afirmaba que, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de Edificación (LOE), el técnico firmante en la solicitud de licencia de segunda ocupación

Firmado por: JOSE BANDRES SANCHEZ-CRUZAT
16/12/2021 10:32
Minerva

Código Seguro de Verificación E04799402-MI:udrj-dJsk-ZrHH-hoR3-L Puede verificar este documento en https://sedejudicial.justicia.es

para una vivienda unifamiliar aislada (informe de inspección técnica para edificios residenciales), no reunía los requisitos legalmente establecidos al estar firmado por un ingeniero técnico industrial en vez de por un arquitecto o arquitecto técnico. En el procedimiento comparecieron como codemandados el Consejo Superior de los Colegios de Arquitectos de España y el Consejo General de Colegios Oficiales de Aparejadores y Arquitectos Técnicos.

SEGUNDO. Mediante Auto de 25 de marzo de 2021 se admitió el recurso de casación declarando que la cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de la 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.

TERCERO. El Consejo Superior de los Colegios de Arquitectos argumenta, en síntesis, lo siguiente:

1º Infracción de los artículos 10.2.a), 12.3.a) y 13.2.a) en relación con el artículo 2 de la Ley de Ordenación de la Edificación.

La regulación normativa de las inspecciones técnicas de edificios y de evaluación de edificios, después de la sentencia del TC 143/2017 que declaró la inconstitucionalidad de varios preceptos de la Ley 8/2013 de 26 de junio, de Rehabilitación, Regeneración y Renovación urbanas, se contiene hoy en distintas disposiciones autonómicas.

En la mayoría de dichas normas existe una remisión a las competencias para los informes de la evaluación de edificios a las titulaciones académicas y profesionales conforme a la LOE. La competencia viene

Código Seguro de Verificación E04799402-MI:udrj-dJsk-ZrHH-hoR3-L Puede verificar este documento en https://sedejudicial.justicia.es

determinada por los profesionales que tienen la capacidad para proyectar y dirigir las obras de edificación según los usos de cada una de ellas.

La ley de Ordenación de la Edificación 38/1999, de 5 de noviembre es la norma estatal básica que regula el proceso de edificación. De esta norma se desprenden las siguientes consideraciones:

Las inspecciones técnicas de los edificios e informes de evaluación tienen por objeto comprobar e inspeccionar el estado de conservación de los edificios construidos y las condiciones básicas de seguridad.

Los requisitos básicos de la edificación deben tenerse en cuenta y verificar su cumplimiento en todas las fases del proceso de la edificación (art. 3).

El proyecto edificatorio es donde se contienen la definición y la determinación esas condiciones o requisitos básicos de la edificación.

Por ello hay una vinculación plena del contenido de las evaluaciones de edificios e inspecciones técnicas con el proyecto edificatorio, con la dirección de obra (art. 12.c de la LOE) y con la dirección de ejecución de la obra (art. 13.2.c) de la LOE).

La distribución de competencias profesionales tiene que ver con los usos de los edificios. En los usos del grupo A el proyecto y la dirección de obra son competencia de los arquitectos y la dirección de obra de los arquitectos técnicos. En los usos edificatorias de los grupos B y C entran las ingenierías.

El argumento de la sentencia recurrida es que las inspecciones técnicas de edificios no tienen la naturaleza de proyecto de obra, ni dirección de obra ni dirección de ejecución de obra y por ello no se aplica la LOE, vulnera la propia LOE. El argumento de la sentencia recurrida sería establecer una diferenciación o separación entre proyecto, dirección de obras y la propia

Código Seguro de Verificación E04799402-MI:udrj-dJsk-ZrHH-hoR3-L Puede verificar este documento en https://sedejudicial.justicia.es

conservación y usos de edificios, diferenciación que no establece la ley y vulneración la propia finalidad de la ley que es justamente garantizar la seguridad de las edificaciones.

