



Roj: **SAN 1584/2019** - ECLI: **ES:AN:2019:1584**

Id Cendoj: **28079230062019100150**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **15/04/2019**

Nº de Recurso: **220/2016**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **AUDIENCIA NACIONAL**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo**

### **SECCIÓN SEXTA**

**Núm. de Recurso:** 0000220 / 2016

**Tipo de Recurso:** PROCEDIMIENTO ORDINARIO

**Núm. Registro General:** 02265/2016

**Demandante:** Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC) y D. Diego

**Procurador:** D. JOSÉ MANUEL FERNÁNDEZ CASTRO

**Letrado:** D. JAIME MARÍA DE LACY PÉREZ DE LOS COBOS

**Demandado:** AYUNTAMIENTO DE ORBA

**Codemandado:** EL CONSEJO SUPERIOR DE COLEGIOS ARQUITECTOS DE ESPAÑA Y EL CONSEJO GENERAL DE COLEGIOS OFICIALES DE **APAREJADORES** Y ARQUITECTOS TÉCNICOS.

**Abogado Del Estado**

**Ponente Ilmo. Sr.:** D. SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO

### **SENTENCIA N.º:**

**Ilma. Sra. Presidente:**

D.ª. BERTA SANTILLAN PEDROSA

**Ilmos. Sres. Magistrados:**

D. SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

D. JOSÉ GUERRERO ZAPLANA

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a quince de abril de dos mil diecinueve.

**VISTO**, en nombre de Su Majestad el Rey, por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, de la Audiencia Nacional, el recurso n.º **220/16**, seguido a instancia de la **Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC)**, representada y asistida por la Abogacía del Estado, y como Administración demandada el Ayuntamiento de Orba (Alicante), representado y asistido por sus servicios jurídicos. **D. Diego**, asistido por el Letrado D. Jaime María de Lacy Pérez de los Cobos y representado por el Procurador de los Tribunales D. José Manuel Fernández Castro, interviene en calidad de correcurrente.

Han comparecido como codemandados, el Consejo Superior de Colegios Arquitectos de España, representado por el Procurador de los Tribunales D. Juan Antonio García Sanmiguel y Orueta. También, el Consejo General de Colegios Oficiales de **Aparejadores** y Arquitectos Técnicos, representado por el Procurador de los Tribunales D. Alberto Hidalgo Senén.

El recurso versó sobre impugnación de resolución de la referida Corporación, la cuantía se estimó indeterminada e intervino como ponente el Magistrado Don SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO. La presente Sentencia se dicta con base en los siguientes:

### AN TECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO** : Para el correcto enjuiciamiento de la cuestión planteada es necesario el conocimiento de los siguientes hechos:

1. D. Diego , presentó ante el Ayuntamiento de Orba una solicitud de renovación de licencia de segunda ocupación para una vivienda unifamiliar aislada sita en la CALLE000 nº NUM000 , en representación de D. Martin , apoyado en un certificado emitido por él mismo en su condición de ingeniero técnico industrial
2. El técnico municipal emitió un informe el 11 de diciembre de 2015, señalando como defecto subsanable el hecho de que el informe aportado por D. Diego sobre normas de habitabilidad y de diseño de obligado cumplimiento, no se ajusta a los parámetros contemplados en el artículo 10 apartado b) y del artículo 2, apartado a) de la Ley 38/99 de 5 de diciembre de Ordenación de la Edificación , por no cumplir el técnico firmante del informe los requisitos legalmente exigidos al no tener la condición de arquitecto.
3. El 22 de enero de 2016, la Secretaría del Consejo para la Unidad del Mercado (SECUM) recibió una reclamación formulada por D. Diego al amparo del artículo 26 de la Ley 20/2013 de Garantía de Unidad de Mercado por entender que el informe de 11 de diciembre de 2015 vulneraba dicha norma .
4. El Ayuntamiento de Orba dictó resolución el 11 de febrero de 2016 (Decreto de Alcaldía núm.44/16), por la que se desestima la reclamación del artículo 26 de la Ley 20/2013 , confirmándose el criterio mantenido por dicho Ayuntamiento en anterior Informe de los Servicios Técnicos Municipales de fecha 11 de diciembre de 2015. Dicha resolución fue notificada a D. Diego por la Secretaría de la SECUM el 12 de febrero de 2016.
5. D. Diego presentó el 16 de febrero de 2016 una solicitud de amparo ante la CNMC para la interposición del recurso contencioso-administrativo contra la anterior resolución, a lo que accedió el Consejo de la CNMC el 30 de marzo de 2016.