2º Infracción de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que ha establecido la vinculación de las inspecciones técnicas y evaluación de edificios con los requisitos básicos de la edificación y que la competencia profesional está en relación con las competencias para proyectar y dirigir edificios según sus usos (STS de 9 de diciembre de 2015, rec. 4549/2012) y 25 de noviembre de 2015, rec. 578/2014).

Las citadas sentencias se han dictado en sendos recursos contra las Ordenanzas municipales reguladoras de las inspecciones técnicas de edificios. El Tribunal Supremo considera que la LOE es la norma jurídica que determina las competencias profesionales para las inspecciones técnicas de edificios, toda vez que se corresponden con las competencias para la proyección y dirección de las obras de edificación.

Esta doctrina se basa en considerar que:

- existe una coincidencia sustancial entre el contenido de las inspecciones técnicas de edificios con los requisitos básicos de edificación que establece la LOE.

- no hay razones, ni ninguna norma que lo establezca, para diferenciar entre la actividad de la edificación y la de conservación.

- las atribuciones profesionales de los ingenieros se delimitan por la especialidad respectiva de cada una de sus ramas y están en correspondencia con la técnica propia de cada titulación.

Código Seguro de Verificación E04799402-MI:udrj-dJsk-ZrHH-hoR3-L Puede verificar este documento en https://sedejudicial.justicia.es

El principio de especialidad es determinante en orden a delimitar las atribuciones profesionales de las distintas ingenierías, por lo que las ingenierías y técnicas industriales no están facultadas para emitir informes de evaluación de edificios en los edificios de uso residencial.

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 de que se trate.

3º Infracción de los artículos 5 y 17 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre de Garantía de Unidad de Mercado y del artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.

La sentencia de instancia considera que la LOE no atribuye una competencia exclusiva en favor de arquitectos y arquitectos técnicos para realizar los informes técnicos de inspección de edificios (ITES) o los informes de evaluación de edificios (IEES) y han de aplicarse y justificarse los principios de necesidad y proporcionalidad contenidos en el art. 5 de la Ley de Garantía de Unidad de Mercado.

Pero estos principios no pueden aplicarse si existe una reserva legal en la propia LOE en favor de los arquitectos y arquitectos técnicos en el ámbito residencial para elaborar los informes de inspecciones técnicas de edificios.

Por otra parte, el principio de necesidad (art. 5.b) de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre) también concurría. La autorización estaría justificada por razones de interés general como la seguridad de las personas, la protección del medio ambiente y la conservación de la edificación y en especial los aspectos de accesibilidad y habitabilidad forman parte consustancial de los informes de inspecciones técnicas. El Tribunal supremo justifica el deslinde de competencias entre los distintos profesionales que intervienen en el proceso

Código Seguro de Verificación E04799402-MI:udrj-dJsk-ZrHH-hoR3-L Puede verificar este documento en https://sedejudicial.justicia.es

edificatorio en favor de los arquitectos en la garantía de la seguridad de las edificaciones.

Y por lo que respecta al principio de proporcionalidad, esto es, que la regulación normativa sea el instrumento más adecuado para garantizar la consecución del objetivo que se persigue porque no existan otras medidas más restrictivas que permitan obtener el mismo resultado.

Y analizando las disposiciones vigentes que regulan las competencias formativas de los diferentes títulos universitarios se extrae la conclusión que las diferentes ingenierías (y especialmente las ingenierías industriales) se centran en el ámbito edificatorio en aspectos parciales, no tienen una competencia general o universal en materia edificatoria, a diferencia de los arquitectos.

El edificio es integral y, por lo tanto, la evaluación de estos no se puede abordar sin tener en cuenta la interacciones con el resto del edificio y con los sistemas constructivos con el diseño estructural con la configuración de la facha y con los elementos pasivos y activos.

No se trata de tener unos conocimientos específicos sobre determinados aspectos parciales, sino que debe exigirse que el técnico tenga unas competencias globales sobre la conservación del edificio en sus aspectos esenciales de seguridad, accesibilidad, habitabilidad y eficiencia energética aplicada al edificio y para esa formación es necesario tener en cuenta la mayor parte de la formación académica del arquitecto o de del arquitecto técnico. Los informes de evaluación y de inspecciones técnicas de los edificios, desde un punto de vista objetivo y técnico, no pueden ser realizados por un profesional sin la adecuada formación.

La misión básica del profesional que realiza el informe es comprobar el grado de cumplimiento de la normativa en vigor y, para verificarlo y aplicar la norma correspondiente, correctamente interpretada, hay que conocer en

Código Seguro de Verificación E04799402-MI:udrj-dJsk-ZrHH-hoR3-L Puede verificar este documento en https://sedejudicial.justicia.es

detalle los sistemas constructivos del edificio, los materiales de construcción y sus comportamientos. Para proponer soluciones y mejoras, hay que tener conocimiento del diseño de las partes y sus interacciones, así como del conjunto. Esas soluciones y propuestas necesitan también que el profesional competente sepa presentarlas de una forma integral, lo que, en definitiva, equivale a tener conocimientos y competencias sobre contenidos y estructura de un proyecto arquitectónico, incluido el conjunto de documentos técnicos adjuntos al mismo.

En definitiva, para ser técnico competente para la elaboración de estos informes, hay que tener la formación global sobre el edificio, que únicamente se consigue en los planes de estudio de Arquitectura y Arquitectura Técnica.

4º Los ingenieros técnicos industriales carecen de atribuciones profesionales para realizar proyectos, informes o intervenir en el ámbito de los viviendas y edificios de uso residencial. Rige el principio de la especialidad que en el caso de estos profesionales es el de la industria y sus instalaciones.

CUARTO. El Consejo General de Colegios Oficiales de Aparejadores y Arquitectos Técnicos funda el recurso en las siguientes consideraciones:

1º Reserva de actividad.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo, en especial la sentencia de 9 de diciembre de 2014 (recurso nº 4549/2012) y de 25 de noviembre de 2015, 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.

Código Seguro de Verificación E04799402-MI:udrj-dJsk-ZrHH-hoR3-L Puede verificar este documento en https://sedejudicial.justicia.es

Y este precepto consideramos que no existe.» (STS de 9 de diciembre de 2014 (recurso nº 4549/2012) f.j tercero).

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 art. 2.1 del citado cuerpo legal.

Acudiendo a los arts. 10.2.a), 12.3.a) y 13.2.a) de la 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.

Código Seguro de Verificación E04799402-MI:udrj-dJsk-ZrHH-hoR3-L Puede verificar este documento en https://sedejudicial.justicia.es

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 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.

Y 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 tiene 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.

Código Seguro de Verificación E04799402-MI:udrj-dJsk-ZrHH-hoR3-L Puede verificar este documento en https://sedejudicial.justicia.es

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.

Código Seguro de Verificación E04799402-MI:udrj-dJsk-ZrHH-hoR3-L Puede verificar este documento en https://sedejudicial.justicia.es

Del análisis de las órdenes ministeriales que rigen los planes de estudios de los títulos habilitantes para ejercer diversas Ingeniería 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.

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

3º 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.

Código Seguro de Verificación E04799402-MI:udrj-dJsk-ZrHH-hoR3-L Puede verificar este documento en https://sedejudicial.justicia.es

A juicio de esta representación, 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

Código Seguro de Verificación E04799402-MI:udrj-dJsk-ZrHH-hoR3-L Puede verificar este documento en https://sedejudicial.justicia.es

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.

QUINTO. El Procurador D. José Manuel Fernández Castro, actuando en nombre y representación de se opone a los recursos de casación.

En la instancia se centró el debate en torno a si un ingeniero técnico industrial era técnico competente para emitir un certificado que requería el Ayuntamiento de Orba para obtener las licencias de segunda ocupación. Y si esta actividad estaba o no reservada a favor de los Arquitectos y Arquitectos técnicos o si dicha reserva vulneraba los principios que impone la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado.