**SEGUNDO**: Por la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC), representada y asistida por la Abogacía del Estado, se interpuso recurso Contencioso- Administrativo el 11 de abril de 2016, contra las resoluciones mencionadas en el apartado anterior formalizando demanda con la súplica de que se dictara sentencia declarando la nulidad de los actos recurridos por no ser conformes a derecho. La fundamentación jurídica de la demanda se basó en las siguientes consideraciones:

1. La normativa estatal (Ley 8/2013 de 26 de junio de regeneración y renovación urbanas, artículo 6 y artículo 30 del RD Legislativo 7/2015 ), avala la tesis de que los informes de Inspección Técnica de edificios residenciales puedan ser firmados por profesionales que hayan acreditado la cualificación necesaria para su realización. Además, forma parte del informe de evaluación, la certificación energética, que puede expedirse también por un profesional con las características antes detalladas ( DA 4º del RD 235/13 y artículo 1.3, p).
2. La normativa autonómica, en este caso de la Comunidad Valenciana, remite a la estatal en lo que respecta a la competencia profesional para emitir el certificado de eficiencia energética. El informe de conservación del edificio, equivalente al informe de evaluación del edificio, corresponde a los titulados competentes en materia de edificación residencial conforme con la Ley 38/1999 de 5 de noviembre, de ordenación de la edificación (artículo 14.1 del Decreto autonómico 189/2000 de 23 de octubre).
3. Infracción de los artículos 5 y 7 de la Ley 20/2013 de Garantía de Unidad de Mercado (LGUM):
  - Las limitaciones a la actividad económica solo pueden establecerse por razones imperiosas de interés general, que son las detalladas en el artículo 17 de la misma Ley .
  - En todo caso, dichas limitaciones deben ser respetuosas con el principio de proporcionalidad y necesidad.

En el presente caso, las resoluciones recurridas no han hecho mención alguna a estas dos circunstancias ya que se han basado exclusivamente en la existencia de una reserva legal de actividad para firmar los informes de Inspección Técnica de edificios residenciales, que no incluye a los ingenieros, sin tener en cuenta sus capacidades reales.

4. Aporta informes económicos y dictámenes de la SECUM.

**TERCERO:** El corcurrente presentó su demanda en términos análogos a los descritos para la CNMC, destacando la cualificación profesional de los ingenieros para realizar este tipo de labor. Aportó informe del Consejo Consultivo de la Comunidad Valenciana de 22 de febrero de 2017 sobre esta cuestión.

**CUARTO :** La Administración demandada, Ayuntamiento de Orba, contestó a la demanda oponiéndose a ella con la súplica de que se dicte sentencia declarando inadmisibile el recurso, o bien desestimándolo y declarando ajustada a derecho la resolución recurrida. Para sostener esta pretensión se alegó lo siguiente:

1. Inadmisibilidad:

-El recurso es extemporáneo ya que la solicitud ante la CNMC para la interposición del recurso contencioso-administrativo se registró ante la misma el 18 de febrero de 2016 y el recurso se interpuso ante la Audiencia Nacional el 4 de mayo siguiente.

-El artículo 127 bis, 2 de la LJCA establece que el plazo de dos meses para la interposición se inicia el día de la presentación de la solicitud ante la CNMC y el 51.1 d) sanciona con la inadmisibilidad la infracción de dicho mandato, que es lo ocurrido en este caso.