Debe tenerse como doctrina pacífica que no puede admitirse un monopolio de proyección de todo tipo de construcciones a favor de una determinada profesión, así como, frente al principio de exclusividad se levanta y proclama el principio de libertad con idoneidad por ello la conocida frase que emplea el legislador que concluye con "facultativo o técnico competente".

En las licencias de segunda ocupación la competencia no está atribuida a ninguna profesión en concreto. Estamos ante una simple recopilación de documentación, junto con la elaboración de un plano que acredita que la vivienda cumple unos requisitos de habitabilidad.

El recurrido sostiene que entre la documentación que exige la obtención de licencia de segunda ocupación está el certificado del facultativo competente de que el edificio o, en su caso, la parte del mismo susceptible de uso individualizado, se ajusta a las condiciones que supusieron el otorgamiento de la primera o anterior licencia de ocupación a la que se solicita,

Código Seguro de Verificación E04799402-MI:udrj-dJsk-ZrHH-hoR3-L Puede verificar este documento en https://sedejudicial.justicia.es

o se ajusta a las condiciones exigibles para el uso al que se destina. Todo esto no requiere, vista la legislación aplicable, el Decreto 151/2009, de 2 de octubre del Consell, y la Orden de 7 de diciembre de 2009 de la Consellería de Medio Ambiente, Agua, Urbanismo y Vivienda que desarrolla el Decreto citado, que una profesión especial tenga el monopolio de estas certificaciones. Los ingenieros técnicos industriales están capacitados tanto por su formación académica como por sus conocimientos técnicos a realizar este tipo de certificaciones.

Por lo que respecta a la falta de idoneidad del ingeniero técnico industrial para redactar los certificados necesarios para la obtención de las licencias de segunda actividad.

Las licencias de segunda o posteriores ocupaciones no se refieren al proceso de edificación ni al proceso constructivo. La intervención de los ingenieros técnicos para los usos del art. 2.1 a) de la LOE tienen competencia para proyectar y ejecutar obras de adaptación, remodelación, distribución y reforma interior. Y para el resto, es decir, para los grupos de las letras b) y c) del art. 2.1 del mismo Texto tienen competencia plena.

Entre la documentación que exige la obtención de licencia de segunda ocupación está el certificado del facultativo competente de que el edificio o, en su caso, la parte del mismo susceptible de un uso individualizado, se ajusta a las condiciones que supusieron el otorgamiento de la primera o anterior licencia de ocupación a la que se solicita, o se ajusta a las condiciones exigibles para el uso al que se destina. Todo esto no requiere que una profesión especial en concreto tenga el monopolio de estas certificaciones, pues tal y como se ha expuesto, los ingenieros técnicos están capacitados tanto por su formación académica como por sus conocimientos técnicos para realizar este tipo de certificaciones. En cuanto a que esa certificación incluya que no se trata de una nueva planta y la clasificación del suelo, parece más que evidente que todo ello puede obtenerse de cualquier registro público,

Código Seguro de Verificación E04799402-MI:udrj-dJsk-ZrHH-hoR3-L Puede verificar este documento en https://sedejudicial.justicia.es

incluso del propio Ayuntamiento, sin necesidad de tener una capacitación especial.

Considera que la sentencia se ajusta a lo dispuesto en la Ley de Garantía de Unidad de Mercado.

La sentencia de la Audiencia Nacional sostiene que no puede admitirse un monopolio de proyección de todo tipo de construcciones en favor de una profesión determinada. Aplicó los principios de la Ley de Garantía de Unidad de Mercado.
La colegiación supone ya una restricción al acceso y ejercicio de una profesión. Pero es una restricción justificada en el interés general. Y además de ello, la propia colegiación restringe todavía más el ejercicio de las profesiones técnicas a las que obliga a realizar un visado colegial.

Queda claro que la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado 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, el Texto mencionado exige que las reservas de actividad se basen en razones imperiosas de interés general, y que se trate de una medida proporcionada en la razón citada y basada en el interés público que se quiera proteger.

En definitiva, cualquier medida administrativa que venga a intervenir el ejercicio de una actividad económica debe ser motivada y proporcionada. Y en este caso, resulta más que evidente que el acto administrativo objeto del recurso inicial contencioso administrativo, debió ser motivado en los principios de necesidad y proporcionalidad de la LGUM, los cuales brillan por su ausencia en la resolución administrativa objeto de recurso.

La sentencia de la Audiencia Nacional lo que ha hecho ha sido rectificar y anular el comportamiento contrario a derecho del Ayuntamiento de Orba, exponiendo que mientras no exista esta reserva legal específica en favor de

Código Seguro de Verificación E04799402-MI:udrj-dJsk-ZrHH-hoR3-L Puede verificar este documento en https://sedejudicial.justicia.es

alguna titulación en concreto, amparada en alguna de las razones de interés general que establece la LGUM, deben aplicarse los principios de necesidad y proporcionalidad previstos en el art. 5 de la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio y arts. 5 y 17 de la Ley 20/2013, debiendo admitir para la realización de los informes o certificados de los técnicos para la obtención de licencias de segunda ocupación a todos los profesionales que puedan acreditar las competencias necesarias para su elaboración. Y entre estos profesionales se encuentran todas las ingenierías e ingenierías técnicas, incluida, por supuesto, la ingeniería técnica industrial.

La normativa autonómica en materia de edificación y urbanismo de la comunidad valenciana contempla una reserva de actividad a favor de técnicos o facultativos competentes para la emisión de los certificados necesarios para obtener las licencias de segunda o posteriores ocupaciones de viviendas. La ley 12/1986, de 1 de abril sobre regulación de las atribuciones profesionales de los ingenieros técnicos reconoce a estos últimos, en su especialidad, el poder realizar mediciones, cálculos, valoraciones, tasaciones, peritaciones, estudios, informes, planos de labores y otros trabajos análogos.

Por lo que respecta al 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 Ley de Garantía de la Unidad Mercado 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 Ley de Ordenación de la Edificación (LOE) que se oponga a la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado quedó sin efecto en el momento que entró en vigor este último Texto.

Para la derogación tácita, según tiene dicho el Tribunal Supremo, 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

Código Seguro de Verificación E04799402-MI:udrj-dJsk-ZrHH-hoR3-L Puede verificar este documento en https://sedejudicial.justicia.es

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 arts. 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.

La doctrina ha rechazado el privilegio competencial a favor de una profesión técnica predeterminada, manteniendo la necesidad de dejar abierta a todo título facultativo oficial que supone un nivel de conocimientos técnicos que se correspondan con la clase y categoría de los proyectos que suscriba su poseedor.

El acto administrativo dictado por el Ayuntamiento de Orba no cuestionó la competencia y capacidad técnica del ingeniero técnico industrial, sino su capacidad legal para redactar un informe o certificación sobre las condiciones de una vivienda. Ese acto es una barrera que impide el libre ejercicio de una profesión de acuerdo con el art. 35 de la Constitución, siendo

Código Seguro de Verificación E04799402-MI:udrj-dJsk-ZrHH-hoR3-L Puede verificar este documento en https://sedejudicial.justicia.es

contraria también a los principios de necesidad y proporcionalidad que se establecen en la LGUM.

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 (art. 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.

Al rechazar, sin expresar alguna justificación jurídica basada en el interés general, se están poniendo impedimentos e inconvenientes sin justificación al ejercicio de la competencia por parte de otros profesionales que son igual de cualificados que los arquitectos o arquitectos técnicos. El mero hecho de poner límites al ejercicio de una actividad económica requiere, por imperativo legal, la motivación de su necesidad en alguna razón de las comprendidas en el art. 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre.