2. Desestimación:

Aplicación del principio de especialidad técnica que determina la competencia de los arquitectos en materias relacionadas con la edificación destinada al uso puramente residencial privado.

- Ley 12/1986 de 1 de abril sobre regulación de las atribuciones profesionales de los arquitectos e ingenieros, artículo primero.1 y 2 .

-Decreto 148/1969 de 13 de febrero que determina las especialidades respecto de los ingenieros técnicos industriales

- Ley de ordenación de la Edificación ya citada: artículos 1 , 2 , 10, 12, 13

2. Los otros profesionales a los que se refiere la demanda, deben acreditar su calificación siguiendo un procedimiento que no se ha desarrollado, careciendo el Ayuntamiento de competencias para ello.

3. Invoca jurisprudencia del TS que avala sus tesis.

4. Invoca un pronunciamiento del Ministerio de Fomento, en concreto, la Circular firmada por la Subdirectora General de Urbanismo de fecha 14/01/2014, que reconoce la competencia exclusiva de los arquitectos para los informes de evaluación, limitando la competencia de los ingenieros para emitir informes análogos en el ámbito del artículo 2, b) de Ordenación de la Edificación.

5. Invoca el dictamen del Consejo Consultivo autonómico de 30 de septiembre de 2015 que sostiene la existencia de una reserva legal en favor de los arquitectos para la realización de ese tipo de informes, establecida en los artículos 2.1 a), 12.2 a ) y 12. 3, a), de la Ley 38/1999 de Ordenación de la Edificación y subraya que los informes en cuestión versan sobre cuestiones como el estado de la estructuras, la estabilidad y condiciones de habitabilidad de residencias, con riesgo para las vidas humanas.

6. No puede resolverse esta cuestión con planteamientos economicistas, marginado la cualificación técnica de los capacitados para emitir los informes.

**QUINTO :** El Consejo Superior de los Colegios de Arquitectos, se opuso a la demanda subrayando los siguientes aspectos:

1. El recurso es inadmisibile, argumentando de forma análoga a lo dicho por la Administración demandada.

2. El recurso debe ser desestimado, dado que niega la alegada vulneración de la LGUM y de la libertad de establecimiento invocada.

- El acto impugnado se limita a aplicar la legislación vigente sin establecer límite alguno al ejercicio de la actividad más allá del fijado en la ley.

-Los informes requeridos suponen una actuación vinculada al proyecto de edificación y a los requisitos básicos de la edificación, por lo que las competencias para emitirlos son las que fija la Ley 5/1999.

3. La constante jurisprudencia del TS, que cita, avala la tesis sostenida por el Consejo.

4. Los ingenieros técnicos industriales tienen cualificación únicamente para proyectar edificios destinados a usos industriales, por lo que no están cualificados para emitir los informes que pretenden en este caso.



La normativa estatal invocada por la recurrente podría admitir que, en el futuro, los informes fueran realizados por otros profesionales, pero aún no se ha desarrollado el procedimiento para ello. La legislación autonómica incide en el mismo planteamiento.

**SEXTO:** Practicada la prueba declarada pertinente fue señalado el día de 20 de marzo 2019 para la deliberación, votación y fallo, actuaciones que tuvieron lugar en la reunión del Tribunal señalada al efecto.

**SÉPTIMO:** Aparecen observadas las formalidades de tramitación, que son las del procedimiento especial para la Unidad de Mercado previstas en la Ley 20/2013 de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado.

## FUNDAMENTOS JURÍDICOS

**PRIMERO:** La cuestión que se plantea en el presente proceso es la relativa a determinar el ajuste legal del acuerdo del Ayuntamiento de Orba de 11 de febrero de 2016 (Decreto de Alcaldía núm.44/16), por la que se desestima la reclamación interpuesta al amparo del artículo 26 de la Ley 20/2013, confirmándose el criterio mantenido por dicho Ayuntamiento en anterior Informe de los Servicios Técnicos Municipales de fecha 11 de diciembre de 2015, por el que se inadmitió un informe de Inspección Técnica de edificios residenciales por el hecho de estar firmado por un Ingeniero Técnico y no un arquitecto.

**SEGUNDO:** Este Tribunal ha tenido la ocasión de pronunciarse sobre la cuestión objeto de debate en distintas resoluciones, como la SAN de 24 de octubre de 2018, recaída en el recurso nº 5/2017 y más recientemente en la de 21 de marzo de 2019, recurso nº 110/2016, a cuya fundamentación jurídica nos remitimos.

Con carácter previo debemos resolver la cuestión relativa a la eventual inadmisibilidad del recurso por causa de su extemporaneidad. El examen de las actuaciones pone de manifiesto que la resolución objeto de recurso fue dictada el 11 de febrero de 2016 y se notificó a D. Diego por vía de la SECUM. El recurso fue interpuesto el 11 de abril de 2016, según consta acreditado por el justificante de Lexnet incorporado a las actuaciones, debiendo aclararse que la fecha de 4 de mayo de 2016 invocada por las partes no se corresponde con la de presentación del escrito de interposición, sino con un Decreto de la secretaría de este tribunal dando curso a las actuaciones.

Así las cosas, no podemos compartir la tesis que invocan la causa de inadmisibilidad, pues el plazo de dos meses fue respetado.

**TERCERO:** De acuerdo con el Preámbulo de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado, "esta ley busca establecer los principios y normas básicas que, con pleno respeto a las competencias de las Comunidades Autónomas y de las Entidades Locales, garanticen la unidad de mercado". Ley que se dictó con una doble finalidad: por un lado, establecer los principios y normas básicas que garanticen la unidad de mercado en aras de la efectiva unicidad del orden económico nacional y, por otro, promover un funcionamiento más libre de este mercado mediante la eliminación de los obstáculos y trabas derivados del crecimiento de la regulación. Con ese fin introdujo una serie de medidas de armonización normativa y de supresión de barreras administrativas inspirados en los procedimientos que se aplican en la Unión Europea para garantizar el mercado único.

El Tribunal Constitucional en la sentencia nº 79/2017, de 22 de junio, dictada en el recurso de inconstitucional nº 1397/2014 interpuesto por el Parlamento de Cataluña frente algunos preceptos de la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado, afirma que "... la ley aquí impugnada proclama el principio general de libertad de acceso y ejercicio de la actividad económica en todo el territorio nacional y condiciona la capacidad de intervención pública en aquella".

Además, existen unos principios básicos de la regulación recogida en la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado que deben ser tenidos en cuenta por todas las autoridades administrativas en el ejercicio de sus competencias y así el artículo 9 de la citada Ley 20/2013, de 9 de diciembre dispone que: "Todas las autoridades competentes velaran, en las actuaciones administrativas, disposiciones y medios de intervención adoptados en su ámbito de actuación, por la observancia de los principios de no discriminación, cooperación y confianza mutua, necesidad y proporcionalidad de sus actuaciones, eficacia en todo el territorio nacional de las mismas, simplificación de las cargas y transparencia". Y de forma concreta se garantizará, entre otros supuestos, en relación con las autorizaciones, así como con los requisitos exigidos para su otorgamiento respecto del ejercicio de las actividades económicas - art. 9.2.b) de la Ley 20/2013 -.

Debemos, por tanto, analizar si el Ayuntamiento de Bilbao al dictar las resoluciones administrativas ahora impugnadas ha tenido en cuenta los principios de necesidad y de proporcionalidad previstos en el artículo 5 de la Ley 20/2013, de garantía de la unidad de mercado. Dicho precepto dispone:



"1. Las autoridades competentes que en el ejercicio de sus respectivas competencias establezcan límites al acceso a una actividad económica o su ejercicio de conformidad con lo previsto en el artículo 17 de esta Ley o exijan el cumplimiento de requisitos para el desarrollo de una actividad, motivarán su necesidad en la salvaguarda de alguna razón imperiosa de interés general de entre las comprendidas en el artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.