SEXTO. El Abogado del Estado se opone al recurso.

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 Ley de Ordenación de la Edificación 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

Código Seguro de Verificación E04799402-MI:udrj-dJsk-ZrHH-hoR3-L Puede verificar este documento en https://sedejudicial.justicia.es

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 los dispuesto en los artículos 10.2.a, 12.3.a y 13.2.a de la Ley de Ordenación de la edificación [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 el los edificios- y, en cambio, se refiere a Ingenieros e Ingenieros Técnicos como competentes para

Código Seguro de Verificación E04799402-MI:udrj-dJsk-ZrHH-hoR3-L Puede verificar este documento en https://sedejudicial.justicia.es

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 sentencias de 9.12.14 y 25.11.15 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) de la LOGUM 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 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.

Código Seguro de Verificación E04799402-MI:udrj-dJsk-ZrHH-hoR3-L Puede verificar este documento en https://sedejudicial.justicia.es

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.

SÉPTIMO. Quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento para votación y fallo, fijándose al efecto el día 30 de noviembre de 2021, en cuyo acto tuvo lugar, habiéndose observado las formalidades legales referentes al procedimiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. El Consejo Superior de los Colegios de Arquitectos y el Consejo General de Colegios Oficiales de Aparejadores y Arquitectos Técnicos, interponen sendos recursos de casación contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional (Sección Sexta) de fecha 15 de abril de 2019 (procedimiento n.º 220/2016) instado 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 contra el Decreto n.º 44/2016 de la Alcaldía del Ayuntamiento de Orba, de 11 de febrero de 2016, que desestimó la reclamación formulada al amparo del artículo 26 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado (LGUM), confirmando el criterio mantenido en anterior resolución (informe de los Servicios Técnicos Municipales), de 11 de diciembre de 2015.

En dichas resoluciones se consideró que, conforme a lo dispuesto en la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de Edificación (LOE), el técnico firmante del certificado necesario para obtener la licencia de segunda

Código Seguro de Verificación E04799402-MI:udrj-dJsk-ZrHH-hoR3-L Puede verificar este documento en https://sedejudicial.justicia.es

ocupación para una vivienda unifamiliar aislada debía ser un arquitecto o arquitecto técnico y no un ingeniero técnico industrial.

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 Mercado 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.

Código Seguro de Verificación E04799402-MI:udrj-dJsk-ZrHH-hoR3-L Puede verificar este documento en https://sedejudicial.justicia.es

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.

Código Seguro de Verificación E04799402-MI:udrj-dJsk-ZrHH-hoR3-L Puede verificar este documento en https://sedejudicial.justicia.es

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

Código Seguro de Verificación E04799402-MI:udrj-dJsk-ZrHH-hoR3-L Puede verificar este documento en https://sedejudicial.justicia.es

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:

Código Seguro de Verificación E04799402-MI:udrj-dJsk-ZrHH-hoR3-L Puede verificar este documento en https://sedejudicial.justicia.es

«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».

TERCERO. Facultativo competente para emitir los certificados que acompañan a la solicitud de licencia de segunda ocupación en la Comunidad Valenciana.

Código Seguro de Verificación E04799402-MI:udrj-dJsk-ZrHH-hoR3-L Puede verificar este documento en https://sedejudicial.justicia.es

Hechas estas consideraciones generales, se trata ahora de determinar si es ajustada a derecho, atendiendo al principio de idoneidad, la resolución adoptada por el Ayuntamiento de Orba que consideró que el certificado que debe acompañar a la solicitud de una licencia de segunda ocupación no puede estar suscrito por un ingeniero técnico industrial, sino que debe emitirlo un arquitecto o arquitecto técnico.