2. Cualquier límite o requisito establecido conforme al apartado anterior, deberá ser proporcionado a la razón imperiosa de interés general invocada, y habrá de ser tal que no exista otro medio menos restrictivo o distorsionador para la actividad económica".

Y el artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio prevé como "razones imperiosas de interés general":

"...razón definida e interpretada la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, limitadas a las siguientes: el orden público, la seguridad pública, la protección civil, la salud pública, la preservación del equilibrio financiero del régimen de Seguridad Social, la protección de los derechos, la seguridad y la salud de los consumidores, de los destinatarios de servicios y de los trabajadores, las exigencias de la buena fe en las transacciones comerciales, la lucha contra el fraude, la protección del medio ambiente y del entorno urbano, la sanidad animal, la propiedad intelectual e industrial, la conservación del patrimonio histórico y artístico nacional y los objetivos de la política social y cultural".

Posteriormente, dicha enumeración de supuestos fue restringida por el artículo 17.1.a) de la Ley 20/2013, al disponer que podrá establecerse la exigencia de una autorización siempre que concurren los principios de necesidad y proporcionalidad y estará, en su caso, justificada la autorización respecto de los operadores económicos "cuando esté justificado por razones de orden público, seguridad pública, salud pública, o protección del medio ambiente en el lugar concreto donde se realiza la actividad".

**CUARTO** : Por otra parte, los artículos 5 y 17 de la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado se han declarado conformes a la CE por el Tribunal Constitucional en la sentencia antes citada de 22 de junio de 2017 y respecto de los mismos ha señalado que:

"El artículo 5 supone:

i) *Por un lado, una limitación de aquellas razones o finalidades legítimas que pueden justificar que los poderes públicos autonómicos afecten al libre acceso y al libre ejercicio de las actividades económicas, pues el precepto establece, por remisión al artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, una relación de las razones o finalidades que pueden justificar la intervención pública. En el artículo 5 de la Ley 20/2013, el Estado ha fijado, de forma tasada, aquellos objetivos que podrían justificar el establecimiento de límites y requisitos a las actividades económicas por parte de los poderes públicos autonómicos al ejercer sus propias competencias sectoriales (sobre vivienda, asistencia social, comercio interior, turismo...), restringiendo su capacidad de promover, mediante el establecimiento de requisitos o límites sobre el ejercicio de la actividad económica, cualquier otra finalidad constitucionalmente legítima que no se encuentre recogida en el listado del artículo 3.11 de la Ley 17/2009.*

ii) *Por otro, el sometimiento de todas las regulaciones públicas que afecten al libre acceso o al libre ejercicio de las actividades económicas al denominado principio de proporcionalidad, principio que exige someter aquellas regulaciones a la comprobación de que sean proporcionadas a la razón imperiosa de interés general invocada y a la comprobación de que no exista otro medio menos restrictivo o distorsionador para la actividad económica. En este punto, el artículo 5 supone el sometimiento de todas aquellas regulaciones públicas que limiten o condicionen el libre acceso y el libre ejercicio de las actividades económicas a un escrutinio más incisivo que aquel que se deriva directamente del art. 38 de la CE, pues de acuerdo con la doctrina de este Tribunal que ha interpretado este último precepto, "cuando se trata de regulaciones que afectan al ejercicio de una actividad empresarial, sin afectar al propio acceso a la misma" ...el canon de constitucionalidad empleado por la jurisprudencia de este Tribunal, permite verificar si esas medidas son "constitucionalmente adecuadas", esto es, si la medida cuestionada "constituye una medida adecuada para la consecución de un fin constitucionalmente legítimo, sin que le corresponda a este Tribunal ir más allá, pues ello supondría fiscalizar la oportunidad de una concreta elección del legislador de una legítima opción política ( STC 53/2014, de 10 de abril, FJ7º ).*

Sigue diciendo el Tribunal Constitucional:

"El art. 17 de la Ley 20/2013, una vez establecido en el art. 5 el principio general de necesidad y proporcionalidad de las actuaciones de las autoridades competentes, reglamenta la instrumentación de aquel principio en relación con aquellas regulaciones públicas que establecen la exigencia de una autorización, de una declaración responsable y de una comunicación. Es decir, si el art. 5, por un lado, restringe las razones y fines que pueden legitimar el establecimiento de condiciones y requisitos al acceso y al ejercicio de las actividades económicas,

y por otro, somete al principio general de necesidad y proporcionalidad a todas aquellas regulaciones públicas que puedan establecer tales condiciones y requisitos; y desarrolla la aplicación de aquel principio en el concreto supuesto de los controles administrativos previos y restringe las razones y fines disponibles en el caso de las autorizaciones.

En efecto, en el caso de aquellas regulaciones públicas que establezcan la exigencia de una autorización, el artículo 17.1 exige, por un lado, que la concurrencia de los principios de necesidad y proporcionalidad se motiven suficientemente en la propia Ley que establezca dicho régimen... Y por otro, restringe aún más aquellas concretas razones imperiosas de interés general que pueden justificar la exigencia de autorización, pues respecto a los operadores económicos solo se puede exigir aquella por razones de orden público, seguridad pública, salud pública o protección del medio ambiente en el lugar concreto donde se realiza la actividad....

....

Por tanto, en el caso de las autorizaciones, las razones imperiosas de interés general que las justifican no serían todas aquellas a las que se remite el art. 5 de la Ley 20/2013, y que se contienen en el artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sino solo aquellas razones explícitamente recogidas en el propio art. 17.1".

**QUINTO.** En su demanda, el Abogado del Estado en nombre de la CNMC argumenta que para que pudiera entenderse que concurre alguno de los motivos del artículo 3.11, respecto de la restricción para emitir los IEEs la resolución recurrida tendría que haber analizado, las competencias exigidas para expedir los IEEs, concretamente las exigidas en el artículo 30 del Real Decreto Legislativo 7/2015 . - Las competencias atribuidas a los ingenieros industriales. - La competencia y capacitación técnica concretas de los profesionales actuantes en los expedientes administrativos concretos a los que se refiere la ITE/IEE.

Ahora bien, la STC 143/2017, de 14 de diciembre, del Pleno del TC, sobre la Ley 8/2013, de 26 de junio, de Rehabilitación, Regeneración y Renovación urbanas ha declarado que:

*"salvo lo dispuesto en el artículo 4.1, el Estado no ostenta título competencial alguno que le permita imponer la evaluación del estado de conservación de los edificios y del cumplimiento de las condiciones de accesibilidad que, junto a la certificación de eficiencia energética, integran el contenido del informe de evaluación de edificios en los términos y con el contenido previstos en la de la Ley 8/2013. Por tanto, salvo el artículo 4.1, el resto del artículo 4 de la Ley 8/2013 es inconstitucional, y también lo son, por su carácter instrumental de las previsiones del artículo 4 que se declaran inconstitucionales, el artículo 6, la disposición transitoria primera y la disposición final decimoctava. Declaración que, conforme se ha expuesto en el fundamento jurídico 1, se ha de extender a los artículos 29, excepto su apartado primero, y 30, la disposición transitoria segunda y la disposición final primera del texto refundido de la Ley de suelo y rehabilitación urbana, en cuanto reproducen el contenido de los preceptos de la Ley 8/2013 impugnados."*

Por tanto, en virtud de la Sentencia del Tribunal Constitucional, no corresponde al Estado la determinación de las condiciones en las que se debe llevar a cabo la ITE, dado que su regulación, salvo lo referente al certificado energético del edificio, no puede fundamentarse en el artículo 149.23 CE (legislación básica de medio ambiente), ni en el artículo 149.1.25 CE (bases del régimen minero y energético). Tampoco puede fundamentarse su regulación por el Estado en el artículo 149.1.1 CE (condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales), ni en el 149.1.13 CE (planificación general de la actividad económica) y, tampoco se fundamenta en el artículo 149.1.18 (bases del régimen jurídico de las administraciones públicas).