La determinación del facultativo competente entraña un juicio de idoneidad que ha de tomar en consideración, tal y como ya señalamos en la STS de 22 de diciembre de 2016 (rec. 177/2013) «la titulación, la formación, la exigencia y la complejidad del proceso de certificación». Para ello procede analizar el contenido de la certificación y la capacitación que le confiere su titulación.

Las licencias de ocupación tratan de verificar si el inmueble puede destinarse al uso previsto, y reúne las condiciones técnicas de seguridad y salubridad necesarias. Tal y como establece la Ley 3/2004, de Ordenación y Fomento de la Calidad de la Edificación de la Comunidad Valenciana «tiene por objeto comprobar la adecuación de la obra ejecutada al proyecto para el que fue concedida la Licencia Municipal de Edificación y la adecuación de la edificación existente a la normativa de aplicación, en función del uso y características de los edificios (art. 32 1 y 2). En similares términos se ha pronunciado la jurisprudencia del Tribunal Supremo al afirmar que tratan de "cerciorarse de que lo construido reúne las condiciones técnicas de seguridad, salubridad y ornato públicos"» (Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 1976, de 7 de febrero de 1984, de 27 de marzo de 1991, de 14 de diciembre de 1998 y de 21 de julio de 2001).

Y, más específicamente, por lo que respecta a las licencias de segunda ocupación la Ley 3/2004, de Ordenación y Fomento de la Calidad de la Edificación de la Comunidad Valenciana prevé que «Transcurridos diez años desde la obtención de la primera licencia de ocupación será necesaria la renovación de la misma en los siguientes supuestos: a) Cuando se produzca la segunda o posteriores transmisiones de la propiedad. b) Cuando sea necesario formalizar un nuevo contrato de suministro de agua, gas o electricidad» (art 33.2) Para obtener estas licencias es necesario, según

Código Seguro de Verificación E04799402-MI:udrj-dJsk-ZrHH-hoR3-L Puede verificar este documento en https://sedejudicial.justicia.es

dispone el art. 34.2 de dicha norma, que el propietario aporte «[...] certificado del facultativo competente de que el edificio o, en su caso, la parte del mismo susceptible de un uso individualizado, se ajusta a las condiciones que supusieron el otorgamiento de la primera o anterior licencia de ocupación a la que se solicita.

3. En el supuesto de edificación existente sin que tuvieran licencia de ocupación anterior y que precisen la obtención de la misma por los motivos contemplados en el artículo 33 de la presente ley, los propietarios deberán solicitarla al ayuntamiento, adjuntando igualmente certificado del facultativo competente de que el edificio o, en su caso, la parte del mismo susceptible de un uso individualizado se ajusta a las condiciones exigibles para el uso al que se destina».

En definitiva, para obtener la licencia de segunda ocupación es necesario aportar un certificado expedido por "facultativo competente" que tiene por objeto acreditar que el inmueble se ajusta a las condiciones que le permitieron obtener la primera licencia de ocupación y se ajusta a las condiciones exigibles para el uso a que se destina, en nuestro caso al uso residencial.

El facultativo que lo suscriba ha de tener los conocimientos y preparación necesaria para acreditar que la vivienda en cuestión cumple con la normativa urbanística y con las exigencias de seguridad y salubridad propias del uso residencial al que se destina. La íntima relación con la seguridad y salud de las personas hace necesario que dicha certificación quede restringida a los profesionales cuya aptitud e idoneidad profesional han quedado acreditadas en virtud de la titulación obtenida y las competencias adquiridas.

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

Código Seguro de Verificación E04799402-MI:udrj-dJsk-ZrHH-hoR3-L Puede verificar este documento en https://sedejudicial.justicia.es

(aeronáutico; agropecuario; de la energía; de la hidráulica; minero; de telecomunicaciones, forestal; industrial; naval [...]) amplia 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».