Corresponde, pues, a las Comunidades Autónomas la regulación en materia de ITES en virtud de las competencias sobre vivienda y urbanismo.

Tras la anulación del artículo 30 del texto refundido de la Ley de suelo y rehabilitación urbana, y su Disposición final Primera, no existe norma legal del Estado que establezca las profesiones que pueden realizar ITES o regule las cualificaciones que deban tener éstos para la realización de las ITES. Por ello, no existe reserva legal de actividad a favor de ninguna profesión para realizar ITES.

Sin perjuicio de lo anterior, la anulación de ese precepto no significa que quede sin cobertura normativa la pretensión actora, pues las ITES constituyen un servicio sometido a la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el Libre Acceso a las Actividades de Servicios y su Ejercicio, en virtud de la cual el establecimiento de reservas de actividad debe justificarse en razones imperiosas de interés general, ser proporcional y no discriminatorio.

La necesidad implica que la restricción aparezca justificada por razones de orden público, seguridad pública, salud pública, protección del medio ambiente. La proporcionalidad implica que el régimen restrictivo sea el medio más adecuado para garantizar el objetivo que se persigue porque no existen otras medidas menos



restrictivas que permitan obtener el mismo resultado. La no discriminación exige que el régimen restrictivo no discrimine directa ni indirectamente en función de la nacionalidad o del lugar de ubicación del domicilio social.

En el mismo sentido, la Ley 49/2015, de Procedimiento Administrativo Común, en su artículo 129, establece que las Administraciones Públicas en el ejercicio de la potestad reglamentaria actuarán de acuerdo con los principios de necesidad, eficacia, proporcionalidad, seguridad jurídica, transparencia, y eficiencia. En la exposición de motivos o en el preámbulo, según se trate, respectivamente, de anteproyectos de ley o de proyectos de reglamento, quedará suficientemente justificada su adecuación a dichos principios.

En consecuencia, cabe concluir que en virtud de los principios de necesidad y eficacia, la iniciativa normativa debe estar justificada por una razón de interés general, basarse en una identificación clara de los fines perseguidos y ser el instrumento más adecuado para garantizar su consecución.

A su vez, el principio de proporcionalidad, implica que la iniciativa que se proponga deberá contener la regulación imprescindible para atender la necesidad a cubrir con la norma, tras constatar que no existen otras medidas menos restrictivas de derechos, o que impongan menos obligaciones a los destinatarios.

**SEXTO:** Por lo tanto, para justificar en primer lugar la necesidad de la restricción, el Ayuntamiento de Santa Pola debería haber razonado la concurrencia de alguna razón imperiosa de interés general de entre las comprendidas en 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.

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 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 concurrían 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 .

El carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa impide, por otra parte, pronunciarse sobre las eventuales justificaciones apoyadas en imperiosas razones de interés general que puedan alegarse después de haberse dictado la resolución recurrida.

Procede, en consecuencia, la estimación del recurso y la anulación de las resoluciones recurrida

**SÉPTIMO:** De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139 de la LJCA procede imponer las costas a la Administración demandada y codemandados, partes vencidas en este proceso, sin que se aprecien por la Sala la existencia de serias dudas que justifiquen un especial pronunciamiento sobre esta materia.

Vistos los preceptos citados por las partes y demás de pertinente y general aplicación, venimos a pronunciar el siguiente

## FA LLO

**Estimamos** el recurso interpuesto y en consecuencia anulamos el acto impugnado. Se imponen las costas a las partes demandadas.

La presente sentencia, que se notificará en la forma prevenida por el art. 248 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , es susceptible de recurso de casación, que habrá de prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su notificación; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción justificando el interés casacional objetivo que presenta.

Lo que pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACIÓN** .- Una vez firmada y publicada la anterior resolución entregada en esta Secretaría para su **no** tificación, a las partes, expidiéndose certificación literal de la misma para su unión a las actuaciones.

En Madrid a 24/04/2019 doy fe.