Es cierto que la emisión del certificado para obtener una licencia de segunda ocupación de un inmueble destinado a vivienda no implica la realización de un proyecto ni la dirección o ejecución de obras de nueva construcción o alteración sustancial de lo ya construido, pero certifica si dicho inmueble se ajusta a las condiciones que permitieron la obtención de la licencia de primera ocupación -acreditando que cumple las exigencias del proyecto edificatorio, con la normativa urbanística y se ajusta a las condiciones exigibles para el uso al que se destina, y por ende respeta las exigencias de seguridad y habitabilidad-, por lo que su emisión debe encomendarse a aquellos profesionales que están cualificados, por su formación y por las competencias adquiridas para evaluar tales extremos, considerándose que en el caso de inmuebles de uso residencial estos son los arquitectos y arquitectos técnicos y no los ingenieros técnicos industriales.

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

Código Seguro de Verificación E04799402-MI:udrj-dJsk-ZrHH-hoR3-L Puede verificar este documento en https://sedejudicial.justicia.es

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 misión básica del profesional que emite la certificación es comprobar el grado de cumplimiento de la normativa en vigor y su acomodación al proyecto de edificación, existiendo una evidente relación entre la capacidad para intervenir en la edificación y la certificar que lo edificado se corresponde con lo proyectado, tomando en consideración que aunque existe una base de enseñanzas comunes que dotan a sus titulados superiores de un fondo igual de conocimientos técnicos que, con independencia de las distintas especialidades, permiten el desempeño de determinadas actividades, los elementos estructurales y de seguridad pueden variar dependiendo del uso a que se destine. A tal efecto, el Real Decreto 314/2006, de 17 de marzo, por el que se aprueba el Código Técnico de la Edificación establece un requisito básico «Seguridad estructural» adecuado frente a las acciones e influencias previsibles a las que pueda estar sometido durante su construcción y el uso previsto (art. 10), lo mismo sucede con las exigencias básicas de seguridad en caso de incendio y salubridad, que se establecen de acuerdo "con las características de su proyecto, construcción, uso y mantenimiento"» (arts. 11 y 13).

Por todo lo expuesto, procede estimar el recurso de casación anulando la sentencia de instancia y confirmando las resoluciones administrativas que consideraron que el facultativo competente para emitir el certificado para obtener la licencia de segunda ocupación en relación con un inmueble destinado a uso residencial son los arquitectos y arquitectos técnicos.

CUARTO. Costas.

Código Seguro de Verificación E04799402-MI:udrj-dJsk-ZrHH-hoR3-L Puede verificar este documento en https://sedejudicial.justicia.es

De conformidad con lo dispuesto en el art 93.4 LJ cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad sin que se aprecien razones de temeridad o mala fe en el presente litigio que justifiquen la imposición de las costas a ninguna de las partes intervinientes.

Por lo que respecta a las costas generadas en la instancia este Tribunal aprecia la existencia de serias dudas de derecho con relación a la correcta aplicación de las disposiciones de la Ley de Garantía de Unidad de mercado a supuestos como el enjuiciado y en la determinación del facultativo idóneo para emitir los certificados objeto de este litigio, por ello no se imponen las costas a ninguna de las partes litigantes en la instancia.

F A L L O

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 el fundamento jurídico segundo:

1º Estimar el recurso de casación interpuesto por el Consejo Superior de los Colegios de Arquitectos y por el 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 fecha 15 de abril de 2019 (procedimiento n.º 220/2016).

2º Desestimar el recurso contencioso interpuesto por la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC), y por contra el Decreto n.º 44/2016 de la Alcaldía del Ayuntamiento de Orba, de 11 de febrero de 2016, confirmando el criterio mantenido en anterior resolución (informe de los Servicios Técnicos Municipales), de 11 de diciembre de 2015.

Código Seguro de Verificación E04799402-MI:udrj-dJsk-ZrHH-hoR3-L Puede verificar este documento en https://sedejudicial.justicia.es

3º 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.

Código Seguro de Verificación E04799402-MI:udrj-dJsk-ZrHH-hoR3-L Puede verificar este documento en https://sedejudicial.justicia.es